



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?

Barkhuysen, T.; Ouden, W. den; Schuurmans, Y.E.

Citation

Barkhuysen, T., Ouden, W. den, & Schuurmans, Y. E. (2006). *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*. Alphen aan den Rijn: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13623>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13623>

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

Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?

Het model Tak:
Verhoogde rechtsbescherming
in het bestuursrecht?

T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN
& Y.E. SCHUURMANS (red.)

met bijdragen van:

T. Barkhuysen
Th. G. Drupsteen
M.A. Heldeweg
B.M.J. van der Meulen
W. den Ouden

J.E.M. Polak
R.J.N. Schlössels
M. Schreuder-Vlasblom
Y.E. Schuurmans
A.Q.C. Tak

Kluwer – Alphen aan den Rijn – 2006



INSTITUUT VOOR
RECHTSWETENSCHAPPELIJK
ONDERZOEK

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2006 Barkhuysen, Den Ouden & Schuurmans

ISBN 90-13-03852-2

NUR 823-301

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF <i>De redactie</i>	VII
1 Inleiding <i>Maria Schreuder-Vlasblom</i>	1
2 Iets kroms dat verbogen is; het Nederlands bestuursprocesrecht naar de leer van prof. Tak <i>Maria Schreuder-Vlasblom</i>	5
3 In discussie met Tak <i>Thijs Drupsteen</i>	33
4 Dimensies van belangenafweging: enige opmerkingen over besluitvorming en rechtsbescherming in het werk van prof. mr. A.Q.C. Tak <i>Raymond Schlössels</i>	49
5 Het object van toetsing in het bestuursproces volgens Tak <i>Bernd van der Meulen</i>	65
6 Een evenwichtig discours? <i>Michiel Heldeweg</i>	83
7 Two worlds: How to make the best of it? Over enkele kernthema's in het werk van prof. mr. A.Q.C. Tak <i>Jaap Polak</i>	97
8 Reactie op de referenten <i>Twan Tak</i>	115
9 Er is niets praktischer dan een zuivere theorie! Verslag van de Leidse studiebijeenkomst rond het wetenschappelijk werk van prof. mr. A.Q.C. Tak <i>Tom Barkhuysen, Willemien den Ouden & Ymre Schuurmans</i>	141
OVER DE AUTEURS	155

Woord vooraf

Op 3 maart 2006 werd door de Leidse afdeling staats- en bestuursrecht een studiebijeenkomst georganiseerd rond het wetenschappelijk werk van de Maastrichtse hoogleraar staats- en bestuursrecht A.Q.C. Tak. Aanleiding daarvoor waren diens fundamentele kritiek op het huidige Nederlandse bestuursprocesrecht en de door hem geschetste alternatieven daarvoor. Daarover werd tijdens de studiebijeenkomst mede op basis van door een aantal referenten aangeleverde preadviezen een geanimeerd debat gevoerd. Consensus bestond over het feit dat het huidige stelsel van bestuursprocesrecht aanpassing behoeft met het oog op effectieve rechtsbescherming. De deelnemers werden het echter niet eens over de inhoud van deze aanpassingen en over de vraag of het model-Tak in dat kader bruikbaar zou kunnen zijn.

Deze bundel beoogt verslag te doen van de studiebijeenkomst en kan aldus bijdragen aan het voortgaande debat over de verbetering van het bestuursprocesrecht. Opgenomen zijn de inleiding van de dagvoorzitter, de bijdragen van de referenten, de reactie van prof. mr. A.Q.C. Tak daarop en een verslag van de discussie. Tevens is opgenomen een mede naar aanleiding van de studiedag bewerkte bespreking van Tak's handboek *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* van de hand van de dagvoorzitter prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom.

Leiden, mei 2006

Tom Barkhuysen
Willemien den Ouden
Ymre Schuurmans

1 | Inleiding

Maria Schreuder-Vlasblom[■]

Dames en heren,

Ik open de studiedag, gewijd aan de visie van prof. Tak op de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, en ik heet u allen van harte welkom. Mijn welkomstwoord richt ik in het bijzonder tot Tak zelf en tot de referenten Drupsteen, Heldeweg, Van der Meulen, Polak en Schlössels, die deze dag inhoudelijk hebben voorbereid en in het debat het voortouw willen nemen.

Het doel van deze dag is, gevolg te geven aan de herhaalde oproep van Tak om te reageren op zijn diepgaande kritiek op het huidige stelsel van bestuursrechtspraak, op zijn visie op het bestuursrecht waarin die kritiek wortelt en op het door hem geschetste alternatief. Tak's ronduit negatieve oordeel over structuur en praktijk van de huidige vorm van rechtsbescherming is dat van een vooraanstaand denker over overheid en bestuursrecht en het is in zijn omvangrijke oeuvre uitgebreid uiteen gezet.

Ik heb het initiatief genomen voor deze studiedag, omdat ik vind dat het de taak is van de bestuursrechtelijke wetenschap over dit vergaande oordeel een grondig debat te voeren.

Met het aanvatten van die taak maken we het onszelf vandaag –uit de aard der zaak- niet gemakkelijk. Dat geldt voor u -die mist en sneeuw hebt getrotseerd om hier aanwezig te zijn- want er is nogal wat aan de orde, dat niet even in het roemruchte overzichtelijke A-4-tje kan worden aangereikt en toch wordt uitgezien naar een actieve inbreng van u.

Het geldt voor Tak, die veel energie en denkkracht in zijn werk heeft geïnvesteerd en de moed heeft dat vandaag ter discussie te stellen. En het geldt de referenten die bereid waren en zijn een gemotiveerde reactie te geven op een complexe, samenhangende theorie over overheid, bestuur, bestuursrecht en bestuursrechtspraak, uitmondend in een alternatief stelsel van rechtsbescherming, waarvan de principiële en praktische gevolgen niet zo eenvoudig zijn te overzien.

■ Prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom is hoogleraar staats-en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en Staatsraad i.b.d. bij de Raad van State.

Daarom wijs ik erop dat het vandaag niet alleen gaat om de discussie, maar ook om nadere toelichting en uitwerking. Bovendien valt steun te vinden in de aard van het debat, waarin het immers gaat om de kwaliteit van bestuur en bestuursrechtspraak en niet om de scores van het gelijk. Dat vergt een open oor en een wederzijds respect voor elkaars stellingname. Aan die randvoorwaarden zullen we uiteraard vasthouden.

Om u wat los te maken met een inleidende aftrap, heb ik me afgevraagd of voor deze dag, behalve de vermelde oorzaak, ook een wat meer oppervlakkige aanleiding is te vinden. Dat is lastig, want ik mag geen voorschot op het debat nemen, maar de aanleiding moet wel betrokken zijn op de substantie daarvan: de grondslagen van het huidige stelsel van rechtsbescherming. Is aan de oppervlakte daarvan turbulentie te ontwaren die zorg wekt over een dieper gelegen oorzaak?

Vrij recent, is de zoveelste wijziging van het stelsel in werking getreden: de afschaffing van de *actio popularis* en de wijziging van art. 6:13 Awb. Op het eerste gezicht lijkt die niet zo relevant voor onze studiedag, want de leer van Tak ziet niet op het doorbreken van een muur of de aanleg van een nieuwe trap, maar op het fundament van het huis. Maar funderingsproblemen kunnen bij verbouw opspelen, al zien bouwheer en aannemer van verbouwwetgeving dat liever niet.

De beoefenaren van de rechtswetenschap hebben echter juist een bijzondere verantwoordelijkheid voor de fundamenteen en de laatstelijk opgeleverde verbouw kan toch alert maken. Het gaat me dan niet zozeer om de afschaffing van de *actio popularis*, maar om de flankerende wijziging van art. 6:13 Awb. Die raakt namelijk naar mijn inzicht wel aan de kern van de leer van Tak: de scheidslijn tussen de op het algemeen belang gerichte, uit algemene normering en afweging voortvloeiende besluitvorming door het bestuur en de op de individuele zaak toegespitste geschillenbeslechting door de rechter, of, in zijn woorden: het moment X.

Het huidige stelsel van rechtsbescherming stelt het besluit in de zin van publiekrechtelijke rechtshandeling centraal als object van bestuursrechtspraak. Dat stelsel betreft die twee ongelijksoortige, overheidstaken op elkaar.

Het is de taak van de overheid het algemeen belang te bevorderen. Dat is het gemeenschappelijk belang van de leden van de publieke, bindend recht vormende, gemeenschap bij hun bestaanszekerheid en dus bij de evenwichtige bevordering van hun welzijn en veiligheid en de bescherming van hun leefomgeving.

De wetgever beslist wanneer, welke van die belangen onvoldoende behartiging vinden in de spontane horizontale private ordening. Ter bescherming

van die belangen kan hijzelf gedragsregels stellen. Vindt hij dat instrument te statisch, te ingrijpend of niet effectief, dan kan hij bevoegdheden tot flexibeler rechtsvorming en tot het nemen van daaruit voortvloeiende beschikkingen opdragen aan het bestuur. Die bevoegdheden vergen van het bestuur zowel samenhangende besluitvorming, gericht op het aangewezen algemeen belang, als flexibiliteit en afweging in de concrete omstandigheden waarin het beschikt; twee aspecten van besluitvorming die in het debat in wisselende bewoordingen terugkomen.

Door alle relevante gevallen te bezien binnen een algemeen, op het te dienen belang betrokken, normatief kader, is de uitoefening, per geval, van openbaar gezag niet alleen wetmatig, maar ook legitiem, omdat zichtbaar blijft dat niet zo maar het belang van A of B wordt gediend of geschaad, maar dat dit geschiedt vanuit een visie op wat het belang van allen, ook dat van A en B, eist. Daarom mag het bestuur zich niet verliezen in een gefragmentariseerde besluitvorming waarin de omstandigheden van het geval alleen bepalend zijn. En daarom mag de besluitvorming nooit beperkt blijven tot hetgeen aan omstandigheden en belangen in concreto door burgers wordt aangevoerd.

Het is de taak van de rechter om concrete geschillen te beslechten die door individuele partijen aan hem worden voorgelegd; andere niet. Daartoe dient hij de rechten en aanspraken van partijen jegens elkaar in dat geval vast te stellen. Een ander achterliggend algemeen belang dan het aldus uitleggen en handhaven van rechtsnormen heeft hij niet; daarom is zijn blik gericht op het individuele geval, niet op een achterliggend, de zaken overkoepelend beleidsdoel. De bevoegdheid tot algemene normstelling is hem expliciet onthouden. Hij overziet het geheel ook niet want hij beslecht alleen de zaken die aan hem voor worden gelegd.

Vandaag is aan de orde de vraag of het een systeemfout is de taak van de bestuursrechter bij uitstek te richten op bestuurlijke besluiten.

Ter inleiding volsta ik met de opmerking dat, wil het geen systeemfout zijn, in elk geval gewaarborgd moet zijn dat besluitvorming en rechtspraak, hoewel aldus op elkaar betrokken, elkaars eigen aard niet aantasten. Dat gebeurt als de rechter voor vragen wordt gesteld die hij niet kán beantwoorden, zoals de vraag naar de omvang van de overheidstaak bij de uitleg van art. 1:1 lid 1 Awb. Het gebeurt ook als de bestuurlijke rechtsvorming in het bestuursprocesrecht wordt benaderd als ware het individuele geschillenbeslechting.

Het huidige stelsel van rechtsbescherming is overwegend objectief: de burger die direct feitelijk belang heeft bij een besluit, kan in rechte opkomen om het te doen vernietigen. Daartoe mag hij alle rechtsgebreken inroepen, ook die welke zijn belang niet schaden. Dat stelsel impliceert dat een belanghebbende alléén door een besluit mag worden getroffen als dat besluit geheel rechtmatig

is in objectieve zin en dat hij daarvoor ten volle in rechte kan opkomen. Het legt dus geen inhoudelijke cesuur tussen besluit en rechtspraak; het geding in rechte kan samenvallen met het gehele behoren van het bestuur. Dat is belangrijk, want dat betekent dat iedere beperking van het geding tenminste een beperking van het behoren van het bestuur suggereert.

De Awb legt de plicht tot een zorgvuldig, volledig onderzoek en een evenwichtige, samenhangende besluitvorming bij het bestuur en, afgezien van expliciete wettelijke inlichtings- en medewerkingsplichten, niet bij de burger. Hoe kan een burger die zijn rechtsplichten jegens het bestuur niet verzaakte, in een klacht over verzaking door het bestuur van diens plichten, ingevolge art. 6:13 dan niet ontvankelijk zijn in zoverre hij het bestuur in het kader van de besluitvorming niet op dat verzuim gewezen heeft? Natuurlijk was dat wel zo bij de *actio popularis*, maar dat was een beroepsstelsel waarin deelname aan de besluitvorming nu juist de grondslag was van het beroepsrecht. In het stelsel van de Awb ligt de grondslag voor het beroepsrecht in de art. 1:2 en 8:1, niet in art. 6:13. Dat is een subalterne ontvankelijkheidsvoorwaarde die stelselconform moet zijn. Dat is ze niet, want ze legt appelland een beperking op die niet past in het objectieve stelsel van rechtsbescherming en een last op die niet past bij de normering van de besluitvorming. In het huidige stelsel suggereert ze dat, als de burger het bestuur niet wijst op diens verzuimen of dreigende verzuimen, het bestuur die niet zou moeten herstellen of voorkomen. Als het bestuur daartoe immers spontaan verplicht is, wat me het geval lijkt, waarom kan hij in het huidige stelsel dan niet aan dat behoren worden gehouden?

Het toch opnemen van de bepaling gebeurt niet zomaar; er wordt getracht een probleem mee op te lossen. Een probleem dat moet worden ondervangen met een stelselvremde oplossing zou wel eens een stelselprobleem kunnen zijn, zeker als het betrokken is op de rechtszekerheid en op de effectiviteit van bestuur en rechtspraak.

Ik vraag me daarom af of we ons voldoende bewust zijn van de risico's van de op besluiten als zodanig toegespitste objectieve toetsingstaak van de rechter voor de kwaliteit van besluitvorming en rechtspraak. Dat Tak tussen die beide taken een streep in het zand wil trekken is dus niet vreemd. Een van de vragen die vandaag voorligt is, of dat een al dan niet overbrugbare kloof zou kunnen en moeten zijn.

2 | Iets kroms dat verbogen is; het Nederlands bestuursprocesrecht naar de leer van prof. Tak

Maria Schreuder-Vlasblom[■]

1 INLEIDING

In het *NTB* van maart 2004 is een bespreking van *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* van prof. A.Q.C. Tak geplaatst onder de bovenstaande titel.¹ Die bespreking, en de reactie daarop van prof. Tak in *NTB* 2004, p. 122 e.v.,² waren aanleiding voor het beleggen van de studiedag op 3 maart 2006. De onderstaande beschouwingen vormen een bewerking van die bespreking in het licht van het schriftelijke en mondelinge debat dat op de eerste versie is gevolgd.

Vooraf wil ik ingaan op de inleiding van Taks repliek over het neologisme. Ik ben geneigd behoedzaam om te gaan met begrippen als individuele vrijheid en autonomie en ik vind dat we voorzichtig moeten zijn met het tegenover elkaar stellen van algemene rechtszekerheid en individuele rechtvaardigheid en menselijkheid. De individuele vrijheid tot... en vrijheid van... liggen in elkaars verlengde. Het kwetsbare individu heeft niet zoveel aan zijn enkele vrijheid tot..., zonder de bescherming van de publieke gemeenschap en haar overheid. Alleen als haar leden dat beseffen, blijft zij opgewassen tegen haar zeer complexe opdracht: het bevorderen waar nodig van een evenwichtige vrijheid in ruime zin voor allen. Haar verwijten dat ze ontmenselijkt, is haar diets maken dat ze haar zin verliest. In ons, mondiaal bezien in alle opzichten nogal leefbare land en werelddeel, zie ik geen grond voor zo'n fundamentele afwijzing. In tegendeel: juist omdat de publieke gemeenschap niet gemist kan worden, moeten we het besef van haar zin en opdracht hoog houden en inzet, creativiteit, kritiek en protest richten op het waarmaken daarvan.

In zijn reactie op Heldeweg noemt Tak het verbod van willekeur, dus de algemene rechtszekerheid, de moeder van alle rechtsbeginselen. Op die plaats in zijn reactie onderhoudt zij een harmonische verhouding met de als vader geduide individuele rechtvaardigheid, de *égalité*. Uiteraard; het denken over

■ Prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en Staatsraad i.b.d. bij de Raad van State.

1 M. Schreuder-Vlasblom, 'Iets kroms, dat verbogen is; het Nederlands bestuursprocesrecht naar de leer van prof. Tak', *NTB* 2004, p. 73 e.v.

2 A.Q.C. Tak, 'De Awb ter discussie', *NTB* 2004, p. 122 e.v.

die *égalité* in concreto, neemt de algemene rechtszekerheid én haar consequenties in concreto tot uitgangspunt: willekeur, ook rechterlijke willekeur, sluit rechtvaardigheid uit. Is de keuze voor dat uitgangspunt een blijk van formeel (neo)legisme? Dat hangt ervan af welke zin men aan de vormen van de legaliteit geeft en waartoe men ze aanwendt. Hebben we ze nodig voor de legitimiteit van wet en dwang als we menen de vrijheid, in ruime zin naar ik aanneem, tot richtpunt van publieke rechtsvorming te nemen? Ik meen van wel, want de inhoud van die vrijheid is ons niet als vaste Waarheid gegeven; ze is voorwerp van een eindeloos debat, dat steeds slechts tijdelijk wordt beslecht. Dat gebeurt niet los van het debat, maar ook niet op basis van daar verkregen unanimiteit. Het gebeurt op grond van vormafspraken (legaliteit) over het nemen van besluiten bij ontstentenis van unanimiteit. Die werken bevredigend als we niet alleen de kloven onderkennen en analyseren, maar ook de planken zoeken om ze te overbruggen. Voor we geringschattend over vormen praten, moeten we ons realiseren dat ze ons de ruimte bieden over de Waarheid te blijven debatteren en toch voortdurend aan de beschermende opdracht van de publieke gemeenschap, zij het voorlopig en gebrekkig, gestalte te geven. Als de bestaansnood door inertie te hoog oploopt, wordt het debat immers vervangen door strijd. Pas als we uit angst voor hun onvermijdelijke gebrekkigheid de moed tot het nemen van besluiten verliezen, worden de vormen inderdaad zinloze formalismen.

Het is goed dat Tak zich waagt aan bespiegelingen als deze, want ze zijn het fundament van het denken over rechtmatigheid van bestuur en bestuursrechtspraak. Nu we de Waarheid niet in pacht hebben, is het vrij eenvoudig inhoudelijke feilen aan een besluit te onderkennen; een net wat andere visie op wat hier en nu rechtvaardig is, voldoet. Rechterlijke terughoudendheid bij de toetsing van besluiten, vindt zijn grond in de vormen van de democratische rechtsstaat die voorschrijven dat het niet aan de rechter is om in hoofdlijnen te beslissen over de – principieel gebrekkige – taakuitoefening door de publieke gemeenschap. Hij kan slechts onvolkomen besluiten toetsen aan onvoltooid recht, zonder dat hij het recht kan voltooien en zonder dat hij volkomen besluiten kan eisen. Als we dat niet des rechters vinden, moeten we hem geen besluiten laten toetsen. Wat de rechter op het gebied van het bestuursrecht dan te oordelen resteert, wordt hierna in debat met Tak gezien.

2 DE STEEN DES AANSTOOTS

Het is dus zeker niet onbegrijpelijk dat Tak zich richt tegen de vrijwel volledige binding van de bevoegdheid van de bestuursrechter aan de bestuurlijke besluitvorming. De burger die zich getroffen weet door bestuursoptreden of die uitsluitel over zijn rechtspositie wenst, kan zich naar de regel van art. 8:1 Awb slechts tot de bestuursrechter wenden, indien en voor zover er een besluit in de zin van art. 1:3 Awb ligt dat tot dat optreden of dat uitsluitel

strekt. Om aan de voor hem nadelige gevolgen te ontkomen, moet hij gaan voor de vernietiging van dat in het algemeen belang genomen besluit. Hij kan de bestuursrechter geen oordeel vragen over zijn individuele rechtspositie in zoverre die het gevolg is van een besluit, zonder de rechtmatigheid van dat besluit als zodanig aan te vechten. De exclusief bevoegde bestuursrechter, die blijkens de wetsgeschiedenis geroepen is tot het bieden van individuele rechtsbescherming, kan individuele rechtsposities slechts in ogenschouw nemen (dit is wat anders dan: vaststellen) via de toetsing van een besluit dat daaraan op enigerlei wijze raakt. Dus kan hij in die rechtspositie ook slechts treden aan de hand van het recht dat de publieke besluitvorming beheerst.

De bevoegdheid tot het nemen van besluiten wordt vóór alles begrensd en beheerst door het legaliteitsbeginsel. De naleving van dat centrale beginsel zal de rechter moeten waarborgen, maar een strikt hanteren ervan beperkt zijn competentie en dus de door hem geboden rechtsbescherming. Dat komt de coherentie van zijn omgang met het beginsel niet ten goede. Voorts zuigt zijn competentie hem in de bestuurlijke beleidsvoering, waarbinnen hij zijn eigen positie moet bepalen. De beoordeling van besluiten vergt – in het licht van het specialiteitsbeginsel – de afbakening van de belangen die bij het nemen ervan een rol hadden moeten of mogen spelen. Naar de mate waarin die afbakening ruimer getrokken wordt, biedt de onderliggende bevoegdheid het bestuur meer armslag – of dwingt ze hem – om verdergaand en intensiever in de feitelijke verhoudingen tussen burgers te interveniëren. Zo is daar de vraag of het bestuur bij het verlenen van planologische vrijstellingen rekening moet houden met burenkwesties of erfdienstbaarheden. Als dat niet zo is, is zijn interventie beperkter en moeten de burens hun conflicten daarover zelf oplossen of zich tot de civiele rechter wenden. Daarom bepaalt deze afbakening in hoge mate het bereik of, negatiever, de olievlekwerking van wettelijke bevoegdheden en – uiteraard – de verantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid van de overheid voor de situaties en de conflicten die er binnen vallen. Anderzijds is de toegang tot de rechter niet tot de dragers van de voor de besluitvorming relevante belangen beperkt. Ook andere, rechtens niet relevante, puur feitelijke belangen bij het besluit geven toegang tot de rechter. Dat lijkt het – toch – inroepen in rechte van die buiten de bestuurlijke afweging vallende belangen te legitimeren. Want waarom iemand toegang geven tot de rechter wegens dreigend verlies van vrij uitzicht, als dat verlies voor de beoordeling van het aldus aangevochten planologische besluit van geen betekenis is? Bij gebrek aan inzichtelijk antwoord, neigt de rechter er licht toe zijn heil te zoeken bij de vraag of met het belang toch niet enigermate rekening kon (en dus moest) worden gehouden. Dit maakt de omgang van de rechter met het specialiteitsbeginsel ook wat wispelturig.

Worden competentie en ontvankelijkheid aangenomen, dan is het zaak aan de rechterlijke taak zinvolle inhoud te geven en dat vergt het zoeken naar een vaak precair evenwicht tussen een verantwoorde afbakening van de taken van rechter en bestuur en een verantwoord niveau van rechtsbescherming.

Bij de totstandkoming van de Awb is er van uitgegaan dat de rechter dat zou doen, maar is hem daarvoor geen enkel aanknopingspunt geboden, wat de rechter in dit streven zeer kwetsbaar maakt. Een vluchtige blik in het handboek van Tak kan dat al illustreren. Dus is de vraag of er iets schort aan de in art. 8:1 Awb aan de rechter gegeven opdracht, zeker nader onderzoek waard.

3 DE ONTKOPPELING: DE RECHTSHANDELING EN HAAR NIET BEOOGDE GEVOLGEN

Taks visie op taakafbakening tussen bestuur en rechter staat haaks op de koppeling van bestuurlijke besluitvorming en individuele rechtsbescherming waarop het huidige stelsel rust. Hij trekt juist een scherpe scheidslijn tussen het behartigen door het bestuur van het algemeen belang in zoverre dat door de wet aan hem is opgedragen, en het waarborgen van individuele rechten en door het recht beschermde individuele belangen. De grenslijn wordt gemarkeerd door het onderscheid tussen het doelgerichte rechtshandelen van het bestuur en de niet beoogde (hoogstens voor lief genomen) gevolgen daarvan. Hij verwijt de wetgever dan ook een eenzijdige visie op het besluit, neergelegd in art. 1:3 lid 1 Awb, dat slechts oog heeft voor de op rechtsgevolg gerichte actie: de publieke rechtshandeling. Een besluit heeft ook niet nagestreefde gevolgen; in zoverre is het geen rechtshandeling, maar een daad met gevolgen of mogelijk een rechtsfeit met rechtsgevolgen.

De rechtshandeling is de aanwending van wettelijke bevoegdheden ter bereiking van daartoe in de wet gestelde doeleinden; een daad van openbaar gezag. Die mag slechts worden gericht op en gestuurd door het algemeen belang van de gemeenschap. In de gebondenheid aan de behartiging van het algemeen belang ligt de bron van de werking van besluiten *erga omnes*. Bestuurlijke rechtsvorming is algemene rechtsvorming; normstelling met als richtpunt het te dienen algemeen belang (A). Dit geldt dus ieder besluit, van tracébesluit tot de toekenning van een bijstandsuitkering. Haar algemene werking maakt dat de bestuurlijke rechtshandeling in de visie van Tak onaanastbaar behoort te zijn voor de rechter, wiens werkzaamheid is toegespitst op en beperkt tot de beslissing van individuele rechtsgeschillen door individuele, subjectieve rechten en plichten vast te stellen. Wat het algemeen belang vergt, kan hij niet beoordelen. Hij kan, gegeven een rechtshandeling van het bestuur, beoordelen of de – niet beoogde, dus niet op het algemeen belang betrokken – gevolgen daarvan een aantasting vormen van subjectieve rechten of rechtens beschermde belangen van een individu, dus of dat besluit jegens dat individu een onrechtmatige daad is. Hij mag echter niet treden in de (on)rechtmatigheid van het besluit als rechtshandeling, verricht in het algemeen belang, en zeker mag hij dat niet vernietigen, aldus Tak.

Dus heeft de Nederlandse bestuursrechter een om principiële redenen onuitvoerbare opdracht gekregen. Een beoordeling gericht op de vraag of het

besluit vernietigd moet worden – en die eist art. 8:72 lid 1 Awb – vergt gelijksoortigheid van het werk van bestuur en rechter; de rechter kan immers in elk geval in negatieve zin, zijn oordeel in de plaats van het bestuur stellen. Het besluit geeft antwoord op de vraag of en hoe het algemeen belang wordt gediend; een geschil daarover loopt ook over die vraag. Treedt de rechter daarin en leidt zijn beoordeling tot vernietiging vanwege *ad hoc* in het belang van appellant geconstateerde gebreken, dan wordt het belang van velen in de waagschaal gesteld omwille van het belang van de enkeling. Voor zijn waardering van het functioneren van het huidige stelsel van rechtsbescherming is dat door Tak geconstateerde effect naar mijn indruk nogal belangrijk. Hij waarschuwt dat deze (dreigende) disproportionaliteit de enkeling al snel opzadelt met het verwijt van querulantisme. Anders gezegd: we moeten van de burger niet verlangen dat hij zijn recht haalt door als onbezoldigd vervolger de schending van het publieke recht in te roepen door een besluit dat zijn individuele belangen schendt, maar als regel zwaarwegender algemene belangen dient. Voldoende en meer afdoende is dat hij de, vergeleken met die van anderen onevenredige, schade aan zijn rechten(s) beschermde belangen) direct aan de rechter kan voorleggen.

In zoverre sprake is van relatieve onrechtmatigheid, kan de rechter naar de opvatting van Tak geen bevelen tot besluiten geven, maar wel bevelen tot feitelijk handelen ter heling van de rechtsbreuk; bij voorkeur *in natura*, anders in de vorm van schadevergoeding. Het is dus wel de exclusieve taak van de rechter om recht te vinden en toe te passen, dit juist zonder enige terughoudendheid, maar dat is niet het recht dat de wetgever en het bestuur formuleren: de abstracte regel voor de toekomst, noch de invulling van het algemeen belang van de samenleving in de toekomst, maar de bepaling van de rechtspositie van een individu hier en nu, in dit geval; het *ius in causa positum*.

Dat betekent dat de controle op de rechtmatigheid van de doelgerichte aanwending van bestuursbevoegdheden (de publieke rechtshandeling) binnen en door het bestuur zelf moet plaatsvinden en dat de rechtsbescherming eerst aan de orde is, indien de besluitvorming in ruime zin (dus inclusief heroverweging en controle) definitief is afgerond. Voor de rechter is het besluit als rechtshandeling en de werking ervan *erga omnes* een onaantastbaar gegeven.

In de bespreking van de eerste druk van het Handboek ben ik er van uit gegaan dat dit alles met zich bracht dat de grondslag van de vordering van de burger nooit gelegen kan zijn in schending van algemene normen die het besluit als publieke rechtshandeling beheersen, omdat, naar ik begrepen had, de rechter niet mag treden in de uitleg van die normen, wegens de aan die uitleg inherente algemene rechtsvorming. De rechter moet immers uitgaan van de rechtmatigheid van het besluit als zodanig, en beoordelen of een burger er onevenredig door in zijn grond- en vermogensrechten of rechtens beschermde belangen is geschaad. Voorts nam ik aan dat het beginsel van gelijkheid voor publieke lasten in de visie van Tak niet moet worden opgevat als een op de besluitvorming toepasselijk beginsel, omdat men anders zou vervallen

in de 'Paul Kruger-benadering' en – in de woorden van Tak zelf – met een kanon (de vernietiging van een besluit dat het algemeen belang dient) op een mug (de schade van de enkeling) schiet.³ Ik nam aan dat het beginsel in zijn visie juist de grondslag vormt voor het rechterlijke *ius in causa positum*.⁴

Uit hoofdstuk 17 van de tweede druk, de reactie van Tak in *NTB* en zijn reactie op de referenten, opgenomen in deze bundel valt op te maken dat hij dit anders ziet. Wel degelijk kan en moet de rechter bij de bepaling van de rechtspositie van de burger beoordelen of de beschikking die deze rechtspositie bepaalt, strookt met de publiekrechtelijke normering waarop ze is gebaseerd. Hij mag haar, wegens de werking *erga omnes* van de beschikking, slechts niet vernietigen; hoogstens er de werking aan ontfangen, aldus Tak. Deze nadere verklaring is tijdens het mondelinge debat wat onderbelicht gebleven. Dat is jammer, want ze lijkt me van groot belang. Allereerst voor de verhouding tussen de spectra van het besluit (rechtshandeling en feit) die Tak onderscheidt. De verklaring bevestigt immers hun samenhang, reeds wegens de kennelijke samenhang in de toepasselijke normering, nu het bestuur bij het nemen en controleren van de normerende rechtshandeling en de rechter bij de beoordeling van het besluit als feit beide het publiekrecht als maatstaf hanteren. De visie van Tak op de verhouding tussen bestuurlijke en rechterlijke rechtsvorming verliest voor mij echter ook aan scherpte, nu de rechter toch bevoegd is om met exceptieve toetsing te treden in de aan het besluit-feit voorafgaande, op het algemene belang gerichte bestuurlijke normering.

4 DE GEWENSTE EN DE GEGEVEN OPDRACHT; WAARDERING VAN DE RECHTS-PRAKTIJK

Naar haar strekking richt de kritiek van Tak zich tot de wetgever. De opdracht die hij aan de bestuursrechter heeft gegeven is innerlijk tegenstrijdig: het bieden van individuele rechtsbescherming door het op beroep van feitelijk belanghebbenden beoordelen van besluiten, dus van de (on)rechtmatigheid van de in het besluit gekozen wijze van dienen van het algemeen belang. Daarbij is de rechter gebonden aan de gronden van het beroep die het geding noch in 'objectieve' zin, noch in 'subjectieve' zin logisch afbakenen. Immers, het geding volgt niet de objectieve lijnen van het besluit maar die van de aangevoerde bezwaren. Die bezwaren echter zijn niet die van dragers van subjectieve rechten of rechtens beschermde belangen, noch betrokken op die rechten of belangen. Het zijn de bezwaren van feitelijk belanghebbenden, betrokken op wat hen, los zelfs van die belangen, als te maken bezwaar goeddunkt om te komen, hoe dan ook, tot de vernietiging van het besluit. Het kost me geen

3 A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, 's-Gravenhage: Sdu 2002, deel II, p. 426 e.v.

4 Tak 2002, deel I, p. 85 e.v., deel II, p. 236 e.v.

moeite te beamen dat dit er wat vreemd uitziet. De onder 2 geduide gebreken aan de taakopdracht doen zich ook naar mijn waarneming in de rechtspraktijk gevoelen. Ter nadere illustratie zou ik willen verwijzen naar mijn kronieken over bestuursprocesrecht in het *NTB*, in het bijzonder die over de periode september 2000/april 2001 en oktober 2002/april 2003.⁵ Dus wordt die opdracht bewerkt. De rechter doet dat door de aan een visie van het bestuur op de afbakening, waardering en weging van mee te wegen belangen ontleende algemene beleidsvorming, ook in zoverre die strekt tot invulling van normelementen als openbare orde en veiligheid, doelmatige verdeling van woonruimte en het belang van de bescherming van het milieu, behalve op formele gebreken slechts te toetsen op evidente onredelijkheid. Dat laatste loopt overwegend goed af voor het bestuur, niet omdat de rechter zo 'gouvernementeel' is, maar juist omdat hij het gouvernement niet mag zijn. Binnen het thans nu eenmaal vigerende stelsel kan hij daarom, wat de op het algemeen belang gerichte beleidsvorming betreft, niet verder gaan dan een toetsing waarvan het resultaat, ware het meer dan sporadisch negatief voor het bestuur, zou indiceren dat dit bezig is af te zakken naar een wel zeer onrustbarend niveau. Aldus strekt de rechterlijke toetsing niet tot een eigen invulling van de beleids- en beoordelingsruimte met de daaraan in het bestuursrecht inherente algemene werking. Het accent komt te liggen op de toetsing van de toepassing van de in uitvoeringswetgeving en beleid(sregels) neergelegde publieke normering in het ter beoordeling voorliggende besluit. Zo ontstaat een differentiatie tussen de taken van bestuur en rechter. Afhankelijk van rechtsterrein, aard van de bevoegdheden, bereik van het besluit en intensiteit en concreetheid van de normering daarvan, kán dat leiden tot een min of meer terughoudende en soms inderdaad sterk formele, schrale toetsing. Daar is 100 jaar geleden al voor gewaarschuwd.⁶ Binnen het huidige stelsel zou het alternatief zijn: besturen in het algemeen belang door de rechter. Dat lijkt me geen optie, al helemaal niet in de visie van Tak. Ook het EHRM neemt bij de toetsing van – bijvoorbeeld – een negatieve AWBZ-beschikking aan art. 8 EVRM een met het oog op de verdeling van schaarse publieke middelen noodzakelijke 'margin of appreciation' van het bestuur in acht.⁷

Deze toespitsing in rechte op het eindbesluit, veelal een beschikking, gegeven (behoudens marginale toetsing) de voorafgaande normering, heeft inmiddels geleid tot een zekere 'subjectivering' van het bestuursprocesrecht, die echter vrijwel beperkt blijft tot de omvang van het geding. Te denken valt aan het hanteren van uitgangspunten als non ultra petitem en non reformatio

5 M. Schreuder-Vlasblom 'Kronieken- Bestuursprocesrecht', *NTB* 2001, p. 126-136; M. Schreuder-Vlasblom 'Kronieken-Bestuursprocesrecht', *NTB* 2003, p. 175-193.

6 H. Reuyl, 'Het verslag van de Staatscommissie van 1891' *Rechtsgeleerd magazijn* 1895, p. 1 e.v., p. 213 e.v. en p. 509 e.v.; J.B. Kan, *De comptabiliteit in het staatsbestuur* (diss. Leiden), Leiden: Eduard Ijdo 1896; A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter. Beschouwingen over de moderne rechtsstaatsgedachte*, Arnhem: Quint 1910.

7 EHRM 8 juli 2003, *Sentges tegen Nederland* (appl.no.27677/02), *NJB* 2003, 39.

in peius en de worsteling met de afbakening van het geding in het licht van hetgeen eerder in de procedure al dan niet is aangevoerd. Die subjectivering is begrijpelijk, wellicht zelfs onvermijdelijk, maar als zij niet wordt doorgetrokken naar de toegang tot de rechter in relatie tot aard en bereik van diens toetsing, is ze ook riskant. Volgens het huidige stelsel kan een burger die door een besluit direct in een feitelijk belang getroffen wordt, dat besluit in rechte bestrijden en daartoe het gehele objectieve behoren van het bestuur inroepen, ook in zoverre dat met zijn belang niets van doen heeft. Dat impliceert dat het stelsel is gebaseerd op de gedachte dat een burger slechts door een besluit in zijn directe feitelijke belang getroffen mag worden als dat besluit in alle opzichten in objectieve zin rechtmatig is. De rechterlijke beoordeling is dus objectief en valt samen met het gehele op het besluit betrokken behoren van het bestuur. Maar dan suggereert of zelfs impliceert iedere beperking van de argumentatie in rechte op processuele gronden, zijnde een beperking van de rechterlijke beoordeling, een beperking van het behoren van het bestuur in het kader van de besluitvorming. Zolang het in rechte niet gaat om de rechten of rechtens beschermde belangen van de appellant, maar om een objectieve toetsing van het besluit, gaat de – geïsoleerde – processuele subjectivering doorwerken in de objectieve eisen die aan de besluitvorming worden gesteld. Dat wordt problematisch want de essentie van de bestuurstaak is niet het adequaat per geval beslechten van individuele geschillen, waarbij wederzijdse processuele behoorlijkheid de maatstaf is. Zo kan de burger het bestuur soms niet meer in rechte tegenwerpen dat het belangen of omstandigheden in de besluitvorming in het licht van art. 3:2 Awb ten onrechte heeft genegeerd, omdat hij, de burger, die kwesties in dat kader zelf niet heeft opgebracht. In het huidige stelsel valt daaruit te begrijpen dat het bestuur er om die reden niet naar hoefde om te zien, want anders zou dat behoren in de objectieve toetsing in rechte aan de orde moeten kunnen worden gesteld. Het bereik en de diepgang van de besluitvorming hangt dan in zoverre niet meer op de verantwoordelijkheid van het bestuur maar op de inventiviteit van de burger. Zo dreigt de samenhangende beleidsvorming te verzanden in de casuïstiek van individuele bezwaren en belangen. Door Tak te volgen in het voorop stellen van de eigen aard van de besluitvorming, zijnde eenzijdige uitoefening van openbaar gezag gericht op de behartiging van het algemeen belang, zouden we wegen kunnen vinden om dat te ondervangen. Op de vraag of Taks alternatief zo'n weg biedt of dat daaraan op wat andere wijze een vergelijkbaar risico is verbonden, kom ik terug. Wel merk ik op dat dit een secundaire vraag is: gebreken aan het alternatief indiceren niet dat het huidige stelsel adequaat is.

5 HET DEBAT OVER DE AFDOENING

Er is een relevant verschil in positionering van de rol van het algemeen belang tussen Tak en de jegens het huidige stelsel van rechtsbescherming ook kritische Commissie-Polak.

In haar rapport beschrijft de Commissie de kern van het bestuursrecht als het eenzijdig vaststellen door het bestuur van de rechtspositie van de burger door het verrichten van daartoe strekkende publieke rechtshandelingen (besluiten), dit het ter behartiging van het algemeen belang. Kennelijk denkt ze daarbij aan beschikking, niet aan besluiten van algemene strekking. Dat zo zijnde, stelt ze aldus impliciet, anders dan Tak, de vaststelling van de individuele rechtspositie door het bestuur als het eigene van besluitvorming voorop, waardoor de achterliggende nadere rechts- en beleidsvorming in het algemeen belang veel minder op de voorgrond treedt. Eenzelfde benadering ziet men in de schriftelijke reacties van Drupsteen en Polak. Zij veronachtzamen de onderliggende normering en de noodzakelijke samenhang die aldus wordt gewaarborgd niet, maar zij zien die niet als het primaire object van toetsing. In aansluiting op rechtspraktijk (zie sub 4) zien zij die normering overwegend (behoudens evidente onredelijkheid) als door de rechter te hanteren maatstaf, zodat aan de samenhang binnen het bestuursoptreden veeleer recht wordt gedaan. Daarom begrijpen Drupsteen en Polak de bezwaren van Tak tegen de vernietiging als afdoeningwijze niet. Zij zien die als het verlengde van de motivering in de uitspraak. Polak beklemtoont ook de effectiviteit ervan voor appelland. Of dat een zelfstandig argument is, weet ik niet. De effectiviteit hangt op de inhoud van het nieuwe besluit en die wordt bepaald door de motivering van de uitspraak. Een echte motiveringsvernietiging is nauwelijks meer dan een procedurele beslissing; voor appelland mogelijk de spreekwoordelijke dode mus. Nu duidelijk is dat ook in de visie van Tak de rechter het besluit exceptief toetst aan de publieke normen die grondslag en uitkomst zijn van de bestuurlijke rechtsvorming (wet, gedelegeerde regelgeving, beleidsregels, beleid, gedragslijnen), lijkt de afdoeningdiscussie een sequeel van het debat over de verhouding tussen bestuurlijke en rechterlijke rechtsvorming. Het verschil daartussen is kleiner waar het te toetsen besluit ligt aan het uiterste eind van de normeringsketen. Vaak zijn zulke besluiten sterk geïndividualiseerd en gebonden door de eraan voorafgaande normering. De werking *erga omnes* van dit soort beschikkingen ligt eigenlijk besloten in die normering waarvan ze de implicatie zijn. Dat geldt *a fortiori* ten aanzien van de Tak voor ogen staande vaststellingsbeslissingen. Vernietiging lijkt me zelfs in de ogen van Tak dan alleen problematisch als in de motivering van de uitspraak is getreden in de voorafgaande normering en die onverbindend is verklaard of buiten toepassing gelaten. Polak en Tak lijken elkaar hier in hun toenadering voorbij te lopen. Waar Tak hier – in en om de vaststellingsbeslissing – toetsing en vernietiging door de rechter niet onaanvaardbaar lijkt te vinden, accepteert

Polak hier – in het omringende bestuursrecht – de vaststelling van de individuele rechtspositie door de rechter, in de plaats van besluitvorming.

Naarmate het te beoordelen besluit zelf nog sterk normerend van strekking is, rijst primair de vraag of en hoe de rechter zo'n besluit kan beoordelen. Als dat aanvaard wordt mits het zeer terughoudend gebeurt, is de vernietiging als gezegd niet meer dan een heropening van de besluitvorming met onzekere uitkomst, zie boven. Als de rechter echter ten volle treedt in de uitleg van de publieke normen en dus ook in de beoordelings- en beleidsruimte die de bevoegdheidsbepaling (de publieke basisnorm) aan het bestuur toekende, dan slaat de rechter zelf aan het normeren en is dat het probleem, waarvan de werking van een mogelijke vernietiging deel uitmaakt.

6 BESTUURLIJKE EN RECHTERLIJKE RECHTSVORMING

Het is aan de wetgever, niet aan de rechter, de overheidstaak duidelijk af te bakenen en aan de wijze van uitvoering daarvan richting te geven. Als het goed is, doet hij dat door onbevooroordeeld en zonder voorop gestelde beperkingen te inventariseren en af te wegen welke belangen voor de coherentie – en dus de leefbaarheid voor ieder individu – van de samenleving zo belangrijk moeten worden geacht en welke belangen zo kwetsbaar dan wel reeds zo bedreigd zijn dat ze in het algemeen (= gemeenschappelijk) belang van overheidswege beschermd moeten worden. Het algemeen belang is geen abstractie, buiten en boven individuele belangen. Het absorbeert die belangen omdat het een gemeenschappelijk belang is, zij het dat het geheel wel meer is dan de som der delen. Dat meerdere zit hem in de overkoepelende visie op de langere termijn op het gehele belangencomplex, die eigen is aan iedere aanwijzing van een belang als algemeen belang en die prevaleert boven de individuele appreciatie van winst en verlies op de korte termijn.

Als ze eenmaal onder de taak van de overheid zijn gebracht, worden de belangen betrokken in het publiek (rechts)handelen van de overheid. Haar bescherming kan worden geboden doordat de wetgever de burger normen stelt in de vorm van geboden en verboden, op overtreding waarvan een sanctie volgt (strafrecht; punitief bestuursrecht). Aldus beperkt de wetgever de individuele autonomie waarop Tak zich in de inleiding van zijn reactie op de referenten beroept: men mag de autonomie niet gebruiken om elkaar naar het leven, de gezondheid en de bestaanszekerheid te staan; zonder die bescherming heeft men aan zijn autonomie als gesteld sub 1 ook niets. Het verlies daaraan weegt niet op tegen de winst aan vrijheid tot Ook kan de wetgever structuren scheppen met gebruik waarvan belangenbehartiging in beginsel – behoudens geschillen – binnen de samenleving kan plaatsvinden (privaatrecht).

De wetgever kan zich echter ook minder goed in staat achten in abstracto te beslissen over de precieze afbakening, het relatieve gewicht en de precieze wijze van bescherming van door de overheid te behartigen belangen, omdat

die beslissing moet afhangen van een veelvormige en veranderlijke praktische context en van het uiteenlopende en wisselende gewicht van mee te wegen tegen-belangen. Hij stelt dan wel zelf de vereiste essentiële normen, waaronder tot de burger gerichte ge- en verboden. Het stellen van de originaire grens aan de individuele autonomie is immers alleen aan hem. Vervolgens draagt hij het stellen van nadere normen op aan het bestuur, soms als zodanig (bestuurlijke regelgeving, planvorming), vaak via ruim omschreven bevoegdheden tot het verlenen per geval van vrijstellingen, vergunningen of ontheffingen van de ge- en verboden of van faciliteiten als uitkeringen en subsidies ('gelede normstelling').

Ik ben het geheel met Tak eens dat een essentiële eis die aan die nadere besluitvorming moeten worden gesteld, is dat ze coherent, met overzicht over en weging van alle relevante belangen moet plaatsvinden, dus binnen samenhang brengende kaders van vooruitziende algemene beleids- en rechtsvorming. Het bestuur beschikt wél in individuele zaken en dus ook over individuele belangen, maar niet *ad hoc*, het beschikt al normstellend. Die normstelling is richtinggevend. Ze impliceert waardering van voorliggende individuele gevallen in de context van vergelijkbare gevallen met als richtpunt datgene wat in de wettelijke taakopdracht als te behartigen algemeen belang is aangewezen. Dat dwingende baken maakt dat het coherent en bestendig beschikken in samenhang een cruciale eis is waaraan het bestuursoptreden moet voldoen; buiten zijn gelding verlaat men het terrein van het bestuursrecht.

Het is aan het bestuur te beslissen een individuele aanvraag wel of niet in te willigen. Bij het nemen van die beslissing dient het zich echter alleen te laten leiden door hetgeen naar zijn oordeel het hem ter behartiging opgedragen algemeen belang (de belangen van ieder of anderen) eist, rechtvaardigt, of althans verdraagt. Het dienen van het algemeen belang (A-belang) vergt algemene, geobjectiverde uitgangspunten, anders verwordt het tot iets dat het bestuursrecht naar zijn aard niet toelaat: een op zich zelf staande weging van individuele belangen per geval. Schade aan individuele belangen is natuurlijk niet primair beoogd; primair beoogd is het dienen van het algemeen belang. Voor zover de geschade belangen dienden te worden betrokken in de te verrichten afweging (de inclusieve, of I-belangen), is de schade echter wel voorzien, gewogen en aanvaard; de publieke normering van de besluitvorming eist dat, omdat het belangen zijn die de concretisering op individuele schaal van het na te streven algemeen belang zijn. Wat is anders de grondslag voor aansprakelijkheid van het bestuur voor die nadelen? Schade aan belangen die het bestuur niet mocht meewegen (uitgesloten of U-belangen), valt het bestuur niet toe te rekenen.

Ik moet bekennen dat mij ook na de studiedag de scheidslijn tussen algemeen belang enerzijds en individuele rechtsposities en rechtens beschermde belangen anderzijds, nog steeds niet scherp voor ogen staat, juist omdat ik er met Tak vanuit ga dat het besturen altijd op algemene uitgangspunten moet zijn gericht.

Waar ligt dan de scheidslijn tussen beoogde en niet beoogde gevolgen van een besluit, die de grenslijn is van de competentie van de bestuursrechter? Inmiddels is duidelijk dat Tak die lijn (gelukkig) niet laat samenvallen met die tussen lusten (beoogd doel van algemeen belang) en de lasten (niet beoogde negatieve gevolgen voor het individu). Ik verwijs naar zijn opmerkingen over art. 49 WRO, dat z.i. ten onrechte niet voorziet in afroming van voordeel: de lusten voor het individu blijven buiten beeld, wat onevenwichtig is. Dat lijkt me zeker juist. Bij Tak lijkt de grenslijn tussen beoogd en niet beoogd samen te vallen met die tussen het dienen van het algemeen belang (A-belang, de hoofdweg) en het individuele belang (de kruisende zijweg), maar ook dat roept vragen op. Wat Tak over de essentie van het algemeen belang schrijft op p. 1240, onderaan van de tweede druk van zijn Handboek,⁸ inclusief de verwijzingen, weersprekt naar mijn indruk niet dat het algemeen belang kan worden beschouwd als het door de overheid ter behartiging aan zich getrokken complex van gemeenschappelijke belangen van de leden van de publieke gemeenschap. Zo bezien, springt wat meer in het oog dat de belangen van individuen ter plaatse zijn gediend met het via de hoofdweg proportioneel ordenen van de ruimte en beschermen van het milieu. Door de eis van consistentie verbindt het gemeenschappelijk belang de individuele belangen met elkaar; in alle gevallen gelden dezelfde wegingsnormen. De behartiging van het algemeen belang vergt het formuleren van algemene uitgangspunten, maar waar het bestuur moet beschikken, moeten die uitgangspunten wel uitmonden in een schikking van individuele belangen: is dat een zijweg of de hoofdweg? Naar mijn idee liggen de beschikkingen aan het eind van de hoofdweg, als zijnde de geconcretiseerde ten uitvoerlegging van de gekozen wijze om het algemeen belang te dienen. Het gaat toch uiteindelijk om de zekerheid en de kwaliteit van het bestaan van individuele mensen, voor zover die in deze besluitvorming betrokken zijn (specialiteit)? Het algemeen belang mondt op microniveau uit in individuele belangen en juist daar liggen veelal de beroepbare besluiten. De uitwerking van die besluiten op in het verlengde van het tot doel gestelde algemeen belang liggende individuele belangen (die *pars pro toto* zijn) kan dan toch onmogelijk niet beoogd zijn met het besluit. Zo ben ik terug bij mijn vraag of een bouwvergunning die strookt met ofwel het bestemmingsplan ofwel het planologische beleid geen beoogd bouwrecht toevoegt aan de rechtspositie van een burger? Dat bouwrecht ontleent hij m.i., anders dan Tak heeft geantwoord, niet aan zijn individuele autonomie, nu de wetgever die heeft ingeperkt, en in het licht van het eerste protocol bij het EVRM mocht inperken, met een verbod te bouwen zonder vergunning, die in beginsel moet stroken met het bestemmingsplan en buiten dat beginsel met een goede ruimtelijke ordening. Ligt de grens tussen beoogd en niet beoogd gevolg dan wellicht bij die tussen algemeen belang en daarin geïmpliceerde individuele belangen

8 A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

enerzijds en 'dwarse', tegenstrijdige individuele belangen anderzijds. Het beeld van de hoofdweg kruisende zijwegen suggereert dat die belangen in elk geval buiten de beoogde besluitvorming vallen. Toch kunnen in de visie van Tak zulke belangen de besluitvorming op de hoofdweg afstoppen. Dat beeld lijkt me verwarrend. Het prevaleren van 'dwarse' belangen leidt naar mijn inzicht bijv. tot verlening van een ontheffing, toepassing van een hardheidsclausule, afzien van handhaving of afblazen van een publiek project. Ook dat is besluitvorming die haar doel bereikt, dus niet ergens in de weilanden strandt. Ook die besluitvorming kan alleen plaatsvinden in zoverre het tot doel gestelde algemene belang dat verdraagt. Juist daarom behoedt het specialiteitsbeginsel ons voor het ongecontroleerd uitdijen van bestuursbevoegdheden, ten dienste van daaraan vreemde belangen. Dat het individuele belang onder omstandigheden moet prevaleren, doet daar niets aan af; kennelijk verdraagt het algemeen belang dat, anders mag het niet zo gaan. Dat is nu juist de kwestie van afwegen en wel op de hoofdweg, dus met het oog op het algemeen belang. Hier ligt ook de betekenis van het specialiteitsbeginsel dat bepaalt welke belangen potentieel vermogen te prevaleren, anders gezegd, moeten worden meegewogen. Dat leidt tot een ontkennend antwoord op de gestelde vraag; we bevinden ons ook hier nog binnen de grenzen van de beoogde gevolgen. Tak bevestigt ook dat onder beoogd gevolg (enkel) gerekend worden de effectuering van de gezagsuitoefening binnen het door het specialiteitsbeginsel afgebakende kader.⁹ Gelet op zijn kritiek op de door Schlössels aan de orde gestelde uitspraak van de Afdeling over de jetski's¹⁰ is die afbakening in de visie van Tak zeer ruim. Beoordeeld had z.i. moeten worden of niet op het doel van de bestuursbevoegdheid (het algemeen belang, de onbelemmerde vaart, de hoofdweg) betrokken individuele belangen (de geluidslast van de omwonenden, de zijweg) aan de verlening van de ontheffing die de vaart toeliet in de weg stonden. Als dat zo is (ik betwijfel dat), dan worden die individuele hinderbelangen inderdaad bewust meegewogen. Bij verlening van de ontheffing is hun aantasting geen buiten de op rechtsgevolg gericht besluitvorming gelegen feitelijk gevolg van het besluit. Tak zelf schrijft op p. 1241 van de tweede druk dat het dienen of aantasten van individuele belangen wel degelijk oogmerk mag en kan zijn van besluiten, mits het niet gaat om bevoordeling of benadeling, maar het betrachten van evenredigheid die altijd richtsnoer voor de overheid moet zijn.¹¹ De omstandigheid, dat dit alles geschiedt op basis van een gegeneraliseerde beleidsvisie op wat het algemeen belang vergt of verdraagt, rechtvaardigt ook het (niet méér of beperkt) belasten dan wel begunstigen van individuen.

Op grond van dit alles ben ik geneigd als niet beoogde gevolgen te beschouwen de aantasting van de U-belangen die buiten de door het bestuur

9 Tak 2004, p.124.

10 ABRvS 18 september 2002, AB 2003, 57.

11 Tak 2005.

te verrichten afweging vallen of gevolgen die het bestuur kennelijk in het geheel niet heeft voorzien. Dit temeer nu naar mijn voortschrijdende inzicht de leer van Tak zich er niet tegen verzet dat de rechter treedt in de vraag welke belangen buiten de bestuurlijke afweging moeten blijven en in de vaststelling of het bestuur bepaalde belangen in de besluitvorming had behoren te betrekken, zij het niet in het kader van de beoordeling van de rechtmatigheid van de rechtshandeling. Maar ondanks zijn ruime opvatting over het specialiteitsbeginsel, begrijp ik dat Tak vindt dat het dienen of aantasten van geen enkel individueel belang oogmerk van een besluit is/mag zijn.

Er is een mogelijke verklaring voor de afwijzende houding van Tak jegens het betoog dat de gevolgen van het besluit voor ingevolge het specialiteitsbeginsel mee te wegen belangen, beoogd zijn. Wat beoogd is, valt immers in zijn visie buiten de competentie van de rechter (behoudens exceptieve toetsing, daar kom ik op terug). Waar we nu zitten met het probleem dat de bestuursrechter om maar bevoegd te zijn het besluitbegrip steeds verder oprekt, dreigt in de constructie van Tak een, omwille van een ruime rechterlijke competentie, zeer beperkte uitleg van het specialiteitsbeginsel. Daardoor kunnen nogal wat afwegingen aan het bestuur worden onttrokken en bij de rechter worden gebracht, die op basis daarvan mogelijk tot compensatie moet beslissen, waar dat bij een ruimere weging door het bestuur en een soepeler besluit niet nodig was geweest. Mogelijk trekt Tak de competentielijn binnen het complex van mee te wegen belangen, om aan dit probleem te ontkomen. Maar daardoor wordt het voor hem naar mijn indruk wel erg lastig om tot een heldere competentie-afbakening te komen.

7 UITWERKING; RECHTERLIJKE RECHTSVORMING

De – beoogde – behartiging van het algemeen belang is in de visie van Tak met het besluit als rechtshandeling voor de rechter in beginsel (behoudens exceptieve toetsing) een gegeven, de gestelde onevenredige schade van een individu en de wijze waarop die moet worden ondervangen de door hem vast te stellen variabele. Hoe moet de rechter die onevenredigheid beoordelen?

Tak bevestigt dat, waar hij spreekt over rechtspraak als het vormen van *ius in causa positum*, hij de aan rechtspraak eigen rechtsvormende taak van de rechter niet ontkent.¹² Ik begrijp dat hij met zijn verwijzing naar art. 12 van de Wet algemene bepalingen wil betogen dat die rechtsvorming gericht wordt door het te berechten geval. Het bestuur zoekt het panorama; generaliseert, de rechter focust. Een rechter mag geen algemene regels stellen voor slechts in abstracto te duiden categorieën gevallen. Immers, juist dat categoriseren vergt een altijd discutabele paardensprong die de spankracht van de

12 Tak 2005, p. 1250, onderaan.

onafhankelijke rechter te boven gaat.¹³ De rechter schept precedentenrecht van geval tot geval. Rechtsvorming die wel categoriseert, dus elementen van de casuïstiek op voorhand als rechtens relevant aanwijst of als rechtens irrelevant ter zijde stelt, vergt de normstelling waarop art. 12 Wet AB ziet. Tot die normstelling is het bestuur gehouden ter invulling van de beleids- en beoordelingsvrijheid die de publieke normen hem welbewust laten. Als gesteld vloeit de beschikking als uiteinde van de normeringsketen uit die nadere bestuurlijke rechtsvorming voort, naar Tak evenzeer bevestigt.¹⁴ Voorts heeft hij herhaaldelijk betoogd dat de bestuurlijke rechtsvorming gericht moet zijn op het algemeen belang en aldus objectief bepaald is en dat de rechter nu juist subjectieve rechtsverhoudingen tussen individuen vaststelt en niet kan bepalen wat het algemeen belang vereist. Zijn afwijzen van de rechterlijke vernietiging van besluiten wegens hun werking *erga omnes* heb ik in dat licht begrepen: Door in de normeringsketen passende en daarom die werking hebbende besluiten te vernietigen, treedt de rechter in de objectieve publieke normering in het algemeen belang en dat vermag hij niet. Dat is een strikt dogmatisch, maar niet een formalistisch standpunt, want het vindt materiële grondslag in het normerende karakter van het besluit. Hoe is die visie nu te rijmen met de bevoegdheid van de rechter om het besluit als rechtshandeling toch exceptief te toetsen aan diezelfde publieke normering? Op die vraag ben ik in de vorige versie van deze bespreking niet ingegaan, omdat ik dacht dat die exceptieve toetsing niet paste in de leer van Tak; des te meer klemt ze voor mij nu dat wel zo is.

Tak heeft te vaak gefulmineerd tegen de 'formulierenrechtspraak à la Dorknoper', niet in de laatste plaats waar het de terughoudendheid van de toetsing door de bestuursrechter betrof, en te vaak beklemtoond dat juist de rechter ten volle moet treden in rechtsvragen, om te kunnen aannemen dat hem hier een inhoudelijk terughoudende toetsing voor ogen staat. 'Wel degelijk kan (en moet zelfs) iedere rechter elk onderdeel van de normeringslijn, dus ook de beschikking, toetsen aan verenigbaarheid met de voorgaande normeringen, zoals dit bij wetshiërarchie reeds vanouds gebruikelijk is.' 'Natuurlijk moet hij (de rechter, MSV) bij zijn rechtsvaststelling aangeven wat rechtens is: is de beschikking die de rechtspositie bepaalt wel in overeenstemming met de (overige) publiekrechtelijke normering?'¹⁵ Dat betekent dus dat de rechter, zij het enkel ter beoordeling van de individuele rechtsverhouding, treedt in de vraag of de beschikking strookt met het beleid en zo ja, of dat beleid strookt met de nadere regelgeving en zo ja of die regelgeving strookt met de wet. Aldus treedt hij – waarschijnlijk zonder enige terughoudendheid – in de invulling van de door de wetgever aan het bestuur toebedeelde ruimte tot nadere

13 HR 28 juni 2002, *JB* 266; HR 21 maart 2003, *JB* 120; ABRvS 18 september 2002, *AB* 2003, 21.

14 Tak 2004, p. 122-123; Tak 2005, p. 124.

15 Beide: Tak 2004, p. 123; zie ook Tak 2005, p. 1246 onderaan.

normering, gericht op het algemeen belang. Dat mag de rechter toch niet, naar Tak zelf klemmend heeft betoogd? Hij doet het in omgekeerde volgorde, dus beoordelend van onder naar boven en zijn oordeel leidt tot afwijzing *ad hoc*, niet tot het in de plaatsstellen van eigen beleid. Maar dat zal een schrijver die vernietigen van beschikkingen afwijst omdat dat op een lijn staat met de normering waaruit de beschikking voortkomt, niet als verklarend argument inroepen. Terecht; ook als de rechter zijn oordeel over de algemene invulling van de bestuurlijke discretie voor één geval vervangt door de zijne, treedt hij direct in die algemene invulling, tenzij de rechtsgelijkheid terzijde wordt gesteld. Dat laatste lijkt me volstrekt in strijd met de aard van de publieke normering zoals Tak die zelf ziet. Hij heeft immers bevestigd dat in het bestuursrecht de implementatie van de wet met het oog op het algemeen belang, objectief, niet subjectief moet plaatsvinden, dat alle wetstoepassing coherent, in samenhang moet plaatsvinden, dat iedere wetsuitleg hier daarom een algemene, voor soortgelijke gevallen dus ook normstellende werking heeft en dat daarom normerend in objectieve zin wordt beschikt. Als de rechter in het kader van de individuele, subjectieve rechtsvaststelling inderdaad exceptief dit objectieve speelveld mag betreden, dan begeeft hij zich onder de gelding van de daar geldende regels. De uitleg die hij daar geeft aan objectieve normen kan niet irrelevant zijn voor andere gevallen, want dat is in strijd met de noodzakelijke samenhang bij de toepassing van het materiële bestuursrecht. Wegens die samenhang mag het bestuur zo'n rechterlijk oordeel in andere gevallen niet negeren. Het materiële bestuursrecht verdraagt geen subjectieve trips *ad hoc* in de gelede normeringsketen; ter vermijding van ieder begin van willekeur objectiveert – dus veralgemeniseert – het die automatisch, door het bestuur te verplichten coherentie te betrachten. Dus kan de rechter hier alleen objectief toetsen, met doorwerking naar andere gevallen, dus op de hoofdweg van het bestuur, gericht op het algemeen belang. Dat de rechter niet meer de bevoegdheid zou hebben het besluit te vernietigen, lost dat niet op. De materiële rechtsvorming heeft zelfstandige betekenis, ten opzichte van de formele afdoening. Treedt de rechter daar ten volle in, zoals Tak wil, dan neemt hij een deel van de verantwoordelijkheid over voor het normerend beschikken, gericht op het algemeen belang, gelegen voor moment X en dus ook in zijn visie voorbehouden aan het bestuur. Verricht hij haar objectiverend, dus de bestuurlijke normering tot uitgangspunt nemend en die terughoudend toetsend, dan vervalt hij in de 'formulierenrechtspraak à la Dorknoper'. Daarom dacht ik dat Tak deze exceptieve toetsing niet aanvaardde.

8 UITWERKING 1; BESLUITEN VAN ALGEMENE STREKKING

Als we de, op de studiedag niet uitgebreid besproken toetsingsproblematiek terzijde stellen, laat de Tak voor ogen staande splitsing tussen besluit en feitelijke, niet primair beoogde gevolgen voor individuele burgers zich vrij

goed denken bij regelstellende besluiten, projectbesluiten en andere besluiten van algemene strekking. Wegens hun abstracte karakter valt vol te houden dat ze geen concrete geïndividualiseerde rechtspositie op het oog hebben, maar op zulke rechtsposities wel inbreuk kunnen maken. Het gaat er om een brug of een wijk te bouwen, een natuurgebied te beschermen of een regeling in het belang van de volksgezondheid te treffen. Omdat de inbreuk niet opweegt tegen de gediende belangen, moet het besluit toch genomen worden; daarom behoeft de besluitvorming niet te worden opgehouden voor het bieden van compensatie. De beoordeling of daarvoor grond is en, zo ja, de vaststelling ervan kan via een los van de besluitvorming verlopende procedure plaatsvinden, bijvoorbeeld via de verzoekschriftprocedure van de Commissie-Polak.

Dit betekent dat afscheid wordt genomen van de mogelijkheid voor de burger zich in rechte direct te weer te stellen tegen schending van de aan deze besluitvorming gestelde normen, door in een vernietigingsactie op te komen tegen zo'n besluit. In het bijzonder valt te denken aan het rechtstreekse beroep tegen de beslissing inzake de goedkeuring van bestemmingsplannen. De exceptieve toetsing van het besluit van algemene strekking in het kader van de compensatieprocedures, kan, in geval van geconstateerde – relatieve – onrechtmatigheid leiden tot volledige schadevergoeding, niet tot aantasting van het besluit, zodat de disproportionaliteit tussen vernietiging van het in het algemeen genomen besluit en het getroffen individuele belang zich niet meer doet gevoelen. De karavaan over de hoofdweg trekt gewoon verder. De hierboven gesignaleerde problematiek rond de exceptieve toetsing, doet zich pas gevoelen indien de rechter via exceptieve toetsing van uitvoeringsbeschikkingen, die doorpakt naar hogere, meer algemene besluiten in de normeringsketen, een eigen uitleg *ad hoc* gaat geven aan het algemene besluit of dat op onderdelen onverbindend gaat achten. Dat probleem is bij algemeen verbindende voorschriften uiteraard veel groter dan bij eenmalige projectbesluiten, maar ook daar kan het zich wel doen gevoelen. Ik spreek over exceptieve toetsing van uitvoeringsbeschikkingen, omdat direct beroep daartegen in de ogen van Tak zal uitgesloten zijn. Op het terrein van het planologische recht hebben beschikkingen zeker ook zelf een normerend karakter en zijn ze niet slechts de implicatie van voorafgaande normering; zie hierna onder 9. Resteert de vraag hoe de beoordeling van de gestelde onevenredigheid gelet op het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten verloopt. In de visie van Tak gaat het om de onevenredigheid niet ten opzichte van het met het besluit te dienen doel (het algemeen belang), maar in vergelijking met de lasten van anderen, die ten opzichte van het besluit in een vergelijkbare positie verkeren. De laatste beperking brengt Tak overigens niet steeds heel duidelijk aan en ze vergt ook wel enige overdenking, m.n. in de gevallen waarin ieder wel is gebaat (bijv. in zijn gezondheid of zijn mobiliteit), maar een heel kleine groep ook getroffen wordt; alle leden van die groep in vergelijkbare mate. Wie moet dan met wie vergeleken worden?

De fixatie op de lasten roept vervolgens de vraag op of voordelen die voorafgaande aan het besluit en (in ernstige mate) ten koste van het algemeen belang zijn genoten mogen worden ingecalculeerd. Ik sluit niet uit dat Tak naar mogelijkheden daartoe wil zoeken, maar voor de rechter is dat wel lastig, want het vergt enigerlei weging van het algemeen belang. Ik denk niet dat de rechter daar ten volle in kan treden. Hij zal aansluiting moeten zoeken bij de motieven van wetgever en/of bestuur onder het, die voordelen ontnemende, besluit.

9 UITWERKING 2; NORMERENDE BESCHIKKINGEN

Hoe valt om te gaan met het door Tak gemaakte onderscheid tussen beoogde en niet beoogde gevolgen en de verhouding tussen bestuurlijke en rechterlijke rechtsvorming op het niveau van de beschikkingen? Hier moet de scheidslijn tussen op het algemeen belang georiënteerde besluitvorming en bescherming van individuele subjectieve rechten worden getrokken op het niveau van het geïndividualiseerde besluit. De ruimte daarvoor lijkt me sterk afhankelijk van de mate van beoordelings- en beleidsruimte die de bestuursbevoegdheid toedeelt.

Waar die ruimte groot is, staat het normerende element van het beschikken centraal en is de vaststelling van de individuele rechtspositie daar de afgeleide van. Het gaat er niet primair om dat A op perceel B met vrijstelling een burgerwoning mag bouwen, maar of een burgerwoning als A voor ogen staat op een agrarisch perceel als B planologisch verantwoord is. Evenmin gaat het er primair om of C wordt toegestaan een agrarisch bedrijfsgebouw buiten het voor bebouwing bestemde deel van zijn grond en tegenover de woningen van D t/m F op te richten, maar of een vrijstelling planologisch aanvaardbaar is ter voorkoming van bebouwing op het wel nog voorziene bouwblok op een deel van C's grond waaraan inmiddels hoge natuurwaarden zijn onderkend. Een besluit strekkende tot de slotsom: planologisch (on)verantwoord en de daaronder liggende belangenafweging – kán daarom een gegeven zijn in een procedure die wel loopt over de vraag of de afwijzing van de bouwaanvraag van A een onevenredige inbreuk maakt op diens eigendomsrecht en of de aan C verleende vrijstelling relatief onrechtmatig is jegens D t/m F. Stel dat A geen vrijstelling krijgt en C wel en dat A en D daartegen op komen. Hoe verloopt dan de toetsing?

De autonomie en het eigendomsrecht van A zijn beperkt door de wettelijke regels bij en krachtens de WRO en de Wonw. Die strekken er toe dat A niet mag bouwen. Het bestuur heeft een ruime bevoegdheid vrijstelling te verlenen, mits die voldoet aan de norm 'goede ruimtelijke ordening'. Een voor A positief besluit is slechts mogelijk als op de hoofdweg van Tak zo'n ordening wordt gevonden, zij het een wat andere dan voorheen. Zo niet, dan blijft het wettelijk verbod gelden. Dat is wat anders dan: wordt A bouwrecht onthouden. A heeft

geen bouwrecht te verliezen, maar te winnen. In de besluitvorming zal het bestuur in het belang van A moeten zoeken naar een alternatieve aanvaardbare ruimtelijke ordening. De coherente uitleg van de gestelde norm en het verbod van willekeur eisen dat het bestuur daarbij alle denkbare vergelijkbare gevallen A1 t/m An betreft en zich afvraagt wat de gevolgen voor een goede ruimtelijke ordening zijn als in al die gevallen wordt beslist als in het geval van A. Dus zal het bestuur nadere algemene beleidsuitgangspunten formuleren: normerend beschikken, zoals Tak ook betoogt. Naarmate A's geval zich laat generaliseren, de reeks A1 t/m An dus langer is en zich in vergelijking tot het voorziene, normale geval geen bijzondere klemmende omstandigheden voordoet, zal het belang van een goede ruimtelijke ordening, het voorkomen van verstening van het buitengebied moeten prevaleren. Dan wordt de aanvraag afgewezen. A wendt zich tot de bestuursrechter niet als belanghebbende in beroep tegen dit besluit, maar als rechthebbende met het betoog dat het besluit relatief onrechtmatig is jegens hem. De rechter heeft slechts over die claim te oordelen. Hij verricht geen objectieve toetsing en A1 t/m An zijn voor hem niet van belang. Hoe hij het besluit ook exceptief toetst: in de bestuurlijke beleidsvorming kan hij nooit treden, want die is naar haar aard juist ingegeven door A1 t/m An, waarin ook zou moeten worden bewilligd. Aldus ontstaat de verstening immers, niet door dat ene huisje van A. Met alleen dat ene huisje voor ogen, komt men niet licht tot een afwijzing, althans is een afwijzing zeer snel onevenredig. Het bestuurlijke oordeel over de evenredigheid is algemeen, normerend, zit hem in de reeks A t/m An. Daar kan de rechter van Tak niet in treden. Daar kan alleen een rechter in treden die objectief mag toetsen en dus over de schouder van het bestuur mag meekijken naar die reeks.

Daarom begrijp ik Taks tweetrapsraket van de indirecte toetsing nog niet; zie het slot van zijn reactie op de referenten. Het komt erop neer dat de rechter eerst zelf het anti-versteringsbeleid (de laagste norm) toepast op de hem voorgelegde casus van A. Hij toetst concreet: alleen geval A, maar door daarop het beleid toe te passen, neemt hij de grondslag van dat beleid, de reeks A1 t/m An, toch mee in zijn oordeel. Komt hij aldus ook tot een negatief resultaat voor A, dan dient hij het beleid te toetsen aan de norm 'goede ruimtelijke ordening' (de naast hogere norm), echter niet abstract, en objectief-exceptief, want dat is zijn tot A beperkte taak niet. Hij verricht die beleidstoetsing subjectief-exceptief door op het enige geval dat voor hem aan de orde is, A, zelf direct de hogere norm toe te passen en het resultaat daarvan te vergelijken met de uitkomst van de toepassing op A van het te toetsen beleid. Als de tweede beoordeling tot een positief resultaat voor A leidt, prevaleert dat. Dat zal als regel het geval zijn. Mét terzijde laten van het – te toetsen – beleid en het 'doorpakken' naar de hogere norm als maatstaf voor – enkel – A, verdwijnt voor de rechter de reeks A1 t/m An geheel uit het zicht. Dus wordt het beleid getoetst met verwaarlozen van zijn ratio, zijnde A1 t/m An. In Taks tweede trap toetst de rechter aan een onvoltooide norm die *hij* niet kan voltooien, want die zich niet laat voltooien met slechts A voor ogen, terwijl de rechter in Taks

subjectieve geding alleen met A mag rekenen. Dus wordt niet alleen het beleid, maar ook de hogere norm uit zijn verband gelicht, want ook de zin daarvan is gelegen in het – nog abstracte, potentiële – geheel van vergelijkbare gevallen, niet in het ene geval van A. Haal A1 t/m An weg en die ratio valt weg; de normering verwordt tot formalisme waarvan het prevaleren jegens alleen A wellicht – het blijft een wat zwaar woord – inhumaaan genoemd zou kunnen worden: dat ene huisje. Dat oordeel is dan niet gebaseerd op een reële exceptieve toetsing van de publieke rechtshandeling, want dat is een normerende handeling en die valt niet subjectief, alleen in het licht van een geïsoleerde casus te toetsen.

Wat de bestuursrechter wel zou kunnen doen, is de bijzonderheid en de zwaarte van de belangen van A als rechthebbende in een Leffersachtige égalité-toets tegen, denk ik, de potentiële zwaarte van de schade van A1 t/m An. Dat is een zinvolle rechterlijke beoordeling. Willen we daarin een exceptieve toetsing inbouwen, dan wordt dat, denk ik, een objectieve exceptieve toetsing, maar dan noodzakelijkerwijs terughoudend, dus van het soort die volgens Tak niet des rechters is.

Hoe loopt het af met D die opkomt tegen de planologische vrijstelling verleend aan C? Zijn uitgangspositie is nog lastiger, want hij is wel eigenaar of anderszins rechthebbende van de grond, maar kan daaraan niet zomaar aanspraak ontlenen op een bepaald gebruik door C van diens eigendom. De bescherming die hem wordt geboden ligt juist in het verlengde van de beperkingen die aan het eigendomsrecht van C omwille van het algemeen belang bij en krachtens de wet zijn gesteld. Ook hier echter moet het onderscheid tussen dat algemene belang en het individuele belang van D niet uit het oog worden verloren. De regel dat alleen gebouwd mag worden met een bouwvergunning conform het bestemmingsplan is niet geschreven om het uitzicht van D te beschermen, maar omwille van de goede ruimtelijke ordening. Bij de uitleg van die norm, kunnen de belangen van D t/m F wel een rol spelen, omdat ze, enigszins geabstraheerd, deel uitmaken van die ordening. Zo kan het bouwplan worden aangepast ter vermindering van ernstige zichthinder, want dat kan nog als afgeleide op geïndividualiseerd niveau van de norm, dus als I-belang worden gezien. Maar buiten het bereik en de uitleg van de norm hebben de overburen geen originele aanspraak op behoud van hun uitzicht. Zij liften mee met het algemeen belang. Die lift eindigt waar dat belang i.c. alles bijeen (dus inclusief het door hen voorgedragen belang) het meest gediend is met bouwen op enigerlei wijze tegenover D t/m F en niet in het gebied waar thans natuurwaarden aan worden toegekend. De oude norm kan dan niet blijven prevaleren enkel omdat ze het belang van D t/m F diende. Dat strookt ook met de rechtszekerheid: als het algemeen belang beperking van het eigendomsrecht van C niet meer vergt, vervalt de grondslag voor die beperking van C's recht. Haar handhaven in het belang van D levert misbruik van bevoegdheid jegens C op. Ook dat valt niet te onderkennen in een juist door D geëntameerd subjectief geding, waarin het algemeen belang en het

recht van C in elk geval in de tweede beoordelingstrap niet aan de orde zijn. Veeleer is er het risico dat de rechter bij de directe toetsing van de aantasting van het woongenot van D aan de norm 'goede ruimtelijke ordening' tot het oordeel komt dat de niet beoogde gevolgen voor D onrechtmatig zijn jegens hem, hoewel die slechts vermeden konden worden als het bestuur misbruik had gemaakt van zijn bevoegdheid.

Ook hier rijst de vraag of het in het kader van Taks visie niet meer in de rede ligt dat de rechter, met achterwege laten van een toch slechts in objectieve zin te verrichten exceptieve toetsing, beoordeelt of er zeer bijzondere omstandigheden zijn waaronder compensatie in de rede zou kunnen liggen. Wat is er te zeggen over die beoordeling? De schade moet onevenredig zijn, maar onevenredig ten opzichte van wat?

Voor A hoogstens ten opzichte van derden die in vergelijkbare omstandigheden wel mogen bouwen, maar dan hebben we het niet meer over de subjectieve relatie tussen bestuur en A, maar over de coherentie van het gevoerde beleid. Dat klinkt niet erg subjectief. Onevenredig tegenover het gediende algemene belang? Als die toets zeer terughoudend is, met andere woorden als een hoge, evidente mate van onevenredigheid wordt geëist, zullen de A's niet vaak succesvol zijn. De wet verbiedt hen te bouwen zonder vergunning en verbiedt het bestuur te vergunnen in strijd met het bestemmingsplan, tenzij er grond is om vrijstelling te verlenen. Die constructie bewaart de zin van de planvoorschriften alleen, als slechts bij uitzondering vrijstelling wordt verleend. Maar dan moet er heel wat aan de hand zijn, wil de weigering van vrijstelling, dus het houden van A aan de geldende wet, jegens hem onevenredig is. Dan de aanspraak op compensatie van schade voor D waar zijn lift op het voertuig van het algemeen belang met enige verplaatsing of kanteling van het bouwplan eindigt. Het besluit strekt tot een nadere bepaling van de rechtspositie van C, niet tot het bouwplan van C; dat is wat C wil. Gegeven die wens moet het bestuur verzekeren dat gebouwd wordt op een plaats die het algemeen belang verdraagt en dat voor het overige het eigendomsrecht van C niet nodeloos wordt beperkt. De schade van D wordt veroorzaakt door C, niet door het bestuur. Nu kan men zeggen: het bestuur maakt het bouwen mogelijk, maar dat lijkt me een totalitaire benadering. De vergunning betreft het mogen, niet het feitelijk doen en laten van de burger. Wat het algemeen belang betreft is er geen reden C nog langer te verbieden om te bouwen, of hij werkelijk ook gaat bouwen, moet hij zelf weten, dat is zijn verantwoordelijkheid. Verboden mogen in onze rechtsstaat niet verder reiken dan het algemeen belang vergt, voor het overige zullen de burgers hun individuele geschillen civiel moeten uitvechten. Via de weg van Vermeulen/Lekkerkerker.¹⁶ Dat is een prima weg. Daarom heb ik ernstige twijfel of de schade van D het onbeoogde gevolg is van de vrijstelling. Wel is mogelijk dat binnen het bereik van het algemeen belang het pars-pro-toto-belang van D onvoldoende is meegewogen, maar

16 HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278.

dan hebben we het over de rechtshandeling en de noodzaak van een – m.i. objectieve, zie hierboven – exceptieve toetsing daarvan. Daar gaat het immers niet om het belang van D, maar om belangen als die van D t/m F.

Heel anders ligt het, waar het oogmerk van het bestuur zelf is gericht op een bepaalde, door hem gewenste ruimtelijke inrichting, zoals een project- of tracébesluit. Het is logisch dat een burger die meent daardoor onevenredig ten opzichte van anderen te worden getroffen compensatie wenst van het bestuur dat het project initieert.

Al met al denk ik dat een echte subjectieve rechtsgang in vergelijking tot het huidige stelsel een beperking betekent van de mogelijkheden om te procederen tegen bestuursbesluiten. Dat vloeit echter voort uit de keuze van Tak voor een echte subjectieve rechtsgang en laat zich niet compenseren zonder in ongerijmdheden te vervallen. In tegendeel, n.m.m. moet een duidelijke keuze worden gemaakt. Dat kan pas als we het alternatieve subjectieve stelsel voldoende duidelijk hebben uitgewerkt. Zover zijn we nog niet.

De keerzijde van de effectiviteitsvergelijking is het gebrek aan afstemming in het huidige stelsel tussen de competentie van de rechter en zijn daadwerkelijke armslag, gelet op de aard van zijn taak en zijn staatsrechtelijke positie en tussen de belangen die toegang geven tot de rechter en de belangen die het bestuur in zijn besluitvorming moest meewegen en bij de inhoudelijke toetsing dus een rol kunnen spelen.

10 UITWERKING 3; GEBONDEN BESCHIKKINGEN EN VASTSTELLINGSBESLISSINGEN

Waar het bestuur bij het nemen van beschikkingen geen discretie is toegemeten, de normering overwegend in de wettelijke voorschriften is neergelegd, maar steeds enige mate van beoordelingsruimte resteert, moeten, ter invulling daarvan, nog wel constitutieve (titel-)beschikkingen worden genomen, maar staat de vaststelling van de individuele rechtspositie centraal. Het gaat hier niet om de nadere bepaling van de vrijheid die het individu naar eigen inzicht en verantwoordelijkheid kan aanwenden, maar om de vaststelling van individuele verplichtingen en aanspraken. De gerichtheid op het algemeen belang is verzekerd in de wettelijke bepalingen en het gaat om de ten laste van A te heffen belasting, de aan B toekomende uitkering en de aan C op te leggen boete. De noodzaak van rechtsbescherming tegen de beschikking als rechtshandeling is hier – mede in het licht van art. 6 EVRM – veel pregnanter. Nu kan men van o.m. het belastingrecht, het sociale-verzekeringsrecht, het onteigenings- en belemmeringenrecht, het recht inzake nadeelcompensatie en het punitieve bestuursrecht niet zeggen dat de wetgeving dusdanig gedetailleerd én geconcretiseerd is dat bestuur en rechter slechts 'de mond van de wet' zijn en dat het bestuur alleen 'voorgeschakeld' wordt voor het afvangen van de grote hoeveelheden. Ik weet dat dit wordt gezegd van het sociale-verzekerings-

recht, maar ik aarzel daarover. Natuurlijk: de regelgeving is zeer fijnmazig, maar dat is het bouwrecht op onderdelen ook. Opvallend is dat het cruciale begrip dat het bereik van deze wetgeving bepaalt: 'dienstbetrekking' niet door de wetgever is ingevuld en sloten rechtspraak heeft opgeleverd. Dit voorbeeld kan worden aangevuld met vele andere (premieplichtig loon, huishouden, passende arbeid, verwijtbare werkloosheid, etc). Hetzelfde zal in het bestuursstrafrecht gaan gelden voor straftoemeting. Bij deze nadere rechtsvorming kunnen rechtszekerheid en rechtsgelijkheid niet worden veronachtzaamd. Ze kan dus niet geïsoleerd per geval plaatsvinden en moet een algemene gelding hebben. Dus moet de individuele rechtspositie toch bij normerend besluit worden vastgesteld en rijst weer de vraag waar de rechterlijke beoordeling ten opzichte van dat besluit wordt gesitueerd en hoe die moet verlopen.

Hier is van belang het onderscheid dat Tak maakt tussen titelbesluiten en vaststellingsbeslissingen. Zie ik het goed, dan trekt hij de resterende normering in het titelbesluit, waarover hij in cursief op p. 1253 van de tweede druk geen rechterlijke procedure wil. Sluit dat hier exceptieve toetsing van het titelbesluit wel uit? Zo nee, dan rijzen daaromheen de reeds beschreven problemen, tenzij de rechter hier zijn wetsuitleg als ook voor andere gevallen geldende norm aan het bestuur mag opleggen. Bij de uitleg van 'noodzakelijke kosten van het bestaan' (oude Bijstandswet) en 'dienstbetrekking' gebeurde dat naar mijn indruk wel, maar niet bij de toepassing van de hardheidsclausule in de Huursubsidiewet of het begrip 'slecht levensgedrag' in de drank- en horecawetgeving.

De aard van de vaststellingsbeslissing is nog niet helemaal duidelijk. Tak zegt op dezelfde plaats dat zo'n beslissing 'geen besluit als gezagsuitoefening' is, doch dat daarin de gevolgen van het titelbesluit voor een individuele justitiabele worden geregeld en – verderop – dat de rechtsgevolgen van dat besluit voor die justitiabele in de beslissing worden vastgesteld. Ik denk dat dat laatste is bedoeld, want het gaat om een bindende 'determination' die slechts denkbaar is als gevolg van een titelbesluit. Er valt dus weinig meer te regelen, lijkt me, wat strookt met de stelling dat hier niet sprake is van gezagsuitoefening. De met veel waarborgen omgeven 'determination' is dus vrijwel declaratoir. Dat kan haast niet zijn bedoeling zijn, want hij schrijft ook dat '(w)ederkerigheidselementen (van de vaststellingsbeslissing) niet ondenkbaar (zijn)'. Dat suggereert ruimte voor geven en nemen, dus een situatie waarin wel iets te regelen valt. Hoe verhoudt zich dat tot de rechtsgelijkheid en de algemene rechtszekerheid, gewaarborgd in de voorafgaande normering? Let wel, het gaat hier niet om normering die uitmondt in een herdefiniëring van de vrijheid tot..., maar om directe verplichtingen tot bijdragen aan of directe aanspraken op uitkeringen uit de gemeenschapsgelden. De verwijzing naar *Vermeulen/Lekkerkerker* kan ik in dit verband daarom niet plaatsen. Tenslotte begrijp ik nog niet hoe het onderscheid tussen titelbesluiten en vaststellingsbesluiten gemaakt moet worden op het terrein van het punitieve bestuursrecht. Het lex-certa-beginsel vergt hier een hoge mate van wettelijke normering, maar

het individuele boetebesluit zal een gedegen feitenvaststelling en bewezenverklaring van de overtreding moeten behelzen en voorts een beoordeling van de verwijtbaarheid en de oplegging van een proportionele sanctie. Dit alles is pure gezagsuitoefening, gericht op rechtsgevolg, dus een titelbesluit, zou ik zeggen. Dat kan in het licht van art. 6 EVRM niet de bedoeling van Tak zijn, althans niet als het gaat om een titelbesluit dat geen voorwerp van een rechterlijke procedure kan zijn. Maar het is toch ook niet een vaststellingsbeslissing, dat niet los kan staan van een titelbesluit (welk besluit is dat dan?) en dat wederkerige elementen kan hebben?

11 DE VERDELENDE RECHTVAARDIGHEID

Besturen is het normerend implementeren van de door de wetgever afgebakende en nader geduide overheidstaak. Die normering is nodig, omdat belangen van burgers door het bestuur slechts kunnen worden gediend en aangetast in het algemeen belang. Dat stelt het algemeen belang niet zomaar tegenover het individuele belang; in tegendeel. De overheid schept orde en veiligheid, bestaanszekerheid en ontplooiingsmogelijkheden en zij beschermt natuur en milieu in het belang van (toekomstige) individuele burgers. Ze doet dat vanuit die abstracte doelstellingen omdat zij voortkomt uit en voortbestaat bij gratie van het samenbindende besef dat het individu deze collectieve bescherming behoeft; zie de inleiding. Dat besef blijft alleen in stand als de overheid niet willekeurig, maar herkenbaar ten behoeve van die collectieve bescherming en dus samenhangend en bestendig en vanuit algemene uitgangspunten optreedt. Dan kan de waarde van het publiek geordende samenleven worden overzien en ervaren als het positieve saldo van de individuele lusten en lasten ervan.

Dat impliceert dat de overheid de verdeling van lasten en lusten over het geheel genomen en op de langere termijn overziet en bewaakt. Dat lukt niet als ze verzandt in de casuïstiek; in tegendeel, ze moet het algemeen belang operationaliseren in algemene maatstaven van verdelende rechtvaardigheid. Dit betekent dat, gelet op de voordelen voor ieder van de ordenende, beschermende en (her)verdelende taak van de overheid, het af en toe her en der ondervinden van individueel nadeel daarvan, waaronder aantasting van individuele rechten, tot op nogal grote hoogte een normaal maatschappelijk risico is. Mijn in de vorige paragrafen al geuite zorg over het stelsel van Tak is, dat uitsluitend de gevolgen voor een individuele justitiabele van samenhangende besluitvorming en samenhangende afweging van lusten en lasten bij de rechter voorliggen. Omdat burgers bij de rechter niet plegen te klagen over eigen lusten, gaat het, niet in principe, maar in de praktijk, om de individuele lasten, geïsoleerd van het kader waarin ze aanvaardbaar zijn geacht. Bovendien gaat het Tak niet primair om financiële compensatie, maar genoegdoening *in natura*, dus aantasting van de feitelijke gevolgen *ad hoc* van het besluit. Is

dat besluit van algemene strekking, dan kan en mag de rechter het cumulatieve effect van al die genoegdoeningen voor de effectiviteit er van niet overzien respectievelijk afwegen. Bij beschikkingen zal de genoegdoening er zelfs op gericht zijn het daadwerkelijk effect van het op een samenhangende afweging gebaseerde besluit te ondermijnen. Dat probleem doet zich niet voor bij de thans bekende regelingen strekkende tot en rechtspraak inzake nadeelcompensatie, omdat het daar alleen om financiële vergoedingen gaat en deze rechtsvorming zeker niet vrij is van algemene uitgangspunten. Als ik hem goed begrijp, denkt Tak aan enig rechterlijk bevel, dat weliswaar niet strekt tot het nemen van een besluit (toch vrijstelling en vergunning, geen handhaving), maar (hoogstwaarschijnlijk) zal leiden tot een burgerwoning waar dat planologisch onverantwoord is en bestuursrechtelijk daarom niet mag (het onaantastbare rechtsgevolg van het besluit). Tak geeft het voorbeeld van het bevel levenslang taxikosten te vergoeden omdat ten onrechte een rijbewijs onthouden wordt; het bestuur kiest dan natuurlijk eieren voor zijn geld en dat is ook de bedoeling.

Het probleem kan zich echter ook voordoen bij besluiten van algemene strekking. Gedacht kan worden aan een tracébesluit voor een (spoor)weg, naar aanleiding waarvan een groot aantal burgers zich wegens aantasting van hun eigendom tot de rechter wendt. In zoverre de rechter daarin meegaat, kan hij het er via allerhande bevelen indirect toe leiden dat op tal van plaatsen het tracé toch maar wordt verlegd, niet omdat de rechter wijziging van het tracébesluit beveelt, maar omdat hij onbetaalbare voorzieningen eist. De onveilige, dure kronkelweg die daarvan het resultaat zou kunnen zijn, is een beetje zinnebeeldig voor mijn zorg. Op de door Tak voorgestane wijze van exceptieve toetsing, ging ik al in onder 9. Voorzover die toetsing al wordt doorstaan, kan zijn stelsel met zich gaan brengen dat tussen de normerende besluitvorming en de uiteindelijke vaststelling van de individuele rechtspositie door de rechter een zuiver rechterlijke rechtsvorming plaatsvindt, geheel *ad hoc*. De besluitvorming is bepalend voor de abstracte rechtsgevolgen, maar de rechter bepaalt op grond van *ius in causa positum* wat er feitelijk gebeurt en dus ook de feitelijke effectiviteit van de rechtsgevolgen. Van het wegnemen van de mogelijkheid van een vernietigingsberoep kan dus een zeer sterke impuls uitgaan op de uitbouw van een casuïstisch rechtersrecht, dat mogelijk een vrij grote impact krijgt op de effectiviteit van het nu juist op de samenhangende, bestendige en dus algemene interpretatie en behartiging van het algemeen belang gerichte bestuursoptreden, zeker nu bij Tak niet de financiële schadevergoeding, maar de genoegdoening *in natura* voorop staat. Dit lijkt me een punt van bezinning, juist in het licht van hetgeen Tak zelf beschouwt als de essentiële elementen van de bestuurstaak en ook in het licht van zijn visie op de verhouding tussen overheid, bestuursrecht en privaatrecht.

12 AFRONDING

Misschien is het gewenst het in essentie objectieve vernietigingsberoep bij een bestuursrechter wat besluiten van algemene strekking betreft te vervangen door een 'subjectieve' rechtsgang. Vooral hier vind ik de argumenten van Tak ronduit sterk. De uitgangspositie van de burger die ter behartiging van zijn individuele belang ten strijde moet trekken voor de vernietiging van zo'n besluit is niet aantrekkelijk en, als het alleen om compensatie gaat, is juist deze weg omslachtig. De toetsing van dit soort besluiten plaatst ook de rechter in een oncomfortabele positie omdat hij met een inderdaad vrij schrale toetsing moet laveren tussen de roemruchte stoelen van bestuur en regelgever, en de beruchte lege dop van de burger.

Dat vergt nogal wat denkwerk en debat over de afbakening van de rechterlijke competentie en zeker over de maatstaf: beoogde en niet beoogde gevolgen van bestuursbesluiten in relatie tot het specialiteitsbeginsel en de grondslag van aansprakelijkheid van de overheid. Verder is me niet helemaal duidelijk hoe casuïstisch de rechterlijke rechtsvorming in de visie van Tak zou moeten zijn in het licht van het belang binnen het materiële bestuursrecht van samenhang, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en de overzienbaarheid van de financiële consequenties van besluiten. Mogelijk laat dit zich via het spoor van de wetgeving oplossen. Nader bezien moet worden wat de gevolgen van de rechtspraak zouden kunnen zijn voor de praktische effectiviteit van besluiten.

Ook bij beschikkingen zouden we een eindweegs kunnen opschuiven. We zouden het directe beroep tegen besluiten om te beginnen kunnen beperken tot besluiten die zijn genomen op grond van expliciete wettelijke beschikkingsbevoegdheden, zodat de rechter niet meer via de uitleg van art. 1:3 jo art. 1:1 Awb uitoefening van openbaar gezag kan (hoeft te) construeren waar de wetgever daar geen grondslag voor heeft geboden. Dat zou tot bijkomend voordeel hebben dat de wetgever gestimuleerd wordt heldere beslissingen te nemen over bereik, taak en organisatie van de overheid in plaats van zich te hullen in vaagheden of stilzwijgen, vanuit de rustige gedachte dat de rechter wel duidelijkheid zal bieden en de gaten wel opvult via een (zeer) extensieve uitleg van zijn competentie. De drang daartoe wordt ook weggenomen, in zoverre in aanvulling een 'subjectieve' rechtsweg tegen relatief onrechtmatig overheidsoptreden geboden wordt. Die rechtsweg kan evenwel niet openstaan tegen het uitblijven van zulk optreden, tenzij daartoe een wettelijke verplichting zou bestaan, want het is niet aan de rechter de omvang van de overheidstaak te bepalen. De noodzakelijke afbakening van de rechterlijke toetsing van besluiten ten opzichte van de verantwoordelijkheden van het bestuur is dan ook niet meer alleen bepalend voor het niveau van de geboden rechtsbescherming. De twee rechtswegen staan naast elkaar. Het niet of vergeefs instellen van beroep tegen een besluit voorzover dat wel kon, sluit de andere weg niet af en in zoverre geen rechtsreeks beroep openstaat, dus wat betreft besluiten

van algemene strekking, kan de rechter, maar dan wel objectief, exceptief toetsen. Bij beroepbare beschikkingen ligt dat m.i. niet voor de hand.

Het afschaffen van de rechterlijke toetsing van beschikkingen lijkt me uit een oogpunt van rechtsbescherming niet wenselijk, zeker niet bij besluiten die een vaststelling als bedoeld in art. 6 EVRM inhouden en bij boetebesluiten. Ter motivering zij verwezen naar paragraaf 10, waarin ik uiteenzette waarom mij de oplossing via de vaststellingsbeslissingen nog niet duidelijk is. Wel zou de taak van de bestuursrechter ook hier een rechterlijker profiel kunnen krijgen door slechts beroep open te stellen voor degenen die door het besluit in hun individuele rechtspositie of hun niet kennelijk buiten het afwegingsbereik van de wettelijke bevoegdheid gelegen belangen worden getroffen (Schutznorm). Bovendien zou gezien kunnen worden of aanspraken op grond van belemmeringenwetgeving en bestuurscompensatie direct aan de rechter kunnen worden voorgelegd.

3 | In discussie met Tak

Thijs Drupsteen ■

1 AARD VAN HET BESTUURSRECHT

Zoals bekend ligt aan de Algemene wet bestuursrecht een opvatting over het bestuursrecht ten grondslag. Het bestuursrecht zou het recht voor de rechtsbetrekking burger – bestuursorgaan zijn. Terwijl in tot dan toe gangbare handboeken het bestuursrecht veelal werd gerelateerd aan het bestuur, waarbij de bevoegdheid om met overheidsgezag zonodig tegen de wil van de burger in een rechtspositie vast te stellen kenmerkend werd geacht, kwam nu de nadruk te liggen op horizontale elementen in de verhouding burger – bestuursorgaan. Er werd wel gesproken van een wederkerige rechtsbetrekking. Zowel Scheltema¹ als Hirsch Ballin² hebben overigens vanuit een verschillende achtergrond deze opvatting naar voren gebracht.

Wij hebben in ons boek *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* deze opvatting bekritiseerd.³ Naar onze mening gaat het bij belangrijke onderdelen van het bestuursrecht helemaal niet om de rechtsbetrekking burger – bestuursorgaan maar om de organisatie van het overheidsbestuur zelf en om de regeling, planning en financiering van het overheidsbeleid. In de tweede plaats valt er in het bestuursrecht wel een duidelijke tendens naar horizontalisering op te merken, maar dat neemt niet weg dat er veel gevallen overblijven waarin bestuursorganen bevoegd zijn om met overheidsgezag zonodig tegen de wil van de burger in een rechtsverhouding vast te stellen. Het gehele terrein van de bestuurlijke handhaving berust op deze bevoegdheid. Daar valt weinig horizontaals te bespeuren. Ten slotte levert een behandeling van het bestuursrecht vanuit het begrip rechtsbetrekking allerlei praktische problemen op omdat

■ Mr. Th. G. Drupsteen is Staatsraad bij de Raad van State.

1 M. Scheltema, 'Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen', *Geschriften VAR LXXIV* Groningen: 1975, p. 8 e.v.

2 O.m. in 'Het Grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht'(preadvies NJV), *Handelingen NJV 1983, deel 1, tweede stuk*, Zwolle: Tjeenk Willink 1983, p. 58 e.v.; 'Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen'(preadvies VAR), *Geschriften VAR XCIX*, Alphen aan den Rijn 1988, p. 22 en in 'Wederkerig bestuursrecht', *RMThemis* 1989, p. 1-4, ook opgenomen in E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat en beleid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1991, p. 261-265.

3 P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 1, Deventer: Kluwer 2001, p. 37 e.v.

de rechtshandeling en de bevoegdheid waarop deze berust daarin te centraal staan. Dit alles heeft ertoe geleid dat de Duitse literatuur, waaraan Hirsch Ballin de gedachte van de wederzijdse rechtsbetrekking ontleent, dit concept nu nogal relativerend benadert.

Het is enigszins ironisch dat de opvatting van het bestuursrecht als het recht voor de rechtsbetrekking burger – bestuursorgaan verder weinig consequenties heeft voor de opbouw en inhoud van de Algemene wet bestuursrecht. Weliswaar handelt hoofdstuk 2 over het verkeer tussen burgers en bestuursorganen, maar dit hoofdstuk heeft hoewel ik de Friese taal een warm hart toedraag en ook het belang van verkeer langs elektronische weg niet onderschat, toch een beperkte betekenis. Verder brengt deze opvatting over het bestuursrecht de wetgever in moeilijkheden wanneer hij een plaats zoekt voor de regeling van onderwerpen als delegatie en mandaat en bevoegdheid en vernietiging. Op zich is het niet logisch om eerst algemene aspecten van besluiten, zoals de procedure van totstandkoming te regelen, om daarna regels over de verkrijging van de bevoegdheid om te besluiten op te nemen. Verdere consequenties voor de inhoud van de Awb heeft de opvatting in feite niet. Ernstig is dit allemaal niet, want *rubrica non est lex*. Deze situatie illustreert alleen dat het niet erg verstandig van de wetgever is om zijn producten te belasten met privé-opvattingen over de aard van een rechtsgebied dat hij voornemens is te regelen. We horen de laatste jaren dan ook weinig meer over deze opvatting.

Ook Tak neemt afstand van deze opvatting over het bestuursrecht.⁴ Het is begrijpelijk dat hij daarbij o.m. de Maastrichtse bundel aanhaalt, waarin deze benadering indringend en fundamenteel is geanalyseerd,⁵ maar het is jammer dat hij in het geheel geen melding maakt van onze beschouwing. Op zo'n manier bevestig je je eigen beeld dat je in de wetenschap alleen staat en er niet op je werk wordt gereageerd. Anders dan Tak zie ik niet dat de opvatting over het bestuursrecht als het recht voor de rechtsbetrekking burger – bestuursorgaan voor de volgende tranches van de Awb praktische betekenis zou hebben gekregen, overigens – naar zijn opvatting – vrijwel steeds ten laste van de burger. Naar zijn opvatting is de overheid uniek in deze zin, dat zij exclusief is belast met de behartiging van het algemeen belang. Dit algemeen belang mag en moet de enige rechtvaardiging en het enige motief van overheidshandelen zijn. Deze behartiging is niet vatbaar voor compromissen of 'deals'. Weliswaar mag en moet de overheid zich natuurlijk overtuigen van de meest optimale realisatie van haar doelstellingen, en kan zij daarbij op overleg zijn aangewezen, de binding daaraan kan geen andere zijn dan die omwille van het algemeen belang. Als dat belang zich niet langer verdraagt

4 A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 3 e.v. en kort p. 382.

5 E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995.

met de uitkomsten van het overleg, moet dit laatste wijken. Dit is evenwel geen miskening van het particuliere belang. Alle particuliere belangen samen maken immers het algemeen belang uit: wat in de praktijk veelal als 'algemeen belang' wordt aangeduid, is in feite slechts het resultaat van alle in aanmerking komende belangen.

2 ALGEMEEN BELANG

Ik haal deze passage nogal uitvoerig aan, omdat de betekenis die Tak aan het algemeen belang hecht directe consequenties heeft voor het door hem bepleite stelsel van rechtsbescherming. Ik moet echter wel opmerken dat Tak in deze passage een aantal uitspraken over het algemeen belang doet die om een reactie vragen. In de eerste plaats omschrijft hij niet nader wat hij onder algemeen belang verstaat. De gedachte dat alle particuliere belangen samen het algemeen belang uitmaken, is m.i. niet erg verhelderend, want particulier moet dan worden opgevat als bijzonder en niet als privé en zelfs dan is het nog de vraag of de redenering klopt. Het is ook niet eenvoudig om te omschrijven wat het algemeen belang is of inhoudt. Maar het is vooral in verband met het door hem bepleite stelsel van rechtsbescherming belangrijk om te weten hoe in zijn visie de verhouding van algemeen belang tot recht en rechtsregels is. Deze passage geeft daarover geen verheldering.

In de tweede plaats vraagt de opvatting dat de overheid exclusief met de behartiging van het algemeen belang is belast om verduidelijking. De opmerking is juist in deze zin dat het de overheid alleen om het algemeen belang mag gaan en dat zij de meest omvattende eindverantwoordelijkheid draagt voor het algemeen belang. Ze is niet juist, wanneer daaruit zou worden afgeleid dat het uitsluitend de overheid is die het algemeen belang behartigt. Men kan niet volhouden dat instellingen en organisaties als het bijzonder onderwijs, ziekenhuizen en verpleeginstellingen, instellingen voor maatschappelijke zorg, maar ook NS reizigersvervoer en Prorail geen aspecten van het algemeen belang behartigen. In dit opzicht is de overheid wel uniek, maar is het zaak dat unieke karakter goed te verstaan. Ik neem aan dat Tak dit ook bedoelt en dat hij er de nadruk op wil leggen dat alleen de overheid verantwoordelijk is voor en belast is met de uiteindelijke keuzes in dezen.

Iets vergelijkbaars is aan de orde bij de stelling dat dit algemeen belang niet vatbaar is voor compromissen. Het algemeen belang als zodanig is in Nederland één groot compromis. Daar is niets op tegen. Ook als eenmaal is vastgesteld wat het algemeen belang in concreto vereist, kan dit toch weer onderhevig zijn aan compromissen. Tak heeft echter gelijk dat deze compromissen op hun beurt zullen moeten wijken voor nieuwe vaststellingen van wat het algemeen belang vereist. Dat kan echter lang niet altijd zomaar; het kan onder omstandigheden meebrengen dat degene met wie een eerder compromis is gesloten schadeloos wordt gesteld.

Wij hebben in *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* vrij kort iets over het algemeen belang proberen te zeggen.⁶ Wat tot het algemeen belang behoort, welke belangen de overheid zich behoort aan te trekken en welke belangenafweging daarbij behoort te worden gemaakt, is in beginsel een zaak van de politiek. Dit wil echter niet zeggen dat deze politieke keuzes geheel aan de werking van het recht onttrokken zouden zijn. Zo bevat de Grondwet een aantal sociale grondrechten maar ook een aantal onderwerpen waarin de wetgever moet voorzien of waarvoor de overheid zorg moet dragen. Ook de internationale mensenrechten geven richting, maar stellen ook grenzen aan de belangenafweging. Verder mag een belangenafweging niet willekeurig zijn in de zin dat geen redelijk bestuursorgaan tot een dergelijke afweging had kunnen komen. Algemeen belang en recht vallen dus niet samen, maar het zijn evenmin gescheiden werelden. Het recht geeft richting aan het algemeen belang zowel in abstracto als in concreto en stelt grenzen aan de belangenbehartiging en de afweging die daarbij moet worden gemaakt. Het is een misverstand te denken dat het hierbij uitsluitend of in de eerste plaats om individuele rechtsbescherming zou gaan of om wetmatigheid van bestuur. Wetmatigheid van bestuur vormt een belangrijk vereiste in een democratische rechtsstaat en door middel van individuele rechtsbescherming kan onrecht worden gecorrigeerd. Maar de rol van het recht bij de vaststelling van wat het algemeen belang vereist, is veel fundamenteler. De behartiging van het algemeen belang dient gericht te zijn op een rechtvaardige samenleving. Dat is de inhoudelijke gedachte achter het begrip 'sociale rechtsstaat'.

Het feit dat Tak in de passage op p. 13 niet verder op de verhouding algemeen belang – recht ingaat, wil niet zeggen dat er ook in latere passages in zijn boek niets over wordt gezegd.⁷ Duidelijk is dat in zijn visie de vaststelling van wat het algemeen in concreto moet inhouden niet een proces is dat aan de normering door het recht onttrokken zou zijn. Zo is de uitoefening van de bestuursbevoegdheid gebonden aan de beginselen van legaliteit en specialiteit. *Excès de pouvoir* noemt hij in dit verband als eerste van alle controle op overheidshandelen.⁸

3 SUBJECTIEVE PUBLIEKE RECHTEN

In verband met de opvatting over de wederkerige rechtsbetrekking tussen burger en bestuursorgaan is wel de gedachte naar voren gebracht van subjectie-

6 De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 8 e.v.

7 Tak 2005.

8 Tak 2005, p. 93; in Taks bijdrage 'Dimensies van overheidshandelen In het bijzonder betrokken op de rechtsbescherming', in: E.C.H.J. van der Linden, R.J.N. Schlössels en R.J.G.H. Seerden (red.) *Spectraal recht? De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit*, Den Haag: Sdu 1998, p. 1-28, werkt hij deze verhouding verder uit en noemt hij tevens *détournement de pouvoir* en verdelende rechtvaardigheid.

ve publieke rechten.⁹ Een subjectief recht is het aan een enkeling op grond van objectieve rechtsnormen toekomende recht om met het oog op zijn eigen belangen van anderen een bepaald handelen, dulden of nalaten te vorderen. Zoals we privaatrechtelijke subjectieve rechten kennen, zou er ook plaats moeten zijn voor subjectieve publieke rechten. Het begrip subjectieve publieke rechten vindt gemakkelijker een plaats in een bestuursrecht opgevat als het recht betreffende de wederkerige verhouding burger – bestuursorgaan dan in een aan het bestuur georiënteerd bestuursrecht. In de Duitse literatuur wordt dit verband dan ook direct gelegd.

Wij wijzen de gedachte van subjectieve publieke rechten niet zonder meer van de hand, maar vinden dat daarvan alleen kan worden gesproken als deze rechten een concrete inhoud hebben.¹⁰ Rechten op openbaarheid, inspraak en rechtsbescherming achten we te collectief en onbepaald om van subjectieve rechten te kunnen spreken. Kenmerkend voor een subjectief recht is immers dat de drager daarover kan beschikken. Dat kan wel het geval zijn bij aan bepaalde beschikkingen, zoals vergunningen of uitkeringen ontleende rechten. Overigens achten we het begrip publieke subjectieve rechten niet geschikt als funderend begrip voor het staats- en bestuursrecht.

Het is mij niet duidelijk of er in de opvatting van Tak veel plaats is voor subjectieve publieke rechten. Ik heb de indruk van niet. In ieder geval niet in de zin dat zij de bestuurlijke besluitvorming door een bestuursorgaan als eindstation van een proces van bestuursrechtelijke normering zouden kunnen bepalen.¹¹ Deze besluitvorming wordt gedomineerd door publiekrechtelijke desiderata en niet door privaatrechtelijke of 'subjectieve' criteria. We hebben het dan over de vraag of subjectieve rechten de uitkomst van het proces van besluitvorming kunnen bepalen. Naar de mening van Tak kennelijk niet. Ik denk dat hij daarin te stellig is en dat een subjectief recht wel mede bepalend kan zijn voor de uiteindelijke besluitvorming in de zin dat bijvoorbeeld de drager daarvan schadeloos moet worden gesteld wanneer hem z'n subjectief recht wordt ontnomen. Een andere vraag is of de uitkomst van het proces van besluitvorming een subjectief recht kan opleveren. Zoals gezegd, denk ik dat dit bij bepaalde beschikkingen wel het geval kan zijn. Ook dan ligt het niet erg voor de hand te veronderstellen dat Tak gemakkelijk van een subjectief publiek recht dat door het besluit in het leven wordt geroepen, zal spreken omdat hij geneigd is veel nadruk te leggen op het objectieve karakter van het besluit of op de norm-functie als eindstation van het proces van bestuursrechtelijke normering. Daarmee is verbonden de werking *erga omnes* waar we later nog op terugkomen. In ieder geval levert de analyse van zijn leerling Teu-

9 Zie o.m. R.J.B. Bergamin, *Rechten jegens de overheid: het begrip publiekrechtelijke subjectieve rechten* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

10 Bergamin 1995, p. 41 e.v.

11 Zie Tak 2005, p. 1241.

nissen, die o.m. terug grijpt op Giacometti, weinig positiefs op voor het concept publieke of publiekrechtelijke subjectieve rechten.¹²

4 BESLUITEN EN ANDER OVERHEIDSHANDELEN

De behartiging van het algemeen belang loopt in concreto uit op het nemen van besluiten. Tak drukt dit uit door te zeggen dat het besluit het eindstation is van het proces van bestuursrechtelijke normering. Dezelfde gedachte is al door Van Wijk onder woorden gebracht toen hij sprak over gelede normstelling. Ook bij hem bleef dit verschijnsel niet beperkt tot algemene normstelling, maar omvatte het tevens de normstelling in concreto in de vorm van de beschikking of het besluit. Niet altijd loopt de behartiging van het algemeen belang echter uit op het nemen van besluiten; deze behartiging kan zich eveneens concretiseren in feitelijk handelen en privaatrechtelijk handelen. Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat vormt een handboek waarin aan deze andere vormen van overheidshandelen verhoudingsgewijs veel aandacht wordt besteed. Reeds in het begin van het boek verwijten we de traditionele bestuursrechtbeoefening dat deze zich éézijdig richt op besluiten en beschikkingen,¹³ terwijl wij op verschillende plaatsen betogen dat het niet vanzelfsprekend is de rechtsbescherming door de bestuursrechter te beperken tot die tegen besluiten.

In zoverre komt onze benadering in meerdere opzichten overeen met die van Tak. Maar Tak fundeert zijn gewenste stelsel van rechtbescherming op een bijzondere eigenschap van besluiten, namelijk hun spectraal karakter.¹⁴ Hij bedoelt hiermee dat een besluit vanuit verschillende gezichtpunten beschouwd verschillende aspecten vertoont. Zijn opvatting in dit verband en de consequenties daarvan voor het door hem gewenste stelsel van rechtbescherming zijn o.m. te vinden in zijn al genoemde bijdrage aan de bundel *Spectraal recht*. Uitgangspunt is dat alle handelen van de overheid gericht is op het belang van de gemeenschap, ook al richt het zich op het oog tot een enkeling. Ieder overheidshandelen wordt gekenmerkt door een boven-individuele, objectieve strekking gericht tot de gemeenschap als geheel en ieder lid daarvan (*erga omnes*). Het overheidshandelen heeft een objectief en algemeen karakter. In dit handelen is de overheid wel gebonden aan het recht en moet zij zich hoeden voor het begaan van onrecht. Dit onrecht kan in de eerste plaats bestaan uit schending van normen voor het objectieve gebruik van bevoegd-

12 J.M.H.F. Teunissen, 'De 'wederkerige rechtsbetrekking' als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?', in: Van der Linden & Tak 1995, p. 277-322.

13 De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 30.

14 Zie over deze eigenschap i.h.a. de bundel, E.C.H.J. van der Linden, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden (red.), *Spectraal recht? De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit*, Den Haag: Sdu 1998.

heid; daarbij gaat het niet alleen om bevoegdheidsoverschrijding en bevoegdheidsaanmatiging maar ook om verkeerde en gebrekkige bevoegdheidsuitoefening. De toetsing die hierop is gericht kan een objectieve toetsing worden genoemd.

Ieder overheidshandelen vertoont echter ook een ander aspect, namelijk de gevolgen daarvan voor individuele burgers. Ook een rechtmatige uitoefening van bevoegdheid zou subjectieve, geïndividualiseerde gevolgen met zich mee kunnen brengen die onrechtmatig moeten worden geacht. De vraag wordt dan volgens Tak of een (objectief rechtmatige) publiekrechtelijke rechtshandeling tevens zou kunnen fungeren als een (subjectief onrechtmatig) burgerrechtelijk rechtsfeit.¹⁵

Dat ieder maatschappelijk verschijnsel vanuit verschillende invalshoeken beschouwd verschillende aspecten vertoont, is voor een jurist die zijn opleiding aan de Vrije Universiteit heeft genoten niets bijzonders. Overigens denk ik, dat het voor ieder die rustig nadenkt niet bijzonder hoeft te zijn. Het huwelijk, om maar een voorbeeld van Dooijeweerd te gebruiken, is in de eerste plaats een liefdesgemeenschap tussen (toen nog) man en vrouw; maar het is juridisch gezien tevens een rechtsfiguur die zowel personenrechtelijke als vermogensrechtelijke aspecten vertoont. Dat het recht en rechtsfiguren vanuit verschillende invalshoeken verschillende aspecten vertonen is dus niet bijzonder. Dooijeweerd spande zich echter wel steeds in om de zinkern, d.w.z. de wezenlijke betekenis van maatschappelijke verschijnselen en rechtsfiguren aan te geven.

Toegepast op overheidsbesluiten wil dit zeggen dat het daarbij gaat om handelingen die enerzijds het eindstation van het proces van de bestuursrechtelijke normering vormen, maar die anderzijds gericht zijn op publiekrechtelijke rechtsgevolg in de zin dat zij een verandering te weeg brengen in de wereld van het publieke recht. Als eindstation van het proces van milieurechtelijke normering, dat men kan laten beginnen bij art. 21 Grondwet en dat verder loopt via de Wet milieubeheer, het Inrichtingen en vergunningenbesluit milieubeheer, verschillende toepasselijke gedelegeerde regelingen, verschillende toepasselijke beleidsregels en richtlijnen staat de Wet milieubeheervergunning iets toe dat tot dan toe verboden was, namelijk het oprichten en in werking hebben van een inrichting in de zin van deze wet. Een besluit vertoont dus deze twee aspecten. Het vormt het eindstation van het proces van publiekrechtelijke rechtsvorming en als zodanig maakt het ook deel uit van dit proces. In dit proces krijgt het geheel van het objectieve publiekrecht een uitbreiding van een concreet of meer algemeen karakter; als zodanig heeft ook een besluit een objectief karakter. Tegelijkertijd is het besluit gericht op een bepaald concreet of meer algemeen rechtsgevolg; dat rechtsgevolg richt zich op bepaalde personen of groepen van personen of op bepaalde zaken. Rechtsgevolg is altijd begrensd in tijd, naar plaats of naar personen of naar objecten. Dat

15 Van der Linden, Schlössels & Seerden 1998, p. 7-8.

zou men de subjectieve kant van het besluit kunnen noemen. Tak spreekt overigens niet zozeer over de beoogde rechtsgevolgen van besluiten maar over de gevolgen van besluiten in het algemeen voor individuele burgers.

In zoverre is er op dit punt geen aanleiding om principieel met Tak in discussie te gaan. Wel wijs ik er op dat Tak aan zijn juiste, maar ideaal-typische uitgangspunt dat ieder overheidshandelen wordt gekenmerkt door een boven-individuele, objectieve strekking vergaande concrete gevolgen verbindt. Voor Tak is de stap van de abstracte, theoretische analyse van het overheidshandelen, naar de concrete vormgeving van het stelsel van rechtsbescherming een directe. Verder spreekt Tak in verband met het spectrale karakter van besluiten veel over gevolgen die uit besluiten voor burgers voortvloeien, maar ik wijs erop dat dit beoogde rechtsgevolgen zijn. Een besluit is dus niet zomaar een rechtsfeit maar een rechtshandeling. Wanneer die gevolgen onrechtmatig zouden worden beoordeeld, moeten we toch voorzichtig zijn om te gemakkelijk de parallel te trekken met de onrechtmatige daad. Anders dan bij de meeste onrechtmatige daden is er bij besluiten immers sprake van beoogd rechtsgevolg. Zoals we zullen zien is dit van belang voor de toetsing door de rechter.

5 STELSEL VAN RECHTSBESCHERMING

Wat betekent dit nu voor het door Tak voorgestane stelsel van rechtsbescherming? Naar zijn mening houdt de Algemene wet bestuursrecht een ernstige systeemfout in omdat daarin voor het besluit als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming is gekozen. Die rechtsbescherming wordt weliswaar geboden door een rechter maar deze rechter toetst door de keuze van het besluit het overheidshandelen aan normen, die enerzijds de burger te weinig rechtsbescherming kunnen bieden en waardoor de rechter anderzijds uitspraken doet die verder gaan dan overeenstemt met zijn positie in het staatsbestel. Dit vergt verdere verduidelijking.

Zoals gezegd dragen besluiten in de opvatting van Tak een objectief, op het algemeen belang gericht karakter. Dit brengt mee dat besluiten in de fase van de rechtsbescherming primair aan objectieve normen worden getoetst. De toetsing die de rechter uitvoert is een *recours objectif*. De rechter zet daarbij een historische lijn voort, waarin oorspronkelijk deze objectieve toetsing in beroep door het bestuur zelf plaatsvond. De rol van de rechter in een door de *trias politica* bepaald staatsbestel is echter het beslechten van geschillen. Een 'echte' rechter in de visie van Tak richt zich niet op een objectieve controle van overheidshandelen maar op het bieden van rechtsbescherming vanuit de individuele positie van de burger/appellant. De vraag voor de rechter zou niet moeten zijn of het overheidshandelen aan objectieve normen voldoet, maar of daardoor de individuele rechtspositie van de burger op een onrechtmatige wijze in de knel komt. De rechter zou zoals bij toepassing van art. 6 EVRM het

geval is, zijn uitgangspunt moeten nemen in de civielrechtelijke rechten en verplichtingen van de burger.

Bovendien leidt de toetsing aan objectieve normen, wanneer deze geschonden blijken, tot een vernietiging van het besluit. Het besluit dat werking *erga omnes* heeft, verliest daarmee deze werking. Met andere woorden de rechter brengt met zijn uitspraak eveneens een werking *erga omnes* te weeg en daartoe is hij in een op de *trias politica* gebaseerd staatsstelsel niet gelegitimeerd. De keuze voor het besluitbegrip als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming in de Awb brengt met zich mee dat de rechter moet toetsen aan normen die uit oogpunt van rechtsbescherming ongeschikt zijn en die de rechter leiden tot uitspraken waartoe hij niet is gelegitimeerd. Geen wonder dat deze rechter wel tekort moet schieten en geen wonder dat deze rechter vrijwel nooit een overheidsbesluit vernietigt op grond van willekeur. De bestuursrechter volgens de Awb oriënteert zich immers niet op de subjectieve gevolgen van het besluit voor de burger die om rechtsbescherming vraagt, maar op het objectieve karakter van het besluit. Hij past geen *recours subjectif* toe. En dit alles is te verklaren uit het feit dat de opstellers van de Awb geen oog hadden voor het spectrale karakter van het besluit, maar eigenlijk zonder goede reflectie de lijn uit het verleden voort hebben gezet, zij het dat ze het beschikkingsbegrip hebben verbreed tot het besluitbegrip.

De remedie ligt in het recht doen aan het spectrale karakter van besluiten in de zin dat de verschillende aspecten die verbonden zijn aan besluiten worden erkend. De bestuurskolom is verantwoordelijk voor de naleving van de objectieve normen die daarop betrekking hebben. De rechterlijke toetsing moet en mag daar niet op zijn gericht. De rol van de rechter is het bieden van rechtsbescherming aan individuele burgers en het beslechten van individuele, subjectieve geschillen. Zijn vraag moet zijn of het besluit in zijn gevolgen subjectief rechtmatig is ten opzichte van de burger. Als dit niet het geval is, dient hij niet het besluit te vernietigen; dat behoudt zijn werking *erga omnes*, zo lang het door het bestuursorgaan niet is ingetrokken. De rechter moet de onrechtmatige gevolgen van het besluit ongedaan maken of compenseren. Door het besluit wel te vernietigen treedt hij buiten de rechterlijke bevoegdheid; op sommige plaatsen verbindt Tak dit met een verwijzing naar art. 12 Wet algemene bepalingen.

6 REACTIE

Ik hoop in het bovenstaande Tak recht te hebben gedaan. Ongetwijfeld bevatten zijn beschouwingen meer nuances dan ik nu heb kunnen weergeven, maar dit is – zoals ik het heb begrepen – de kern.

Wat zullen wij nu van deze dingen zeggen? In de eerst plaats blijkt al dat wij in *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* niet overtuigd waren van de juistheid van de keuze van het besluitbegrip als aanknopingspunt voor de rechtsbescher-

ming. Die zou wat ons betreft verruimd moeten worden, waarbij wij tevens de uitzondering voor de algemeen verbindende voorschriften – met uitzondering van de wetten in formele zin – ongedaan zouden willen maken. Deze opvatting gaat niet terug op een analyse van het spectrale karakter van besluiten, maar op de enkele constatering dat besluiten wel een belangrijke maar niet de enige uiting van bestuursoptreden zijn. Historisch is het wel te verklaren dat er voor het besluitbegrip is gekozen, maar deze keuze stemt niet meer overeen met het belang van overheidshandelen in andere vormen.

De vraag is wel of hieruit volgt dat het aanknopingspunt voor de rechtsbescherming nu moet worden gezocht in de rechtsverhouding burger/bestuursorgaan. Dit kan natuurlijk; de burger kan zich dan tot de bestuursrechter wenden met de stelling dat het bestuur ten opzichte van hem onrechtmatig heeft gehandeld. De wedervraag van de rechter zal zijn, waaruit dit onrechtmatig handelen dan bestaat. In het overgrote deel van de gevallen zal dit een besluit of een bepaald concreet handelen zijn. Dan bestaat er m.i. geen bezwaar tegen om dat besluit of dat handelen op te vatten als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming. Maar ik moet Tak toegeven dat de burger soms in de knel kan komen door een samenstel van overheidsbesluiten, overheidshandelen en ook overheidsnalaten. In deze situaties dwingt het stelsel van de Awb ertoe daaruit één besluit te kiezen om zich tegen te richten. Dat kan met zich meebrengen dat de volheid van het onrechtmatige overheidsoptreden niet aan bod komt. Een gang naar de burgerlijke rechter biedt – zolang er in dat overheidshandelen voor beroep vatbare besluiten voorkomen – geen soelaas, want deze rechter zal de eiser in zoverre niet-ontvankelijk verklaren. Er is dus reden om de bevoegdheid van de bestuursrechter uit te breiden en er is ook reden om na te denken over de mogelijkheid van andere vormen van beroep dan het vernietigingsberoep. Dit is in het rapport van de VAR-cie. Polak dan ook gedaan. Te verwachten valt dat de commissie Scheltema daarop wat de schadevergoeding betreft door zal gaan.

Maar moet nu binnen het bestaande beroep tegen besluiten de scheiding worden aangebracht die Tak voorstaat; bevat de Awb een systeemfout en is de bestuursrechter op grond daarvan gedoemd te falen?

Zoals al gezegd heb ik niet de neiging het spectrale karakter van besluiten te ontkennen. Ik heb ook niet de neiging er wakker van te liggen. Opmerkelijk en ook éézijdig aan de analyse van Tak vind ik, dat hij zozeer de nadruk legt op het objectieve karakter van besluiten en op de werking *erga omnes*. Zoals gezegd op het niveau van de theoretische analyse is dit geheel juist, maar wat betekent nu in concreto de werking *erga omnes* van een belastingaanslag, een uitkeringsbeschikking of een bestuursrechtelijke boete? In concreto valt er over deze werking niets te zeggen. Dan ligt het niet direct voor de hand om concrete gevolgen te verbinden aan een theoretische analyse van het overheidshandelen, hoezeer die analyse op dat niveau ook juist is. Tak schiet met groot gemak van het niveau van de theoretische analyse van het overheidshandelen naar dat van de concrete vormgeving van de rechtsbescherming en

weer terug. Dat er op dat concrete niveau nog allerlei andere overwegingen spelen zal hij zich ongetwijfeld bewust zijn, maar ze spelen voor hem geen doorslaggevende rol want hij redeneert vanuit de juistheid van zijn abstracte analyse.

In de tweede plaats is opmerkelijk en m.i. éézijdig dat Tak spreekt over de gevolgen van overheidsbesluiten in de zin dat deze daaraan verbonden zijn, zoals gevolgen verbonden zijn aan het rechtsfeit van de onrechtmatige daad. Een besluit kan wel als rechtsfeit niet beoogde gevolgen met zich meebrengen, maar een besluit is als rechtshandeling in de eerste plaats gericht op bepaalde gevolgen. De gevolgen van een besluit zijn beoogd. Een dwangsombesluit kan onrechtmatig zijn ten opzichte van degene aan wie het opgelegd is, maar dit vergt m.i. een andere beoordeling dan de aanrijding die schade veroorzaakt. Ook als de rechter vanuit het subjectieve recht of belang van de eiser/klager vertrekt, zal hij zich bij de beoordeling van de dwangsombeschikking afvragen of er sprake was van een overtreding, of de overtreding gelegitimeerd kon worden, of de dwangsom in redelijke verhouding tot de overtreding stond en of er procedureel juist is gehandeld. Met andere woorden, hij betreft in zijn beoordeling de bedoeling van de beschikking. Dat ligt anders bij de beoordeling van de aanrijding; daar zal de rechter zich afvragen welke zorgvuldigheid van de dader mocht worden verwacht, of er medeschuld van het slachtoffer was, etc. Van een beoogd rechtsgevolg is daar geen sprake. Met andere woorden, ook een rechter die uitgaat van de behoefte aan individuele rechtsbescherming van de burger kan niet heen om de objectieve elementen van het besluit. Doet hij dat wel, dan miskent hij volstrekt de bedoeling van dit besluit. In zoverre is de tegenstelling die Tak aanbrengt tussen *recours objectif* en *recours subjectif*, waarbij de laatste de taak van de rechter vormt, gekunsteld. Een rechter die toetst vanuit de subjectieve positie van de burger met het oog op zijn rechtsbescherming, kan toch geen gebrek aan bevoegdheid over het hoofd zien?

Maar aangenomen het objectieve karakter van besluiten en uitgaande van het besluitbegrip als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming en als bepalend voor de bevoegdheid van de bestuursrechter, wat betekent dit dan voor zijn toetsing? Voorzover Tak hier een verbinding legt met de keuze van het besluit als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming ben ik bang dat zijn redenering een ernstig gebrek vertoont. De keuze voor een bepaalde bevoegdheidsafbakening van de bestuursrechter staat immers los van de wijze van toetsing door deze rechter. Dat besluiten een objectief karakter dragen en dat de bestuursrechter alleen bevoegd is bij beroepen tegen besluiten, wil niet zeggen dat hij deze besluiten alleen zou kunnen of moeten toetsen aan normen die betrekking hebben op dit objectieve karakter. Anderzijds staat, zoals uit het voorgaande blijkt evenmin vast dat hij zich zou moeten en kunnen beperken tot een toetsing aan subjectieve normen. Maar misschien doe ik Tak hier geen recht en ziet hij dit ook niet als een noodzakelijk verband, maar verwijt hij de bestuursrechter dat deze zijn taak verkeerd opvat los van welk

aanknopingspunt voor rechtsbescherming. De kritiek op het besluitbegrip als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming in de Awb wijst m.i. in een andere richting, maar laten we nu maar van de laatste veronderstelling uitgaan. De rechter beperkt zich ten onrechte in hoofdzaak tot een objectieve toetsing, in plaats van uit te gaan van de subjectieve rechten van de burger die rechtsbescherming verdient. Is die kritiek dan juist?

Misschien tot op zekere hoogte. Maar, zoals ik al zei, de rechter die de burger die rechtsbescherming behoeft het volle pond wil geven, zal allereerst beoordelen of het met de bevoegdheid van het bestuursorgaan wel goed zit. Dit is niet een element dat in het kader van een objectieve beoordeling aan de bestuurskolom kan worden overgelaten. Waarom niet? Omdat, zoals Tak zelf ook aangeeft, de vraag naar de bevoegdheid een vraag van rechtmatigheid is. Een rechter die belangrijke aspecten van de rechtmatigheidstoetsing laat zitten, verzaakt zijn taak. Maar beperkt de bestuursrechter zijn toets niet te veel tot een objectieve; komt hij wel toe aan de subjectieve rechten en belangen van de burger? Misschien is dit zo, maar als er bij deze objectieve toetsing een gebrek aan het licht komt, houdt het verder op en komt de rechter aan mogelijk subjectieve rechten van de burger niet meer toe. Ik kom straks toe aan de vraag of de rechter zijn taak wel goed opvat als deze toetsing niet tot iets leidt.

Eerst een andere kwestie. Als in het kader van een objectieve toetsing bijvoorbeeld een bevoegdheidsgebrek aan de dag treedt en de rechter vernietigt daarom het besluit, doet hij dan iets waartoe hij in een op de *trias politica* gebaseerd staatsstelsel niet zou zijn gelegitimeerd? Ik kan het niet zien. Allereerst een misverstand. Een rechter die een besluit vernietigt, ook al heeft dat besluit werking *erga omnes* en heeft de rechterlijke uitspraak dus ook een werking *erga omnes*, doet niet bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement uitspraak, zoals art. 12 Wet algemene bepalingen verbiedt. De rechter die een besluit vernietigt, vernietigt niet meer dan dit ene besluit ook al heeft het dan werking tegen een ieder. Dit is iets anders dan de rechter die bij wege van verordening uitspraak doet; die rechter doet niet alleen uitspraak voor het voorliggende geval maar ook voor een onbepaald aantal volgende gevallen. De HR, die algemene regels geeft voor de beoordeling van vertraging in de behandeling van belastinggeschillen, doet in feite een dergelijke uitspraak. Het is dus niet verhelderend artikel 12 Wet AB hier naar voren te brengen.

Maar gaat een rechter die een besluit vernietigt dan, los van art. 12 wet Awb buiten zijn boekje? Ik kan het niet zien. In de eerste plaats doet deze rechter nog steeds uitspraak in één concreet geschil. Verder beoordeelt hij een besluit op rechtmatigheid, komt tot de conclusie dat er met die rechtmatigheid iets niet in orde is en vernietigt het besluit. Zoals gezegd valt van veel besluiten in concreto niet te zeggen wat de werking *erga omnes* inhoudt; rechters die meestal nogal geneigd zijn op een concreet niveau te opereren zullen er dus niet wakker van liggen dat hun uitspraak werking *erga omnes* heeft, want ze zullen zich niet kunnen voorstellen wat dit betekent. De vraag is dus of de

rechter theoretisch gesproken iets doet wat hij niet zou mogen. Ook dat kan ik niet zien. Volgens de trias-leer stelt de wetgevende macht algemene regels, de uitvoerende macht voert uit en de rechterlijke macht beslecht individuele rechtsgeschillen. Voorzover ik weet, bepaalt de trias-leer niet tot welke uitspraken de rechter bij de beslechting van geschillen mag of moet komen. Overigens ook de gewone rechter beperkt zich niet tot het toekennen van schadevergoeding, maar vernietigt contractsbepalingen, spreekt echtscheidingen uit, ontbindt verenigingen, geeft verklaringen voor recht, etc. Tak zal tegenwerpen dat deze uitspraken geen werking *erga omnes* hebben; dat is op zich juist, al deze uitspraken gelden tussen partijen, maar die gelding kan zeer ruim zijn, bijv. wanneer de rechter in een eigendomsverhouding door een vordering af of toe te wijzen in wezen de eigendomsrechten vaststelt. Ook een eigendomsrecht heeft werking *erga omnes* en die werking is heel wat concreter dan die van de subsidiebeschikking.

Maar als de bestuursrechter nu eens geen tekortkomingen aantreft bij zijn objectieve toetsing, komt hij dan wel voldoende toe aan de individuele rechtsbescherming van de burger? Met andere woorden, heeft een burger/appellant eigenlijk iets anders te verwachten van de bestuursrechter dan een formele toetsing op bevoegdheden en procedurevoorschriften? Ik denk dat Tak de bestuursrechter hier een spiegel voorhoudt, alleen die heeft m.i. niets te maken met het besluitbegrip als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming. Het is het punt dat Tak in feite bij voortduring maakt dat de toetsing door de bestuursrechter formeel, uitwendig is en dat deze vrijwel nooit toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van het overheidshandelen vanuit de rechten en belangen van de burger. In dit verband verwijt hij m.n. de Afdeling bestuursrechtspraak, dat deze vrijwel nooit een besluit vernietigt vanwege kennelijke onredelijkheid.

Dit verwijt houdt rechtstreeks verband met de wijze van toetsen door de Afdeling, die bij beoordelings- en/of beleidsruimte voor het bestuursorgaan afstand houdt. De vraag is of deze afstand niet te ruim is. Een makkelijk antwoord zou zijn, dat de Afdeling zolang er nog zoveel kritiek van bestuursorganen komt op de in hun ogen te vergaande toetsing, kennelijk wel goed zit. De werkgroep Van Kemenade houdt dan de Takken en de Brenninkmeijers in evenwicht. Dit antwoord is inderdaad te makkelijk. Rechterlijke beoordeling van overheidshandelen staat altijd bloot aan twee krachten; enerzijds de kracht in de richting van terughoudendheid om daarmee recht te doen aan de eigen beleidsvrijheid van de overheid, waar de rechter niet in moet treden en anderzijds de kracht in de richting van indringendheid om recht te doen aan de beoordeling van datzelfde overheidshandelen op rechtmatigheid. Tot rechtmatigheid behoort ook evenredigheid. In dit verband heb ik het altijd jammer gevonden dat de Afdeling vrijwel onmiddellijk art. 3:4, tweede lid Awb heeft geneutraliseerd door vast te stellen dat dit artikel niet meer vereist dan de bekende marginale toets. Voor handhavingsbesluiten is deze opvatting niet zonder meer juist. Meer in het algemeen zullen we ons in de Afdeling voort-

durend moeten afvragen of we nog het juiste midden houden tussen indringendheid en terughoudendheid. Ook in verband met de reorganisatie van de rechterlijke macht heeft het bepleiten van een afzonderlijke bestuursrechterlijke kolom alleen zin wanneer de instanties in deze kolom de burger iets te bieden hebben. In zoverre heeft Tak een punt met zijn indringende vraag of de Afdeling niet regelmatig te terughoudend is in haar toetsing en te veel respect betoont voor de bestuurlijke beoordelingsruimte en beleidsvrijheid. Anderzijds moeten we ook vaststellen dat wanneer de Afdeling in een handhavingszaak indringend toetst en tevens een aanwijzing geeft over de vergoeding van schade die de betrokkene heeft geleden, dezelfde critici aan de kant staan met de vraag of dit wel kan.

Voor deze analyse hebben we verder alle beschouwingen over momenten *X*, *recours objectif* en *subjectif*, werking *erga omnes* en wat Tak allemaal nog meer ten tonele voert niet nodig. Ze belemmeren wat mij betreft slechts het zicht op de twee vragen waar het werkelijk om gaat:

a. wat moet de bevoegdheid van de bestuursrechter zijn en b. hoe moet hij toetsen? In wezen gaat het Tak ook om deze twee vragen, maar hij brengt daarbij zoveel ter sprake en doet dat allemaal op zo'n hoge toon, dat het de grootst mogelijke moeite kost de kern in het oog te houden.

Ten slotte blijft een intrigerende vraag hoe de wenselijkheid van het door Tak voorgestane stelsel van rechtsbescherming met een rechter die vanuit de subjectieve rechten van de burger rechtsbescherming biedt, zich verhoudt tot zijn opvatting over de aard van het bestuursrecht en de plaats van subjectieve publieke rechten daarin.

7 AFRONDING

Ten slotte, Tak beklagt zich herhaaldelijk in zijn boek dat op zijn ideeën en voorstellen niet wordt gereageerd. Daar heeft hij gelijk in. De totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht is anders dan het Nieuw BW in hoge mate een gesloten proces geweest. Het heeft ook minder lang geduurd. Dit neemt niet weg dat de wetgever niet het bestuur openheid en transparantie kan opleggen, terwijl deze zelf op fundamentele punten iedere discussie ontwijkt. Wat voor de totstandkoming van de Awb geldt, geldt ook in belangrijke mate voor het wetenschappelijk bestuursrechtelijke debat in het algemeen. Tak neemt hierin dan ook geen bijzondere positie in. In het algemeen wordt er in de bestuursrechtelijke wetenschappelijke wereld slecht op elkaars standpunten gereageerd. De Tilburgse aio's citeren Tilburgse hoogleraren, de Utrechtse Utrechtse, de Groningse Groningse en omgekeerd hebben deze hoogleraren kennelijk ook niet veel tijd, want ze citeren regelmatig niet meer dan de producten van hun eigen aio's. In dit opzicht is het peil van de wetenschappelijke bestuursrechtbeoefening in ons land in het algemeen niet hoog. Er wordt veel geschreven, maar er is weinig debat, behalve op onderwerpen waarop

plots ieder zich stort zoals bijvoorbeeld het zelfstandig schadebesluit of de formele rechtskracht. De wetenschappelijke aandacht die deze onderwerpen krijgen, staat echter niet steeds in verhouding tot hun praktisch belang ervan. Verder worden auteurs die zich wat buiten de hoofdstromen van de wetenschappelijke ontwikkeling op een vakgebied plaatsen, gemakkelijk genegeerd.

Is dat reden voor verongelijkheid en opgewondenheid? Dat hangt natuurlijk van je karakter af. In het algemeen dragen uitingen van verongelijkheid en opgewondenheid niet bij aan het goede onderlinge begrip en nodigen ze niet uit tot serieuze discussie. Taks boek bevat zeer veel uitingen van opgewondenheid en verongelijkheid. Hij beoordeelt natuurlijk zelf of hier reden voor is en of ze bijdragen aan de overtuigingskracht van zijn argumenten. Van dit laatste ben ik niet overtuigd. Ik wens hem graag de werkkraft toe om te zijner tijd een nieuwe druk van zijn boek tot stand te brengen, waarin alle uitingen van verongelijkheid en opgewondenheid achterwege blijven en hij gewoon met kracht van argumenten zijn standpunten naar voren brengt. Naar ruwe schatting scheelt dat al gauw enkele tientallen bladzijden.

4 | Dimensies van belangenafweging: enige opmerkingen over besluitvorming en rechtsbescherming in het werk van prof. mr. A.Q.C. Tak

Raymond Schlössels[■]

1 INLEIDING

In 1999 sprak Heldeweg de verwachting uit dat de Maastrichtse school haar eigenzinnig onderzoek – steeds minder naar geografische maatstaven – zou voortzetten.¹ Het feit dat in 2006 in Leiden een brede discussie over het werk van de *founding father* van de Maastrichtse school plaatsvindt, toont aan dat zijn verwachting is uitgekomen.

Heldeweg nam óók het standpunt in dat de Maastrichtse school bestaat, omdat de bestuursrechtelijke literatuur aangeeft dat ze bestaat.² Met dit type stelling – Heldeweg weet dit als ‘Maastrichtenaar’ – heeft Tak moeite. Dit soort stelling doet immers denken aan de rechtspositivistische stelling dat de overheid ter behartiging van publieke belangen gebruik mag maken van het privaatrecht omdat de overheidsrechtspersonen nu eenmaal beschikken over rechtspersoonlijkheid. Wie deze stelling tot de zijne maakt miskent volgens Tak het materiële, cultuurhistorisch bepaalde onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

Toch is ook het theoretisch denkraam van Tak voor een deel gebaseerd op stellingen (*‘uitgangspunten’*).³ Eerst in later werk is een rechtsculturele en rechtsfilosofische analyse in volle omvang zichtbaar.⁴ Daarnaast vormt artikel 6

■ Prof. mr. R.J.N. Schlössels is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit.

1 M.A. Heldeweg, ‘De Maastrichtse school. Dimensies van (de beoefening van) het bestuursrecht’, in: M.A. Heldeweg, E.C.H.J. van der Linden & R.J.N. Schlössels (red.), *Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht*, Den Haag: Sdu 1999, p. 37.

2 Heldeweg 1999, p. 1.

3 Vgl. A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 1239 e.v.

4 Deze onderbouwing voert voor een belangrijk deel terug op het werk van promotus Teunissen. Vgl. J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kled van de staat. Beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996; Zie bijv. de beschouwingen in A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, ‘s-Gravenhage: VUGA 1997, p. 19 e.v. Ook de totstandkoming van de bundel *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht* (red. E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak, Deventer: Kluwer 1995) heeft een stempel gedrukt op Taks latere werk.

EVRM, zoals bekend, de ultieme inspiratiebron voor Taks rechtsbeschermingsleer.⁵ Hoe dan ook, wie vertrouwd is met het denkraam van Tak weet dat zijn 'uitgangspunten' in belangrijke mate axiomatisch van aard zijn. Op deze uitgangspunten heeft hij een ideaaltypisch systeem van bestuurs- en bestuursprocesrecht gefundeerd. Hieraan toetst hij het positieve recht, hetgeen vaak leidt tot felle kritiek.

Taks denkraam wordt gekenmerkt door systematiek, consistentie en een hoog principiële gehalte ('desnoods dwars, nimmer krom'⁶) Scherpe tegenstellingen – die op straffe van het verwijt van 'rechtsnivellerings'⁷ moeten worden gehandhaafd – spelen een cruciale rol. Te wijzen valt op de fundamentele tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht, tussen algemeen en particulier belang, tussen staat en maatschappij,⁸ tussen privaatrechtelijke autonomie en overheidsbevoegdheid, tussen verdelende en vergeldende rechtvaardigheid en tussen publiekrechtelijke en burgerrechtelijke onrechtmatigheid.

Met name Taks principiële scheiding tussen bestuurlijke besluitvorming en rechtsbescherming (vgl. het vermaarde moment 'X'⁹) staat centraal tijdens deze studiebijeenkomst. Besluitvorming en rechtsbescherming kunnen echter niet volstrekt geïsoleerd worden beschouwd. Voor een goed begrip van Taks denkbeelden over rechtsbescherming is inzicht in zijn visie op bestuurlijke besluitvorming nuttig.

Dit referaat strekt er toe het denkraam van Tak inzake de rechtsverhouding burger(s)-bestuur, alsmede het karakter en de begrenzing van bestuursrechtelijke rechtsvorming 'volgens Tak', inzichtelijk te maken. In het bijzonder wordt enige aandacht besteed aan zijn leer inzake de beoogde en niet-beoogde rechtsgevolgen van de publieke bevoegdheidsuitoefening (i.h.b. het nemen van een besluit) in relatie tot het proces van bestuurlijke belangenafweging. Ter inleiding van de discussie stel ik een drietal vragen aan de orde:

-
- 5 Voor Tak geeft dit verdragsartikel uitdrukking aan zijn ideaalbeeld van *individuele* rechtsbescherming. Of Taks afkeer van de vernietigingsactie, het 'recours objectif' en het besluitenprocesrecht door de Straatsburgse rechtsorde wordt gedeeld laat ik in het midden. Dit is stof voor de andere referenten.
 - 6 Zie de opdracht in de *eerste druk* van *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* ('s-Gravenhage: Sdu 2002).
 - 7 Vgl. J.M.H.F. Teunissen, 'De 'wederkerige rechtsbetrekking' als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?', in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 277 e.v.
 - 8 Een voor Tak cruciaal onderscheid dat duidelijk maakt dat zijn denkbeelden (en die van andere 'leden' van de Maastrichtse school) een *klassiek-liberale* inslag hebben en verwant zijn aan de *organische staatsvisie* van J.R. Thorbecke. Principieel is de erkenning van een staatsvrije sfeer waarin de overheid als behartiger van het algemeen belang niet participeert. Vgl. Taks felle kritiek op de denkbeelden van M. Scheltema die hij verwijt een '*ongeëxpliciteerde maatschappijvisie*' te huldigen. Zie o.m. Tak 2005, p. 90.
 - 9 A.Q.C. Tak, 'Het moment X', *TvO* 1990, p. 134 e.v.; Deze theorie is in diverse latere geschriften uitvoerig uitgewerkt.

- a. Acht Tak een 'afweging' van publiek(rechtelijk)e en particuliere belangen in geval van 'bestuurlijke discretie'¹⁰ ten principale toelaatbaar?
- b. Op welke wijze kan (en moet) door het bestuur recht worden gedaan aan (getroffen) particuliere belangen die, gelet op het specialiteitsbeginsel, géén rol mogen spelen bij het 'gerichte' (of, zoals Tak dit noemt, 'beoogde') bestuurlijke rechtsvormingsproces?
- c. Kan de publieke bevoegdheidsuitoefening volgens Tak de tussen burgers bestaande rechtsverhoudingen naar burgerlijk recht beïnvloeden (denk aan het leerstuk van 'vrijwaring' van vergunningen)?

Voordat ik op deze vragen in ga, schets ik het denkraam van Tak. Een schets lijkt mij zinvol omdat bepaalde aspecten van zijn leer vaak (te) geïsoleerd worden belicht.

2 BEVOEGDHEID EN SPECIALITEIT: DE VERWERPING VAN HET RECHTSBETREK-KINGCONCEPT

De bestuurlijke besluitvorming voltrekt zich volgens Tak binnen een juridische context die onvergelijkbaar is met een 'rechtsbetrekking' naar burgerlijk recht. Essentieel is de principiële *ontkenning* van *rechtssubjectiviteit*¹¹ van de overheid. De overheidsorganisatie is slechts een constitutionele creatie, een fictie die geen enkele aanspraak kan maken op 'private autonomie', laat staan op menselijke waardigheid.¹² Van rechten of (procedurele) vrijheden die gelijk zijn aan die van de mens kan volstrekt geen sprake zijn.¹³ De overheidsorganisatie is in het leven geroepen met als enige en exclusieve taak de behartiging van het algemeen belang. Het algemeen belang wordt behartigd op basis van doelgebonden bestuursbevoegdheden.

Hier treden twee grondbeginselen van het bestuursrecht op de voorgrond die voor Tak essentieel zijn: het democratiebeginsel én het specialiteitsbeginsel: 'Voor de overheid geldt dus, dat zij voor al haar bevoegdheden afhankelijk is van toekenning daarvan door het volk, door de volksvertegenwoordiging.'¹⁴ Het specialiteitsbeginsel structureert *alle* overheidshandelen (ongeacht de

10 Hieraan vooraf gaat de vraag of Tak erkent dat 'bestuurlijke discretie' kan bestaan.

11 Op te vatten als de juridische potentie om te fungeren als autonome drager van rechten en plichten in het rechtsverkeer.

12 A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, 's-Gravenhage: VUGA 1997, p. 24.

13 Tak 2005, p. 92.

14 Tak 1997, p. 25. Ik wijs erop dat Tak – anders dan velen menen – het legaliteitsbeginsel niet verabsoluteert. De wetmatigheid van bestuur is in zijn visie slechts een hulpnorm. Essentieel is dat bestuursbevoegdheid steunt op een democratische machtiging en (mede in verband met de rechtszekerheid) beperkt van aard is. Vgl. R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel. Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1998, p. 245.

vorm), of het nu gaat om 'Eingriffsverwaltung' of om 'Leistungsverwaltung'. Het vereist dat overheidsbevoegdheid naar zijn grondstructuur doelgebonden en bijgevolg beperkt van omvang is. Het overheidshandelen *moet* zijn gericht op de verwezenlijking van specifieke doelen.

Doordat bestuur en burger principieel ongelijkwaardige 'partijen' zijn is het volgens Tak niet denkbaar dat zij 'rechtsbetrekkingen' met elkaar aangaan, laat staan rechtsbetrekkingen waaruit *over en weer* rechten en plichten voortvloeien¹⁵ (zgn. 'wederkerige rechtsbetrekkingen'):

'Van wederkerigheid kan geen sprake zijn aan overheidszijde, omdat daartoe de bevoegdheid ontbreekt: de exclusieve gebondenheid aan de behartiging van het algemeen belang sluit zulks uit.'¹⁶

De verdichting van bestuursrecht tot 'tweedimensionaal' *partijenbestuursrecht* verdraagt zich volgens Tak ten principale niet met de behartiging van het algemeen belang. Zodra de overheid slechts met een specifieke partij 'zaken doet' komt de integrerende functie van het publiekrecht (waar het immers steeds gaat om de belangen van *alle* leden van de publieke rechtsgemeenschap) onder druk te staan. Burgers kunnen bijgevolg in geen enkel geval een subjectief recht op een bepaalde wijze van bevoegdheidsuitoefening doen gelden. Zo kan er aan de Woningwet geen 'recht' worden ontleend op een bouwvergunning,¹⁷ ook al is duidelijk dat er geen publiekrechtelijke grond bestaat om deze vergunning te weigeren. Voor zover een burger al een recht kan doen gelden om te bouwen zal dit volgens Tak in de regel voortvloeien uit het eigendomsrecht.

Het weigeren van een bouwvergunning kan uiteraard een inbreuk op het eigendomsrecht impliceren. Burgers kunnen de *tot hun private autonomie* herleidbare subjectieve rechten bijgevolg tegen de overheid in stelling brengen zodra een inbreuk dreigt. Een zodanig subjectief recht kan volgens Tak echter niet worden ontleend aan (objectieve) bestuursrechtelijke normen.¹⁸ Tak erkent

15 Vgl. A.Q.C. Tak, 'Dimensies van overheidshandelen In het bijzonder betrokken op de rechtsbescherming', in: E.C.H.J. van der Linden, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden (red.) *Spectraal recht? De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit*, Den Haag: Sdu 1998, p. 6.

16 Tak 1997, p. 58.

17 Anders wellicht M. Schreuder-Vlasblom, 'Iets kroms, dat verbogen is; Het Nederlands Bestuursprocesrecht naar de leer van prof. Tak.', *NTB* 2004, p. 78. Zij vraagt zich af, of de bouwvergunning geen beoogd *bouwrecht* toevoegt aan de rechtspositie van de burger.

18 Mijn referaat strekt zich niet uit over de theoretische aspecten van Taks rechtsbeschermingsleer. Terzijde wijs ik er echter op dat het zeker de moeite zou lonen om de visie van Tak eens nauwkeurig te vergelijken met de in Duitsland heersende (maar omstreden) *Schutznorm*-benadering. Hierover recent R.P.B.A. Dingemans & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Schutznormleer in communautair perspectief: het Duitse debat', *NTB* 2005, p. 327 e.v. Waar de Duitse subjectieve rechtsbeschermingsleer is verzand in oeverloze rechtspraak over het beschermingsbereik van bestuursrechtelijke normen daar heeft Tak juist weinig op met de Schutznorm-benadering. Toch kiest ook hij juist voor het 'recours subjectief'. Een verklaring kan

bijvoorbeeld geen subjectief recht op een uitkering dat als zodanig wordt ontleend aan sociale zekerheidswetgeving.¹⁹ Hij erkent wél een in de private autonomie gefundeerd recht op bestaanszekerheid dat door de wetgever nader kan worden omlijnd.²⁰ En in geval van de intrekking van een rijbewijs kan de (gewezen) houder de overheid niet confronteren met ‘een recht’ op een rijbewijs, maar hij kan wél zijn recht op mobiliteit aan haar tegenwerpen.²¹ Voor veel bestuursrechtjuristen zal een en ander een woordspelletje zijn, maar voor Tak zijn hier wezenlijke uitgangspunten aan de orde die fungeren als fundament voor zijn stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid.

Over de inhoud van het algemeen belang kan volgens Tak dus niet worden ‘onderhandeld’. De overheid zal altijd – onverminderd inspraak door, of horen van burgers – *eenzijdig* moeten vaststellen wat het algemeen belang in concreto vergt. Betekent dit uitgangspunt nu dat de overheid geen overeenkomsten met burgers kan sluiten? Zover gaat Tak niet, al was het maar omdat ook hij moet erkennen dat de overheid niet kan functioneren indien haar iedere deelname aan het vermogensrechtelijke verkeer zou worden ontzegd.

Maar ook in dit geval is Tak consequent in de leer. Indien de overheid moet contracteren dan geschiedt dit slechts naar *vorm* (d.w.z. ‘invullend’²²). Van een overeenkomst met de overheid die *materieel* privaatrechtelijk van aard is (en in beginsel steunt op subjectieve ‘wilsovereenstemming’) kan geen sprake zijn.

Voor Tak is in het licht van het voorafgaande duidelijk dat de overheid ter behartiging van het algemeen belang niet *vrijelijk* kan deelnemen aan het maatschappelijk rechtsverkeer. Zij staat buiten dit verkeer. Haar *raison d’être* wortelt niet in de private autonomie en zij heeft in het maatschappelijke verkeer geen eigen belangen te behartigen. Dit brengt bijvoorbeeld met zich dat de overheid ter bescherming van publieke belangen burgers niet kan aanspreken op grond van maatschappelijk onzorgvuldig handelen. Sterker, Tak acht dit in strijd met de rechtsstaatgedachte²³ (een standpunt dat veel

zijn dat Tak *direct* aansluiting zoekt bij de grond- en vermogensrechten, terwijl de publieke subjectieve rechten naar Duits bestuursrecht *primair* uit de wet worden afgeleid en *secundair* uit grondrechten (waaronder het eigendomsrecht).

19 Als ik het goed zie, volgt Tak hier de visie van het Straatsburgse Hof inzake het subjectieve recht op uitkering en de beschermende werking van art. 1 Eerste Protocol EVRM niet één-op-één. Vgl. bijv. EHRM 6 juli 2005, *Stec e.a. t. VK, AB* 2005, 376, m.nt. FP.

20 Tak vult ‘de private autonomie’ niet uitsluitend in *klassiek-liberale* zin in (denk o.m. aan de vrijheid om te contracteren, eigendom te verwerven e.e.a. onder erkenning van fundamentele vrijheidsrechten). Een essentieel aspect van ‘de private autonomie’ is voor Tak tevens de materiële bestaanszekerheid. Aanspraken in de sfeer van de sociale zekerheid zijn geen ‘gunsten’ van de overheid, maar uit *de individuele autonomie* voortspuitende rechten. Zie Tak 1997, p. 22.

21 Een geliefd voorbeeld dat Tak in diverse van zijn geschriften heeft opgevoerd.

22 Vgl. A.Q.C. Tak, ‘Overheid en Burgerlijk Wetboek. Naar een invullende rechtsleer’ *R&K* 1993, p. 174 e.v.

23 Vgl. de beschouwingen in Tak 1997, p. 412 e.v., p. 421, p. 426.

pragmatische kritiek uitlokt, maar naar mijn mening nooit principieel is bestreden).

De rechtsrelatie tussen burger(s) en bestuur kan volgens Tak hooguit worden gekwalificeerd als een exclusief door het objectieve publiekrecht beheerste (multipolaire) *rechtsverhouding*. De overheidsbevoegdheid, die is onderworpen aan het democratie- en specialiteitsbeginsel – en bij voorkeur op een wettelijke grondslag steunt – staat binnen deze rechtsverhouding centraal. Dit geldt ook in situaties waarin ter uitvoering van een gezagsbeslissing ‘invullend’ gebruik wordt gemaakt van een overeenkomst. Bestuursbevoegdheid is steeds bepalend voor de *gerichte* bestuursrechtelijke rechtsvorming, dat wil zeggen het publiekrechtelijke *rechtshandelen* met *beoogde*²⁴ rechtsgevolgen.

3 PUBLIEK- EN PARTICULIER BELANG: BELANGENAFWEGING VOLGENS TAK

In de rechtspraak en in de literatuur wordt in geval van beleidsvrijheid een plicht tot daadwerkelijke belangenafweging aanvaard. Deze belangenafwegingsplicht staat niet ter discussie. Met het oog hierop bepaalt artikel 3:4 lid 1 Awb:

‘Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.’

Wie voor het eerst kennis neemt van het werk van Tak, zal zich afvragen of hij het mogelijk acht dat het door het bevoegde bestuursorgaan te behartigen (specifieke) publieke belang – in geval van discretie – wordt afgewogen tegen de particuliere belangen van bijvoorbeeld de aanvrager van een vergunning. Taks werk roept in dit verband inderdaad vragen op,²⁵ zodat debat zinvol is.

Het antwoord van Tak op de vraag of een belangenafweging toelaatbaar is wordt sterk beïnvloed door het onderscheid tussen de bevoegdheidsuitoefening als *rechtshandeling* en de bevoegdheidsuitoefening (in ruimere zin) als *rechtsfeit*. Uitsluitend het bestuursrechtelijke rechtshandelen leidt tot beoogde rechtsgevolgen. Deze rechtsgevolgen worden volledig beheerst door het specialiteitsbeginsel. Dit beginsel legt Tak uiterst *precies* uit. Slechts het specifieke publieke (of publiekrechtelijke) belang dat op basis van de wettelijke rege-

24 Voor de duidelijkheid: Tak spreekt veelvuldig over de ‘beoogde’ rechtsgevolgen van de bevoegdheidsuitoefening. Dit betekent echter niet dat het bestuursorgaan over een subjectieve ‘wil’ beschikt, hooguit over een ‘ambtswil’ die op exclusieve wijze wordt aangestuurd door het objectieve publiekrecht (i.h.b. de wettelijke, doelgebonden bevoegdheid).

25 Vgl. M. Schreuder-Vlasblom 2004, p. 78.

ling mag en moet worden behartigd kan de beoogde rechtsgevolgen legitimeren. Anders gezegd, of een vergunning kan worden verleend is in Taks visie in hoge mate afhankelijk van het antwoord op de vraag of vergunningverlening verenigbaar is met hetgeen het specifieke publiekrechtelijke belang in concreto vereist. Hiermee transformeert Tak de belangenafwegingsplicht die aan het publiekrechtelijke rechtshandelen vooraf gaat op de keper beschouwd tot een soort van bestuurlijke beoordelingsplicht: 'Strikt genomen bestaat dus nimmer vrijheid bij uitoefening van wettelijke bevoegdheid, maar slechts gedetermineerdheid, gebondenheid.'²⁶

Een en ander heeft tot gevolg dat belangen van de aanvrager, maar ook van andere particulieren, geen *autonome*²⁷ rol mogen spelen bij het bewerkstelligen van het publiekrechtelijke rechtshandelen. Tak ziet de gerichte bevoegdheidsuitoefening, zoals gesteld, als een eenzijdige aangelegenheid.

Casus I

Stel dat A om een uitweg te kunnen realiseren een monumentale boom moet kappen en dat de benodigde kapvergunning slechts door burgemeester en wethouders *kan* worden geweigerd in het belang van het uiterlijk aanzien van de gemeente. In dit geval lijkt het erop dat Tak van oordeel zal zijn dat deze vergunning *moet* worden geweigerd indien het college tot de conclusie komt dat de desbetreffende boom *essentieel* is voor het uiterlijk aanzien van de gemeente. Het feit dat A zonder de uitweg (die, laten we aannemen, niet op een andere locatie kan worden gerealiseerd) geen reëel gebruik kan maken van zijn eigendom mag – als ik het goed zie – volgens Tak geen rol spelen bij deze *weigering*.²⁸ Iets anders is dat het weigeren van de vergunning, onder omstandigheden als *rechtsfeit* onrechtmatig kan zijn jegens de aanvrager wegens

26 Tak 1997, p. 26.

27 Zij spelen hooguit een rol bij wijze van '*reflex*'. Het te behartigen specifieke publiekrechtelijke belang kan in concreto immers *congrueren* met bepaalde particuliere belangen. Hiermee is niet gezegd dat deze belangen volgens Tak een zelfstandige rol spelen in het gerichte rechtsvormingsproces. Indien het bevoegde gezag bijv. op grond van de Wet milieubeheer in het kader van een vergunningverlening het publiekrechtelijke milieubelang behartigt, zal het vaak zo zijn dat hierbij tevens concrete particuliere belangen van omwonenden van de inrichting zijn gebaat (denk o.m. aan vergunningvoorschriften die geluid- en stankoverlast beogen tegen te gaan).

28 Ik meen dit te kunnen afleiden uit de instemmende reactie van Tak binnen de toenmalige Maastrichtse onderzoeksgroep *Grondslagen en Beginselen van Publiekrecht (GBP)* inzake de bijdrage van Heldeweg aan de bundel '*Eenzijdig en wederkerig?*'. Vgl. M.A. Heldeweg, 'Publiekrechtelijke autonomie. Over de exclusieve behartiging van het algemeen belang en de wederzijdse onvrijheid van burger en overheidsbestuur', in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.) *Eenzijdig en wederkerig. Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 121 e.v., i.h.b. p. 142. De gedachte is dat door de weigering van de vergunning de rechtspositie van de aanvrager als zodanig niet verandert (de weigering van de beschikking op aanvraag is door *wetsduiding* een rechtshandeling). Hooguit is er sprake van een concretisering van hetgeen het specifieke publiekrechtelijke belang in concreto vereist.

een rechtens onaanvaardbare inbreuk op, of schending van *zijn* subjectieve rechten.

Maar misschien schets ik de leer van Tak nu te zwart-wit. Een passage in *Het Nederlands bestuursprocesrecht* werpt in ieder geval meer licht op de belangenafwegingsproblematiek. Hoogstwaarschijnlijk ziet Tak toch enige ruimte om het (speciale) publiekrechtelijke belang in concreto af te wegen tegen particuliere belangen, in die zin dat ook hij aanvaardt dat in geval van 'discretie', afhankelijk van de betrokken belangen, verschillende *rechtmatige* modaliteiten van *rechtshandelen* denkbaar²⁹ zijn (bijv. een weigering tot rechtshandelen, rechtshandelen of rechtshandelen onder voorwaarden). Dit betekent dat het bestuursorgaan zich bij zijn keuze in ieder geval moet laten leiden door het beginsel van 'minste pijn'. Tak stelt immers:

'Uiteraard ben ik van mening dat wel degelijk het dienen of aantasten van individuele belangen oogmerk mag en kan zijn van besluiten, doch de ratio daarvan dient niet te worden gezocht in bevoorrechtiging of benadeling van dat individu,³⁰ doch in het betrachten van de evenredigheid die de overheid nu eenmaal altijd als algemeen richtsnoer voor al haar handelen in dienst van de gemeenschap heeft te betrachten, de *égalité devant les charges et services publiques*.³¹

Ook heeft Tak uitgesproken dat het bestuur bij het nemen van een besluit wel degelijk rekening moet houden met 'vreemde belangen'.³² Deze belangen mogen echter nooit richtinggevend zijn voor de doelgebonden bevoegdheidsuitoefening. Zij kunnen deze bevoegdheidsuitoefening wel beïnvloeden (waar precies de grens ligt tussen '*richting geven*' en '*beïnvloeden*' is mij echter nooit duidelijk geworden).

Als het *dienen* van individuele belangen in het licht van het evenredigheidsbeginsel *oogmerk* mag zijn van een besluit, zoals Tak in het citaat stelt, dan kan mijns inziens ook het verlenen van een kapvergunning gelet op het zwaarwegende belang van de aanvrager juist aangewezen zijn. Misschien deelt Tak bijgevolg de opvatting dat het evenredigheidsbeginsel – dat een mensenrechtelijke dimensie kent³³ – met zich kan brengen dat een vergunning juist *moet* worden verleend, ook al zou dit betekenen dat het betrokken publiekrechtelijke

29 Hiermee is niet gezegd dat een *denkbaar rechtmatig* alternatief ook optimaal is. Ik neem aan dat Tak volhoudt dat vanuit het perspectief van het algemeen belang slechts één modaliteit van bevoegdheidsuitoefening 'optimaal' kan zijn.

30 Dit zal uiteraard niemand bestrijden. Hier zijn zeer fundamentele waarden van het rechtsstatelijke bestuursrecht in het geding.

31 Tak 2005, p. 1241. Vgl. reeds zijn reactie 'De Awb ter discussie', *NTB* 2004, p. 124, waar hij reageerde op een gerichte vraag van Schreuder-Vlasblom 2004, p. 79.

32 Tak 2004, p. 124.

33 Aan de orde is immers een regulering van de eigendom die het karakter heeft van een (vergaande) beperking. Het noodzakelijkheidsvereiste als bedoeld in art. 1 Eerste Protocol EVRM komt dan prominent in beeld.

belang niet optimaal in concreto wordt gediend (maar wel het algemeen belang!).

Hoe dan ook, al laat de leer van Tak (in de sfeer van het publieke 'rechtshandelen') een vorm van belangenafweging toe, voor de visie op rechtsbescherming is dit weinig relevant. Hier scheiden de wegen van Tak en de 'heersende leer' definitief. De meeste bestuursrechtjuristen onderschrijven de opvatting dat de bestuursrechter een evident onredelijke afweging van belangen mag 'corrigeren' door het besluit dat op die afweging steunt als zodanig te vernietigen. Voor Tak is dit ondenkbaar. De beoogde publiekrechtelijke rechtshandeling (met werking *erga omnes*!) mag in rechte nooit als zodanig ter discussie staan. De publieke gezagsbeslissing behoort volgens Tak 'immuun' te zijn voor rechterlijke toetsing.

De rechter mag uitsluitend individuele rechtsposities vaststellen op basis van '*inter partes*' oordelen. Dit betekent bijvoorbeeld dat in het rechtsbeschermingsmodel van Tak *de rechter* de beoogde rechtsgevolgen van een besluit als een onaantastbaar gegeven moet aanvaarden, zelfs indien deze rechtsgevolgen steunen op een daad van willekeur. In dit geval is het besluit zonder twijfel publiekrechtelijk onrechtmatig, maar de rechter kan dit onrecht alleen keren indien en voor zover er sprake is van de aantasting van een individuele rechtspositie.³⁴ Tak kan met dit gegeven leven, omdat hij weinig vertrouwen stelt in de figuur van marginale toetsing. Hij verklaart deze rechtsfiguur zelfs als een onbewuste bevestiging van het door hem verdedigde uitgangspunt dat een besluit als zodanig niet vatbaar behoort te zijn voor welke rechterlijke toetsing dan ook.³⁵

In geval van een kennelijk onredelijke afweging van belangen zal rechtsbescherming (indirect) moeten worden bewerkstelligd door een beoordeling in rechte van – wat Tak aanduidt als – de *niet-beoogde* rechtsgevolgen van het besluit (zie verder onder 5). Voor velen maakt Tak het in dit verband te ingewikkeld. Maar dit is geen zwaarwegend tegenargument. Van meer principieel belang is de vraag of in het model van Tak steeds een effectieve rechtsbescherming³⁶ tegen onrechtmatig bestuurshandelen mogelijk is.

34 Iedere *schending* van publiekrechtelijke rechtsnormen levert in de leer van Tak een zgn. publiekrechtelijke onrechtmatigheid op (terzijde: niet iedere *inbreuk* op een rechtsnorm is volgens Tak echter een rechtens relevante schending (vgl. bijv. Tak 2005, p. 373-374). Publiekrechtelijke onrechtmatigheid als zodanig vormt in de leer van Tak vervolgens een belangrijk gegeven bij de beoordeling van de vraag of een bevoegdheidsuitoefening naar publiekrechtelijke maatstaven wellicht jegens een bepaald rechtssubject (relatief) onrechtmatig is. Tak acht het in dit verband toelaatbaar dat de rechter in concreto *bij wijze van exceptie* (o.m. Tak 2005, p. 1250-1251) de publiekrechtelijke onrechtmatigheid van een besluit vaststelt, maar dit kan niet tot gevolg hebben dat hij de rechtsgevolgen van het besluit in abstracto '*erga omnes*' aantast.

35 Tak 2005, p. 374.

36 Dus ook naar EVRM- en communautaire maatstaven!

Casus I (vervolg)

In het voorbeeld van de kapvergunning mag de bestuursrechter in het ‘model Tak’ de weigering van de kapvergunning (ook al zou die steunen op een evident gebrekkige afweging van belangen) niet vernietigen. Wél is hij bevoegd met een passende *inter partes* uitspraak te reageren naar aanleiding van het oordeel dat het weigeren van de vergunning onrechtmatig is jegens de aanvrager (bijv. wegens een te vergaande beperking van zijn eigendomsrecht). Welke *inter partes* oordelen zijn in dit verband volgens Tak aanvaardbaar? Dat een toekenning van nadeelcompensatie slechts tussen partijen werkt zal duidelijk zijn. Maar daar schiet de aanvrager van de kapvergunning in beginsel weinig mee op, als hij tenminste daadwerkelijk gebruik wil maken van *zijn* eigendom om uit te wegen (‘his *civil right*!’). Daarom is de vraag relevant: welke andere uitspraken behoren in het ‘model Tak’ tot de mogelijkheden? In ieder geval heeft Tak uitgesproken dat een uitspraak die *de werking* aan een besluit ontzegt in het licht van de *concrete* rechtspositie aanvaardbaar is.³⁷ In de sfeer van beschikkingen zal het ontzeggen van de werking aan de publiekrechtelijke rechtshandeling vaak een (bijna) vergelijkbaar effect hebben als de door Tak verfoeide vernietiging. Indien de specifieke problematiek van de weigering van een vergunning (die strikt genomen niet leidt tot een wijziging in de wereld van het objectieve publiekrecht) buiten beschouwing wordt gelaten, lijken mij – afgezien van de vernietiging – *in casu* drie andere uitspraken denkbaar:

- a. de rechter zou een bevel kunnen geven om een vergunning af te geven (te onderscheiden van het verlenen van een vergunning door zelf in de zaak te voorzien),
- b. de rechter zou het vergunningstelsel – jegens de aanvrager – buiten toepassing kunnen laten, of
- c. de rechter zou kunnen bepalen dat de aanvrager in dit geval moet worden behandeld als ware hij in het bezit van een vergunning.³⁸

Naar ik aanneem acht Tak de eerstgenoemde uitspraak niet aanvaardbaar omdat deze het publiekrechtelijke rechtshandelen ten principale raakt. Ten aanzien van de uitspraken onder b. en c. twijfel ik. Niet uitgesloten is dat Tak deze uitspraken aanvaardbaar acht, waardoor de door het bestuur voorgestane behartiging van het publieke belang door de rechter alsnog links- of rechtsom kan worden gepasseerd! In dat geval vraag ik mij af, waarom Tak deze uitspraken gelet op de staatsrechtelijke verhouding tussen rechter en bestuur wel aanvaardbaar acht. Het is ten slotte overigens ook denkbaar dat in rechte de

37 Tak 2005, p. 1240.

38 Naar geldend recht wordt dit type uitspraak sporadisch gedaan bij wijze van voorlopige voorziening.

toekenning van een aanzienlijke nadeelcompensatie dreigt, waarna het bestuur eieren voor zijn geld kiest en besluit de vergunning alsnog te verlenen.³⁹

4 SPECIALITEITSBEGINSEL, NIET-BEOOGDE RECHTSGEVOLGEN EN NADEELCOMPENSATIE

Het specialiteitsbeginsel begrenst volgens Tak op exclusieve wijze de 'beoogde' rechtsgevolgen van de bevoegdheidsuitoefening. Het betreft hier de effectuering van de gezagsuitoefening binnen het naar doel afgebakende wettelijke kader.⁴⁰

Ook al mag het bestuursorgaan uitsluitend doelgericht (rechts)handelen, het dient toch rekening te houden met particuliere belangen die door de bevoegdheidsuitoefening worden geraakt (zie onder 4). Waar volgens Tak de grenzen van dit 'rekening houden met' moeten worden getrokken is niet geheel helder. In ieder geval mag 'rekening houden met' niet omslaan in 'behartigen'.

Tak lijkt de problematiek van belangenafweging te omzeilen door de (mogelijke) aantasting van particuliere belangen in het teken te stellen van de zgn. 'niet-beoogde'⁴¹ rechtsgevolgen van de bevoegdheidsuitoefening. Het keren van individueel onrecht lijkt bijgevolg voor hem in veel gevallen hooguit een afgeleide doelstelling van besluitvorming te zijn. Hierdoor ontstaat de indruk dat Tak vaak genoeg neemt met het (financieel of *in natura*) 'afkopen' van individueel onrecht. Schreuder-Vlasblom stelde met het oog hierop: 'De – beoogde – behartiging van het algemeen belang is met het besluit gegeven, de gestelde onevenredige schade van een individu en de wijze waarop die moet worden ondervangen is de variabele.'⁴²

Het is echter de vraag of de visie van Tak hier voldoende recht wordt gedaan. In de vorige paragraaf kwam immers naar voren dat de rechter op een zodanige wijze kan ingrijpen naar aanleiding van de niet-beoogde rechtsgevolgen van een besluit dat dit besluit (en de belangenafweging waarop dit steunt) *de facto* van zijn werking wordt beroofd. Misverstanden kunnen ontstaan doordat Tak de aanvaardbaarheid van de niet-beoogde rechtsgevolgen van een besluit exclusief afmeet aan het *égalité*-beginsel. Zoals bekend, wordt juist dit beginsel in verband gebracht met het leerstuk van nadeelcompensatie.

Wat verstaat Tak nu precies onder de niet-beoogde rechtsgevolgen van een besluit? Iedere uitoefening van bestuursbevoegdheid manifesteert zich volgens hem niet alleen als rechtshandeling (met beoogde rechtsgevolgen), maar ook als rechtsfeit. Dit gegeven – dat niet valt te bestrijden – is voor Tak

39 Vgl. ook de speculaties van Schreuder-Vlasblom over mogelijke uitspraken volgens Tak. Schreuder-Vlasblom 2004, p. 82.

40 Tak 2004, p. 124.

41 In het vervolg laat ik de aanhalingstekens weg.

42 Schreuder-Vlasblom 2004, p. 79.

cruciaal. Het objectieve publiekrecht kan aan de bevoegdheidsuitoefening bijgevolg verschillende rechtsgevolgen verbinden. Deze rechtsgevolgen, die afhankelijk van de aard en inhoud van een besluit per rechtssubject kunnen verschillen, treden in *onafhankelijk* van de ambtswil van het bestuursorgaan.

Omdat in dit referaat de bestuurlijke belangenafweging centraal staat verdient met name de visie van Tak inzake de werking van het evenredigheidsbeginsel (door Tak opgevat als *égalité*-beginsel) aandacht. Voor Tak is dit principe leidend als het gaat om de vraag of een bevoegdheidsuitoefening in relatieve zin (*jegens* betrokken burgers) rechtmatig is. Waar het specialiteitsbeginsel het publiekrechtelijk rechtshandelen determineert, daar fungeert de *égalité*-norm als rechtsbron voor de niet-beoogde rechtsgevolgen van een besluit.

Tak vat deze norm, die uitdrukking geeft aan de *iustitia distributiva*, intussen zeer ruim op. Hij begrijpt hieronder – anders dan gebruikelijk – alle publiekrechtelijke rechtsnormen voor het contact overheid-burger.⁴³ Het gaat dus niet uitsluitend om een vergelijkende evenredigheidsmaatstaf (*égalité* in enge zin).

In dit referaat beperk ik mij tot het *égalité*-beginsel in enge zin omdat deze rechtsnorm wordt gezien als de belangrijkste – zo niet enige – rechtsgrond voor nadeelcompensatie. De leer van Tak lijkt in ieder geval voor het leerstuk van nadeelcompensatie interessante gevolgen te hebben die aandacht verdienen. Ik noem er twee:

- a. Volgens Tak treedt een verplichting tot nadeelcompensatie – als ik hem goed begrijp – *van rechtswege* in⁴⁴ (het betreft namelijk een niet-beoogd rechtsgevolg van een besluit⁴⁵ bij een bepaalde modaliteit van een – overigens – rechtmatige bevoegdheidsuitoefening). Aan een bestuursorgaan komt géén discretionaire ruimte toe om al dan niet nadeelcompensatie toe te kennen. De rechter is bijgevolg bevoegd de hoogte van een compensatie zelfstandig vast te stellen. Ik deel deze opvatting, maar zij is geen gemeengoed. Zo heeft Verheij⁴⁶ nog niet zolang geleden verdedigd dat aan het bestuursorgaan wel degelijk discretie toekomt in de sfeer van het toekennen

43 Tak 1998, p. 11.

44 Indien de wet voorziet in de constructie van een wettelijk compensatiebesluit (bijv. art. 49 WRO) zal Tak dit besluit – nu moet ik gissen – hoogstwaarschijnlijk als ‘declaratoir’ aanmerken.

45 Nadeelcompensatie bij feitelijk bestuurshandelen laat ik buiten beschouwing. Hier is geen sprake van rechtshandelen (eventueel wél van *voorafgaand* rechtshandelen). Ook feitelijk bestuurshandelen – waaraan volgens Tak eveneens doelgebonden bevoegdheid ten grondslag behoort te liggen – kan in ieder geval fungeren als rechtsfeit met verschillende niet-beoogde rechtsgevolgen.

46 Zie N. Verheij, ‘Overheidsaansprakelijkheid in de Awb. Vragen voor de wetgever’, *O&A* 2002, p. 125.

- van nadeelcompensatie. Hier lijkt mij een wezenlijk verschil van inzicht aan de orde dat uitnodigt tot discussie.
- b. Tak *ontkent* vervolgens ieder verband tussen nadeelcompensatie en de (beperkende) werking van het specialiteitsbeginsel. Anders gezegd, het feit dat belangen van burgers – ook naar geldend recht – geen enkele rol mogen spelen in het gerichte bestuurlijke rechtsvormingsproces sluit een eventuele aanspraak op compensatie geenszins uit. Dit levert eveneens stof op voor discussie. Ter toelichting het volgende. Het ontstaan van een aanspraak op nadeelcompensatie *kan* volgens Tak een niet-beoogd rechtsgevolg (*ex lege*) zijn van de bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening. Naar ik aanneem aanvaardt ook Tak een zodanige aanspraak alleen indien aan alle andere aansprakelijkheidsvoorwaarden is voldaan, waaronder het vereiste van causaliteit tussen nadeel en publiekrechtelijk rechtsfeit. Het is interessant te vernemen hoe Tak dit vereiste denkt toe te passen indien aangetaste particuliere belangen *niet* in verband staan met de ‘doelrange’ van de bevoegdheid (zie het hierna opgenomen voorbeeld). Kan in dit geval de overheid toch (deels) aansprakelijk zijn? In hoeverre kan in dit geval de bevoegdheidsuitoefening als *causa* van nadeel gelden? Dat hier ingewikkelde vragen aan de orde zijn inzake de draaglastverdeling tussen overheid en particulier (denk ook aan de problematiek van afwenteling van compensatielasten), zal duidelijk zijn.

Casus II

Stel: de Minister van Verkeer en Waterstaat wijst op grond van de aan hem krachtens de toepasselijke wetgeving toekomende bevoegdheid bepaalde delen van een rivier aan ten behoeve van het varen met snelle motorboten en jetski's.⁴⁷ Deze bevoegdheid van de Minister is – kort gezegd – *exclusief* gebonden aan de (publieke) belangen van de verkeersveiligheid te water, de instandhouding van waterwegen alsmede het waarborgen van de bruikbaarheid daarvan en het voorkomen of beperken van schade door het scheepvaartverkeer aan oevers of kunstwerken. Welke betekenis mag (of moet) de Minister toekennen aan de belangen van omwonenden die stellen dat zij tengevolge van het aanwijzingsbesluit ernstige geluidsoverlast (zullen gaan) ondervinden? Vast staat dat het hinderaspect gelet op het specialiteitsbeginsel niet van invloed mag zijn op het beoogde publiekrechtelijke *rechtshandelen*. Maar hoe te oordelen over nadeelcompensatie? Heeft *in casu* de bevoegdheidsuitoefening als (mede-⁴⁸)oorzaak te gelden van potentieel nadeel (bijv. een ernstige aantasting van het woongenot)? En zo ja, waarin is dan de rechtsgrond gelegen voor

47 Dit voorbeeld is gebaseerd op ABRvS 18 september 2002, AB 2003, 57, m.nt. BdeW.

48 Men kan zich *in casu* op het standpunt stellen dat, *als* er hinder ontstaat, dit *uitsluitend* het gevolg kan zijn van het daadwerkelijk varen met motorboten of jetski's. De overheid staat hier strikt genomen buiten. Het zou kunnen zijn dat Tak deze benadering volgt. Vgl. Tak 1997, p. 394.

de aansprakelijkheid van de overheid indien vaststaat dat zij de desbetreffende belangen *volstrekt* niet in de afweging mocht betrekken? Is de zelfstandige spankracht van de *égalité* hier volgens Tak sterk genoeg?

5 DE BESTUURLIJKE BEVOEGDHEIDSUITOEFENING EN RECHTSBETREKKINGEN NAAR BURGERLIJK RECHT

Naar wordt aangenomen is het reguleren en ordenen van maatschappelijke activiteiten één van de belangrijkste functies van het bestuursrecht. Een wezenlijke rechtsfiguur betreft in dit verband de vergunning. Door middel van de vergunning kan het bevoegde bestuursorgaan maatschappelijke activiteiten in concreto reguleren (bijv. door het verlenen van een vergunning onder voorschriften).

Een klassiek leerstuk ziet op de vraag of het verlenen van een vergunning van invloed is (of kan zijn) op de rechtsposities van burgers onderling. Zo kan men zich afvragen of, en zo ja in hoeverre, een vergunning de vergunninghouder kan 'vrijwaren' tegen een actie op grond van onrechtmatige daad. Kan een activiteit die wordt verricht op grond van een rechtmatige en onaantastbare vergunning bijvoorbeeld *alsnog* door de burgerlijke rechter worden verboden?

Ik ga niet uitvoerig in op de relevante literatuur en rechtspraak.⁴⁹ Volstaan wordt met de opmerking dat het antwoord op de vraag of een vergunning naar geldend recht vrijwaart onder meer afhankelijk is van de aard van de onderliggende bestuursbevoegdheid, de wijze waarop belangen in de besluitvorming zijn verdisconteerd, een en ander in het licht van de omstandigheden van het geval (waarbij bijv. rekening kan worden gehouden met de 'ouderdom' van een duurvergunning).⁵⁰

Het vrijwaringsleerstuk is intussen gevoelig voor rechtspolitieke inkleuring, waarbij de wijze waarop men het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht waardeert gewicht in de schaal legt. Zij die 'de rechtseenheid' een warm hart toedragen (in die zin dat een principieel onderscheid tussen publiek- en privaatrecht wordt ontkend) zullen bijvoorbeeld ten aanzien van milieuvergun-

49 Zie bijv. R.J.G.H. Seerden, 'De vrijwarende werking van milieuvergunningen', in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 249 e.v.; G.A. van der Veen, 'De vrijwarende werking van (milieu)vergunningen tegen aanspraken uit onrechtmatige daad', in: B.P.M. van Ravels e.a. (red.), *Natuurlijk van belang* (Van Wijnenbundel), Deventer: Kluwer 2003, p. 187 e.v.

50 Volgens de Hoge Raad zal het slagen van een onrechtmatige daadsactie in dit kader afhangen van '...de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval...' (HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278, m.nt. G.J.S. (Vermeulen/Lekkerkerker). Deze hoofdregel is recentelijk bevestigd in HR 21 oktober 2005, JB 2005, 318 m.nt. GevM (Ludlage/Paradijs).

ningen niet gecharmeerd zijn van een te grote divergentie tussen publieke normstelling en maatschappelijke zorgvuldigheidsmaatstaven.

Hoe waardeert Tak de vrijwarende werking van vergunningen als juridisch concept? Het antwoord op deze vraag is van belang omdat het iets zegt over de wijze waarop hij de publieke en de maatschappelijke belangenfeer van elkaar scheidt. Aangezien Tak uitgaat van een principiële scheiding van publiek- en privaatrecht, 'staat' en 'maatschappij' als tegenpolen presenteert en bovendien een (uiterst) precieze invulling van het specialiteitsbeginsel voorstaat, ligt het in de lijn der verwachting dat hij vrijwaring van vergunningen vergaand afwijst. Een specifieke 'overheidstoestemming' zegt immers weinig over de aanvaardbaarheid van een activiteit in het licht van maatschappelijke normen die erkenning vinden in het vermogensrecht.

In zijn werk *De overheid in het burgerlijk recht* treft men inderdaad een duidelijke standpuntbepaling aan:

'Iedere activiteit van een particulier houdt, inherent de mogelijkheid in, dat zij onrechtmatig wordt bevonden jegens een ander. Dat is een normale zaak van privaatrecht. Een opvatting als disculpeert een vergunning, zou miskennen, dat het handelen ook om oorzaken die buiten de vergunningverlening kunnen zijn gelegen, onrechtmatig kan zijn jegens een ander. Een vergunning verplicht niet tot een economische activiteit. Zij bevat ook slechts een oordeel over toelaatbaarheid van het handelen vanuit een specifiek oogpunt van algemeen belang.'⁵¹

Nu moet ik toegeven dat ik begrip kan opbrengen voor een 'streng' standpunt inzake 'vrijwaring'. Het specialiteitsbeginsel brengt namelijk tot uitdrukking dat een overheidstoestemming in de vorm van een vergunning (waarbij een verbodsnorm in concreto wordt opgeheven) naar zijn aard slechts een beperkte strekking kan hebben. De publiekrechtelijke normstelling kan nimmer de vermogensrechtelijke normen die tussen burgers onderling gelden 'absorberen'. Toch kan de betekenis van een overheidsinterventie in het maatschappelijke verkeer via een vergunningstelsel niet worden uitgevlakt. Teveel zuiverheid in de leer kan bovendien verstrekkende gevolgen hebben voor de rechtszekerheid van de vergunninghouder.

Het is daarom interessant tot slot de visie van Tak te vernemen over het recente arrest van de Hoge Raad inzake *Ludlage/Paradijs* (zie casus III). In deze uitspraak lijkt de Hoge Raad de vrijwarende werking van de bouwvergunning ten aanzien van bouwactiviteiten vergaand te ontkennen indien en voor zover er sprake is van onrechtmatige 'hinder'. Zoals annotator Van Maanen⁵² stelt kan de benadering van de Hoge Raad, die Tak vanuit rechtsbeschermingsoogpunt hoogstwaarschijnlijk zal aanspreken, tot onbegrijpelijke uitkomsten voor de vergunninghouder leiden. Hij kan immers jaren nadat op basis van een

51 Tak 1997, p. 397.

52 Zie diens annotatie in *Jurisprudentie Bestuursrecht* onder het reeds aangehaalde arrest.

onaantastbare (rechtmatige) vergunning is gebouwd alsnog tot afbraak worden gedwongen.

Casus III

In de kwestie *Ludlage/Paradijs* lagen de feiten – kort geschetst – als volgt. Ludlage vroeg bij burgemeester en wethouders van Heemstede een bouwvergunning aan voor een serre. De vergunning werd verleend en verkreeg formele rechtskracht. Paradijs – die te laat bezwaar maakte – kwam hiertegen later *in civilibus* in het geweer (eerst via een procedure in kort geding, later in een bodemprocedure). In de bodemprocedure werd onder meer afbraak van de reeds gebouwde serre gevorderd op grond van onrechtmatige hinder (o.m. bestaande uit minder daglichttoetreding en een verminderd uitzicht). De rechtbank veroordeelde Ludlage tot gedeeltelijke afbraak. Deze uitspraak werd door het Hof bevestigd. In cassatie was vervolgens de vraag aan de orde of de bouwvergunning (zonder meer) vrijwaarde tegen de hinderactie. De Hoge Raad oordeelde van niet. Op basis van een analyse van de Woningwet, de Wet op de Ruimtelijke Ordening en in het bijzonder het bestemmingsplan trok de cassatierechter de conclusie dat deze bestuurswetgeving er niet toe strekt steeds (onrechtmatige) hinder in individuele gevallen tegen te gaan (ook al zou – zo begrijp ik de Hoge Raad – het gaan om mogelijke oorzaken van hinder die de planwetgever *kan* bestrijden). Hierbij deed de Hoge Raad een beroep op rechtsbeschermings- en doelmatigheidsargumenten: in bestemmingsplannen kan door het bestuur nu eenmaal niet op allerlei potentiële hindersituaties worden geanticipeerd. Van burgers mag op hun beurt niet worden verwacht dat zij voortdurend actief en oplettend zijn, en (door het aanwenden van bestuursrechtelijke middelen) de totstandkoming van bestemmingsplannen die mogelijk tot hinder kunnen leiden bestrijden. Toch overwoog de Hoge Raad tevens dat de inhoud van een bestemmingsplan, afhankelijk van de gedetailleerdheid en het onderzoek dat aan de totstandkoming vooraf ging, van invloed kan zijn op de beoordeling van een hinderactie.

5 | Het object van toetsing in het bestuursproces volgens Tak

Bernd van der Meulen[■]

1 INLEIDING

De beschouwingen van Tak kenmerken zich vaak door een complex karakter omdat daarin drie lagen bij elkaar komen: een beschrijving van het in Nederland geldende bestuursrecht, kritiek daarop en een alternatief. Deze lagen hebben raakpunten in rechtspraak, historische bedoelingen en keuzes en in mogelijke consequenties. Voor een goed begrip van het betoog moet de lezer schakelen tussen deze lagen en tussen twee paradigma's, dat van het huidige Nederlandse bestuursrecht – dat overigens geen constante is¹ – en dat van het systeem van Tak.²

In deze bijdrage wil ik mij beperken tot één laag en één paradigma. Ter bespreking staat het bestuursprocesrecht zoals dat er naar ik begrijp volgens Tak zou moeten uitzien.³ Deze bespreking is het onderwerp van paragraaf 2. Zij is in hoofdzaak gebaseerd op de bijdrage van Tak in Spectraal recht getiteld: *Dimensies van overheidshandelen. In het bijzonder betrokken op rechtsbescherming* (verkort aangehaald als: 'Dimensies') en het handboek *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* (verkort aangehaald als: 'Bestuursprocesrecht').⁴

■ Prof. mr. B.M.J. van der Meulen is hoogleraar Recht en Bestuur aan de Universiteit Wageningen. Hij maakte van 1990 tot 1993 deel uit van de capaciteitsgroep publiekrecht van de toenmalige Rijksuniversiteit Limburg. In die periode nam hij deel aan de onderzoeksgroep 'IPIN': 'integratie van publiekrecht in Nederland'.

1 Komend van objectieve rechtmatigheidstoetsing onder de Wet Arob en onder de Awb via wederkerige rechtsbetrekking en individuele rechtsbescherming onderweg naar geschilbeslechting (althans als het aan de VAR-commissie Rechtsbescherming ligt).

2 Op 3 maart 2006, tijdens de studiemiddag in Leiden over 'de leer van Tak' sprak Tak twijfel uit inzake de vraag of er zoiets bestaat als een 'systeem van Tak'. Dit neemt echter niet weg dat hij in zijn werken de kritiek op het geldende stelsel heeft opgebouwd vanuit een consequent toegepast paradigma dat logischerwijs leidt tot specifieke alternatieven. Hoewel dit inderdaad ruimte laat voor de vraag wat één en ander in een specifieke context zou betekenen, meen ik dat inderdaad van een systeem kan worden gesproken.

3 Een bespreking van het huidige bestuursprocesrecht en de kritiek daarop van Tak blijft achterwege, zij het dat een groot deel van deze kritiek inherent is aan en onmiddellijk kenbaar is uit zijn opvatting over hoe het wel moet.

4 Zie echter ook: A.Q.C. Tak, 'De ongewenste discussie, (in het bijzonder § 5 Bouwstenen voor een nieuw bestuursprocesrecht), in: J.B.J.M. ten Berge e.a (red.) *Nieuw bestuursprocesrecht: bijdragen van het op 21 november 1991 te Maastricht gehouden wetenschappelijk congres*

In paragraaf 3 stel ik als aanloop naar de discussie enkele vragen die het systeem van Tak bij mij doen opkomen. Bij die vragen wordt het huidige Nederlandse bestuursprocesrecht niet besproken, maar bekendheid daarmee wel voorondersteld.

Vervolgens wordt in paragraaf 4 aan de hand van een concreet voorbeeld onderzocht hoe toepassing van het systeem van Tak er in de praktijk uit zou kunnen zien.

De bijdrage wordt in paragraaf 5 afgesloten met een korte slotbeschouwing.

2 HET BESTUURSPROCESRECHT VOLGENS TAK

2.1 Eén handeling; twee toetsingen

Tak stelt zich op het standpunt dat ten aanzien van (rechts)handelingen van de overheid twee verschillende vormen van toetsing open zouden moeten staan: een bestuurlijke en een rechterlijke.⁵ De bestuurlijke procedure is een *contentieux objectif* waarin de handeling van de overheid centraal staat en de rechterlijke procedure is een *contentieux subjectif* waarin de rechtspositie van de burger centraal staat in het licht van de gevolgen die deze ondervindt van het handelen van de overheid. In het navolgende bespreek ik telkens zoveel mogelijk naast elkaar hoe overeenkomende aspecten er in deze twee verschillende procedures uit zouden moeten zien.

2.2 Waarom?

In de visie van Tak zijn bestuur en rechtspraak twee principiële (te) onderscheiden zaken. In het bestuur gaat het om de behartiging van het algemeen belang,⁶ in de rechtspraak gaat het om de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. De behartiging van het algemeen belang is op twee manieren exclusief.

- 1 Het bestuur mag zich met niets anders bezig houden dan de behartiging van het algemeen belang. Voor zover bestuurshandelingen betrekken hebben op individuen gebeurt dat per definitie omdat het algemeen belang

over de regeringsvoorstellen inzake een nieuw bestuursprocesrecht, Deventer: Kluwer 1992, p. 67 e.v.

5 A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005 p. 1243.

6 A.Q.C. Tak 'Dimensies van overheidshandelen In het bijzonder betrokken op de rechtsbescherming', in: E.C.H.J. van der Linden, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden (red.), *Spectraal recht? De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit*, Den Haag: Sdu 1998, p. 5-6.

dat vergt. De toekenning van subsidies of uitkeringen of de bescherming van fundamentele rechten mag nimmer gebeuren vanuit een subjectieve voorkeur of afkeur ten aanzien van de individuele burger, maar alleen omdat het algemeen belang een zodanige bejegening vergt van een ieder die zich in de desbetreffende situatie bevindt. In die zin kan het belang van het individu een beslissende rol spelen in de beoordeling van wat het algemeen belang vereist.⁷

- 2 Niemand anders dan het bestuur mag zich met de behartiging van het algemeen belang bezighouden. De beoordeling wat het algemeen belang vergt, zowel in het algemeen als in het concrete geval, vergt democratische legitimatie.⁸ Het bestuur beschikt daarover, de rechter niet.

Terzijde

Als ik goed zie geeft Tak niet een eigen kwalificatie aan de legitimatie van de rechter die op een vergelijkbare wijze verklaart waarom de rechter wel tot geschilbeslechting bevoegd is, maar niet tot normstelling. Ik vermoed dat deze legitimatie in essentie technocratisch van aard is: de rechter is krachtens de wet op grond van deskundigheid aangewezen voor de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. Wellicht is de rechter ook te zien als de 'bouche de la loi' en ontleent hij zijn legitimatie daarmee aan het recht. Specifiek aan de rechter in vergelijking tot het bestuur lijkt daarmee vooral het ontbreken te zijn van democratische legitimatie.

Dit verschil tussen bestuur en rechtspraak correspondeert met een verschil tussen publiek- en privaatrecht. In het publiekrecht gaat het om het algemeen belang, in het privaatrecht om de particuliere autonomie – en dus, wanneer het betrokken individu dat wil, om het particuliere belang.⁹

2.3 Welke instantie?

Aan wie komt de bevoegdheid toe om te beslissen in een procedure?

Bestuurlijke procedure

Aangezien alleen het bestuur over de vereiste democratische legitimatie beschikt, kan ook alleen een bestuurlijke instantie de bestuurlijke toetsing uitvoeren.¹⁰ Dit kan gebeuren in bestuurlijke heroverweging door het bestuurs-

7 Tak 1998, p. 8 en 12.

8 In het VAR preadvies *Onwettmatig bestuur* (1981) dat hij samen met Ter Spill schreef, stelt hij het 'democratisch postulaat' centraal. In *Dimensies* stipt hij het alleen maar aan (p. 6). Zie ook: A.Q.C. Tak *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: Sdu 1997, p. 20.

9 Tak 1998, p. 5.

10 Tak 2005, p. 93. Tak spreekt van 'een proces van publiekrechtelijk toezicht, controle en verantwoording'; Tak 1998, p. 12 c.q. overweging, controle en heroverweging, p. 25.

orgaan zelf of in administratief beroep door een hoger bestuursorgaan. De hoogste instantie zou volgens Tak kunnen worden toevertrouwd aan de Raad van State. Dit laatste is opvallend. De Raad van State is weliswaar onmiskenbaar politiek, maar toch moeilijk democratisch gelegitimeerd te noemen. De keuze voor de Raad van State als mogelijke hoogste instantie, maakt intussen wel eens te meer zichtbaar dat de bestuurlijke procedure volgens Tak overeenkomsten vertoont met wat wij nu kennen als bestuursrechtspraak.

Rechterlijke procedure

De vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen is de taak van de rechter. Tak ziet zich in deze verantwoordelijkheidstoedeling gesteund door artikel 6 EVRM.¹¹

Meer specifiek gaat het om een bestuurlijke kamer bij de gewone rechter. Aan de civiele kamer komt geen rechtsmacht toe in aangelegenheden tussen burger en overheid.¹²

2.4 Op initiatief van wie?

Rechterlijke procedure

De rechterlijke procedure kan aanhangig worden gemaakt door de burger wiens burgerlijke rechtspositie het betreft. Hoewel Tak zich daar niet met zoveel woorden over uitspreekt,¹³ lijkt het in zijn systeem te passen om deze bevoegdheid om een geschil aanhangig te maken, exclusief te achten.

Bestuurlijke procedure

Tak besteedt over het algemeen minder aandacht aan de bestuurlijke procedure dan aan de rechterlijke. Soms spreekt hij van een toezichtsprocedure, maar – zoals ook hierboven is aangegeven – noemt hij ook bezwaar en administratief beroep in dit verband. Dit duidt erop dat hem zowel de mogelijkheid van een ‘spontane’ procedure voor ogen staat als een procedure op initiatief van iemand die door de gevolgen van een overheidshandeling wordt getroffen. Afhankelijk van de betekenis die de uitkomst van de bestuurlijke procedure in termen van formele rechtskracht heeft in de rechterlijke procedure, is dat laatste meer of minder belangrijk.

11 Tak 2005, p. 1245.

12 Tak 2005, p. 1246.

13 Zie echter Tak 2005, p. 1244.

2.5 Welk object van toetsing?

Bestuurlijke procedure

In de bestuurlijke procedure staat de bestuurlijke behartiging van het algemeen belang met zijn werking *erga omnes* ter toetsing.

Tak noemt de bestuurlijke behartiging van het algemeen belang 'rechtshandeling' en de gevolgen waarop deze behartiging met het oog op het algemeen belang is gericht 'rechtsgevolgen'. Het is hem om het even of de rechtshandeling te kwalificeren is als een algemeen verbindend voorschrift, besluit van algemene strekking, beschikking of besluit tot het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht.¹⁴

Rechterlijke procedure

In de rechterlijke procedure staat de vaststelling van de burgerlijke rechten en verplichtingen van de aanlegger centraal, in het bijzonder voor wat betreft de gevolgen die zij ondervinden van het bestuurlijk optreden. Het gaat bij deze gevolgen niet om de uitdrukkelijk beoogde rechtsgevolgen in de hierboven bedoelde zin. Tak duidt de bestuurlijke handeling die de gevolgen veroorzaakt, in deze context aan als 'rechtsfeit'.¹⁵ In deze benadering is het om het even hoe de schadeoorzaak moet worden gekwalificeerd. Dit rechtsfeit kan zowel een publiekrechtelijke rechtshandeling als een feitelijke handeling zijn.¹⁶ Rechtshandelingen naar burgerlijk recht zijn niet aan de rechtsmacht van de rechter onttrokken, zij behoren in het stelsel van Tak echter niet te bestaan omdat de overheid per definitie publiekrechtelijk handelt en geen privaatrechtelijke bevoegdheden kan uitoefenen.¹⁷

14 Tak 1998, p. 23.

15 Of 'feitelijk handelen'; Tak 1998, p. 11. Als voorbeeld noemt hij de casus die aan de orde is in het *varkensmester* (of *swill*) arrest.

16 Daarmee wordt de afgrenzing tussen beide irrelevant. Voorts kan de feitelijke handeling eindelijk zijn legitieme plaats vinden in het bestuursrecht. Zie voor mijn gedachten over feitelijk handelen in het bestuursrecht: 'De normering van het feitelijk handelen der overheid,' *NTB* 1991, p. 267-278; 'Bestuurlijke besluitvorming onder de Algemene wet bestuursrecht,' *Gst.* 1994, 7000.1 (met E.J. Daalder); 'Beklagenswaardige feitelijke handelingen,' *NTB* 1996, p. 340 – 341; 'NMa-Voodoo? Aanzet tot een bestuursrechtelijke plaatsbepaling van informele vormen in de mededingingsrechtelijke praktijk onder benamingen als voorlopige oordelen, informele zienswijzen, punten van overweging en remedies,' *Markt & Mededinging* 1999, p. 189-195 en natuurlijk ook mijn dissertatie, *Ordehandhaving. Actoren, instrumenten en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1993.

17 Maar dat is een onderdeel van de leer van Tak dat nu niet aan de orde is.

2.6 Welke toetsingsmaatstaf?

Bestuurlijke procedure

In de bestuurlijke procedure vindt in elk geval een objectieve rechtmatigheidscontrole plaats. Dat wil zeggen dat de rechtshandeling wordt getoetst op overeenstemming met al het hogere recht, zowel materiële normen als formele. Voorts kan er ruimte zijn voor toepassing van het geheel aan beleidsmatige, bestuurlijke, en politieke overwegingen die gevangen plegen te worden onder de vlag 'doelmatigheid'.

De bestuurlijke procedure is ook de procedure waarin de gevallen van misbruik van macht of bevoegdheid kunnen worden uitgefilterd waarin de beoordeelde rechtshandeling op individuele belangen gericht is geweest en niet op het algemeen belang. De opvatting van Tak dat bestuursoptreden per definitie is gericht op het algemeen belang, levert dus niet een onweerlegbaar vermoeden op, alleen moet de weerlegging plaatsvinden in een bestuurlijke procedure en niet een rechterlijke.

Rechterlijke procedure

In de rechterlijke procedure vindt een subject betrokken beoordeling plaats van de aantasting van de individuele rechtspositie van de burger door het bestuur. De belangrijkste zelfstandige toetsingsmaatstaf is de *égalité devant les charges publiques*, dat wil zeggen de vraag of de last ten behoeve van het algemeen belang niet onevenredig zwaar drukt op de individuele schouders.¹⁸ Voorts lijkt mij ook de uitkomst van de bestuurlijke procedure van belang. Wanneer de rechtshandeling daarin onrechtmatig is bevonden, vervalt iedere rechtvaardiging voor welke last in het algemeen belang dan ook.¹⁹

Indien de rechtshandeling de bestuurlijke procedure heeft doorstaan, staat zij daarmee vast. Dit laat echter onverlet dat zij een ongerechtvaardigde inbreuk op individuele rechten met zich kan brengen.²⁰ In deze zin kan één en dezelfde handeling tegelijk rechtmatig en onrechtmatig zijn, namelijk rechtmatig in absolute zin; *erga omnes*; onrechtmatig jegens een enkeling.²¹

18 Tak 1998, p. 12.

19 Het is overigens niet evident dat dit ook de opvatting van Tak is. Zo schrijft hij: 'Betwistbaar lijkt, of schending van deze beide *bevoegdheidsnormen* wel kan leiden tot de conclusie van (ook) subjectieve onrechtmatigheid.' (Tak 1998, p. 8) en 'de schending van individuele belangen is publiekrechtelijk slechts verboden, omdat zij deel uitmaken van het algemeen belang.' (p. 9). Of liggen zij toch begrepen in de *égalité* die in het contact overheid-burger in acht genomen moet worden (p. 11)?

20 Tak 1998, p. 8.

21 Tak 1998, p. 10.

Als ik goed zie, laat Tak de mogelijkheid open dat de rechter onder omstandigheden ook zelf de objectieve rechtmatigheidscontrole uitoefent.²² Zoals we hierna zullen zien kan hij aan de uitkomst daarvan echter slechts gevolgen met een individuele strekking verbinden.

2.7 Samenhang?

Tussen de bestuurlijke en de rechterlijke procedure loopt een scheidslijn naar materie en vermoedelijk ook naar tijd. De objectieve rechtmatigheidscontrole wordt voltooid in de bestuurlijke procedure. Deze voltooiing noemt Tak het 'moment X'. Na dit moment X komt de rechterlijke procedure aan de orde.²³

Aan het resultaat van de bestuurlijke procedure komt formele rechtskracht toe in die zin dat de vastlegging die in die procedure plaatsvindt van wat het algemeen belang vergt, voor de rechter een gegeven is.²⁴

Hoewel de rechter die vastlegging niet kan aantasten, kan hij bij de beoordeling of de aantasting van het individuele belang onevenredig is, de norm die is neergelegd in de onaantastbare publiekrechtelijke rechtshandeling wel tegen het licht houden van hogere normen en zo nodig in het concrete geval buiten toepassing laten.

Hij moet vervolgens een eigen beoordeling maken van de overige eisen voor een onrechtmatige daad, zoals schade, causaliteit en relativiteit.²⁵

22 Zij het slechts indien en voorzover die toetsing nodig is ter vaststelling van de toe te passen norm; Tak 2005, p. 1246 (zie ook p. 373 en p. 1240). Tegen deze interpretatie pleit: 'Anderzijds behoren in een op deze rechtsbescherming gericht proces voor de rechter, op grond van de rechterlijke functie (...) de objectieve doelen van de overheidsactiviteit, de door de bevoegdheidsuitoefening beoogde algemene effecten van de publiekrechtelijke rechtshandeling, aan de rechterlijke waardering onttrokken te blijven.' Tak 1998, p. 13. Op p. 14 zet hij dit betoog voort in het licht van artikel 120 van de Grondwet. Dit toetsingsverbod behoort z.i. van toepassing te zijn op alle algemene effecten van publiekrechtelijke rechtshandelingen. 'Maar voor wat betreft de individuele effecten van óók wetten in formele zin moet het strijdig worden geacht met artikel 6 EVRM dat een rechter die 'determination' *in zoverre, dus voor wat betreft (en beperkt tot) die individuele effecten; die persoonsgebonden 'civil rights and obligations'* niet zou mogen toetsen, zelfs niet aan in de eigen Grondwet vervatte grondrechten!' Dit zou aldus gelezen kunnen worden dat de grondwettelijke grondrechten zowel een dimensie hebben in het algemeen belang – in welke context de rechter er niet aan mag toetsen – en een dimensie die invulling geeft aan de individuele burgerlijke rechten – in welke context de rechter er wel aan mag toetsen.

23 Tak 2005, p. 92, p. 1245.

24 Tak 1998, p. 17-18.

25 Tak 1998, p. 18.

2.8 Welke beslissingsbevoegdheden?

Bestuurlijke procedure

Ieder bestuursoptreden is per definitie gericht op de behartiging van het algemeen belang. Dat geldt ook voor de toetsing in de bestuurlijke procedure. De uitkomst is dan opnieuw een behartiging van het algemeen belang. Deze komt in de plaats van de eerdere rechtshandeling. Zij kan de vorm aannemen van een vernietiging van de getoetste rechtshandeling, maar ook van een nieuwe, vervangende, rechtshandeling.

Rechterlijke procedure

De rechter mist de legitimatie om een rechtshandeling die in het algemeen belang is gesteld *erga omnes* aan te tasten (door deze te vernietigen) en *a fortiori* om daar een soortgelijke rechtshandeling voor in de plaats te stellen. Hij kan slechts de individuele rechtspositie bindend vaststellen²⁶ en daartoe zonedig de rechtshandeling buiten toepassing laten ten aanzien van (alleen) appellant.²⁷ Voorts kan hij een financiële compensatie of compensatie *in natura* toekennen tot herstel van de *égalité* of schadevergoeding.

Het proces gericht op individuele rechtsbescherming, behoort geen consequenties te hebben voor buitenstaanders.²⁸

2.9 Na de procedure

Of het geschil met de beslissing tot een definitief einde komt of niet, hangt van de inhoud van de beslissing af. De bestuurlijke procedure kan leiden tot een definitieve en in beginsel onaantastbare vaststelling van de publiekrechtelijke rechtshandeling. Het is wellicht ook mogelijk dat de toezichtinstantie volstaat met vernietiging. In dat geval moet het bestuursorgaan opnieuw in de zaak voorzien.

Ook de rechter kan de zaak tot een definitief einde brengen, bijvoorbeeld door schadevergoeding tot te kennen. Het is echter goed mogelijk dat het bestuursorgaan er zich bijvoorbeeld door de buiten toepassing verklaring van zijn rechtshandeling praktisch gesproken toe genoodzaakt ziet om opnieuw in de zaak te voorzien door de rechtshandeling in te trekken en door een andere te vervangen.

26 Tak 1998, p. 16.

27 Tak 2005, p. 1243 en 1246.

28 Tak 2005, p. 1246.

2.10 Eén handeling?

Uit het voorgaande kan de vraag opkomen of de twee verschillende procedures het zelfde object hebben, of zij één en dezelfde (rechts)handeling (kunnen) betreffen of niet.

Tak stelt deze vraag in *Spectraal recht* aan het begin van zijn redenering.²⁹ Hij betoogt dat hetzelfde feit in verschillende relaties een verschillende betekenis kan hebben. Het bestuursrecht ziet op een ander aspect – de behartiging van het algemeen belang; de actiezijde – dan het privaatrecht. Voor de rechterlijke procedure is het gevolg relevant. In het bijzonder het gevolg dat niet de essentie uitmaakt van de behartiging van het algemeen belang. In die zin is het niet beoogd,³⁰ maar dat wil niet zeggen dat de bemoeienis van de rechter is beperkt tot schade die ‘per ongeluk’ is veroorzaakt.³¹

2.11 Resultaat

In praktische uitwerking behoeven de resultaten die het systeem van Tak genereert niet steeds veraf te staan van de resultaten die het huidige Nederlandse bestuursprocesrecht genereert. Tak illustreert dit aan de hand van een beroep tegen de weigering van een rijbewijs.³² Op dit ogenblik kan de bestuursrechter een zodanige weigering vernietigen en zelf in de zaak voorziende het rijbewijs toekennen.

In de visie van Tak zou de rechter niet verder behoren te kunnen gaan dan de inbreuk op de mobiliteit van de burger onrechtmatig te oordelen en het bestuur de opdracht te geven deze inbreuk te beëindigen. In die situatie ligt het erg voor de hand dat het bestuursorgaan zijn weigering zal intrekken en zal kiezen voor een andere vorm van behartiging van het algemeen belang, namelijk alsnog de verlening van het rijbewijs. In theorie zou echter ook denkbaar zijn dat het bestuursorgaan ervoor kiest de burger de diensten van een chauffeur te verschaffen. De beslissing welke keuze door het algemeen belang wordt gevergd blijft echter aan het bestuur, zij is niet aan de rechter.³³

29 Tak 1998, p. 1 e.v. Zie ook Tak 2005, p. 1239.

30 Tak 1998, p. 19.

31 Dit is een lastig punt: Tak 2005, p 1244: ‘In feite zouden alle publiekrechtelijke gedragingen, ook dus “publiekrechtelijke feitelijke handelingen” (...) wat hun individuele gevolgen betreft, beoogd *en* niet beoogd, aan zijn rechtsmacht onderhevig moeten zijn.’ Tak 2005, p. 1246: ‘De toetsing evenwel van de neveneffecten, van de bijzondere gevolgen van het besluit, de niet algemeen beoogde, doch (dus) de niet-beoogde of ‘feitelijke’ gevolgen, hoort als *contentieux subjectif* met de waarborgen van art. 6 EVRM overeen te komen.’

32 Tak 1998, p. 15; Tak 2005, p. 1245-1246.

33 Tak 2005, p. 1247.

3 VRAGEN

3.1 Machtsevenwicht

Hoe zit het met de *checks and balances* als aan de rechter de greep op het eigenlijke bestuursproces wordt ontzegd?

In de *trias politica* zoals die tegenwoordig wordt begrepen, wordt de vrijheid van de burger in de rechtsstaat beschermd door een spreiding van bevoegdheden. Door deze spreiding is enerzijds altijd samenwerking nodig waarvan een dempende werking kan uitgaan en heeft de burger anderzijds toegang tot een instantie bij wie hij bescherming kan zoeken. Dat laatste is in het stelsel van Tak niet anders. Dat eerste wel. Waar de rechter niet de instantie is die het bestuur in zijn handelen als zodanig rigoureuus aan het recht kan houden, is hij mijns inziens ook niet een staatsmacht die het bestuur in het wettelijk gareel kan houden.

Bij een in essentie bestuurlijke toetsing moet het tegenwicht komen van de toetsende bestuurlijke instantie.³⁴

Op dit ogenblik is de bestuursrechter niet verheven boven elke verdenking van collusie met het bestuur, althans begrip voor de positie van het bestuur. Van een orgaan dat zelf door bestuurders bemenst is en zelf bestuurlijke verantwoordelijkheid heeft kan in redelijkheid niet worden gevergd dat het onpartijdig is. Maar is het dan nog wel een tegenmacht?

3.2 Rechtsvorming

Hoe zit het met rechtsvorming door de rechter? In het huidige recht, publiek zowel als privaats, geldt de rechtspraak als bron van recht. De interpretaties die de rechter aan de wet geeft zijn 'authentiek'.³⁵ Aldus – om op het vorige punt terug te komen – biedt de rechter zowel een tegenwicht tegen de wetgever als tegen de wetstoepasser. Voorts scheidt de rechter recht door voor gevallen die de wetgever niet heeft voorzien precedenten te scheppen en zelfs algemene ongeschreven beginselen en regels te formuleren.

In de visie van Tak heeft de rechter niet de bevoegdheid om algemeen geldende uitspraken te doen. Daarmee heeft hij geen rechtsvormende taak en ligt dus het laatste woord ten aanzien van de betekenis van het recht bij de wetstoepasser, dat is de uitvoerende macht. De rechtvaardiging daarvoor is – wederom – de democratische legitimatie die het bestuur wel heeft en de

34 Blijkens het verslag van de discussie, is dit ook precies wat Tak op het oog heeft. Zie elders in deze bundel.

35 In Tak 1998 (p. 14) betwist Tak in elk geval dat de rechter een *exclusieve* bevoegdheid heeft inzake wets- of zelfs rechtsuitleg.

rechter niet. De prijs die betaald wordt is – wederom – het machtsevenwicht (althans tegenwicht).

3.3 Praktische voordelen

De voordelen die het systeem van Tak nastreeft, zijn principieel van aard. Voorzover het systeem voor wat betreft de rechtsvaststelling meer vertrouwen heeft in politiek gelegitimeerd bestuur dan in de rechter mag op zijn minst in abstracto ook een voordeel worden verwacht in termen van de kwaliteit van de behartiging van het algemeen belang.

Zijn er ook meer platvloerse voordelen te verwachten?

De belangrijkste nadelen van het Nederlandse bestuursprocesrecht zijn vermoedelijk de formele drempels die de rechtzoekende op zijn weg vindt, de lange duur voordat een zaak tot een definitief einde komt en het onvermogen – in de perceptie van sommigen zelfs onwil – van de rechter om bij te dragen aan de oplossing van problemen.

Sommige van deze problemen zijn inherent aan het huidige systeem. Een op het besluitbegrip gebaseerd systeem heeft een beoordeling nodig of er van een besluit sprake is en van een belanghebbende bij dat besluit. Ook zullen ergens temporele grenzen getrokken moeten worden. Het fuikengedoe en geneuzel over het tijdstip van ontvangst van betaald griffierecht is in geen enkel systeem nodig en is dus ook in ieder systeem oplosbaar als de betrokkenen – met name de rechters – maar de wil hebben om het op te lossen.³⁶

De lange duur is een product van systeem eisen en werklast.

De rechterlijke attitude is een product van mentaliteit, werklast en gevoel van verantwoordelijkheid voor de werkbaarheid van het overheidsbestuur. In een interview afgenomen in het kader van de Invoeringsevaluatie van het rechtstreeks beroep is de beleving van de attitude als volgt onder woorden gebracht:

‘We moeten nog maar afwachten hoe de rechters met verzoeken om rechtstreeks beroep zullen omgaan. Ik denk dat ze ze vaak zullen terugsturen. Ze hebben geen zin in het werk. Als ze op die manier een beroep weg kunnen regelen, dan is dat “kassa”. De prestatiefinanciering van de rechterlijke macht heeft tot gevolg dat er veel minder belangstelling bestaat voor de inhoud van de zaak dan voor het sluiten van het dossier. In het strafrecht is dit nu even in het nieuws gekomen met die Nienke-zaak, maar in het bestuursrecht zal het niet anders zijn.’³⁷

36 Zie hierover: B.M.J. van der Meulen, ‘Besluitbegrip: (niet) gericht op rechtsgevolg of bestuurlijk rechtsoordeel. De 72 trapjes: waar een wil is, is een weg’, in: E.C.H.J. van der Linden & F.A.M. Stroink (red.) *JB Select*, Den Haag: Sdu 2004, p. 79-86.

37 B.M.J. van der Meulen, M.E.G. Litjens & A.A. Freriks, *Prorogatie in de Awb. Invoeringsevaluatie rechtstreeks beroep*, te verschijnen bij BJu, Den Haag 2006. In andere interviews die niet in het rapport zijn geciteerd is er nog op gewezen dat grove (bevoegdheids)gebreken met

Om met het laatste punt te beginnen, voorzover het gaat om een mentaliteitskwestie of om capaciteitsdruk, is het niet reëel om van een systeemwijziging verbetering te verwachten. Voor zover de rechter meent het bestuur het bestuuren niet onmogelijk te mogen maken hoewel een strikte toepassing van de wet dat zou vergen, is dit een probleem dat zich in het systeem van Tak niet meer zal voordoen. De bestuurlijke behartiging van het algemeen belang wordt per definitie onaangetast gelaten.

De taakafbakening tussen bestuursrechter en civiele rechter is in het systeem van Tak veel eenvoudiger dan in het huidige: als de overheid partij is, is de bestuursrechter bevoegd. De vraag wat eigenlijk overheid is en of een partij in concreto tot de overheid kan worden gerekend, moet ook in het systeem van Tak worden beantwoord. Afbakening van het besluitbegrip is irrelevant geworden.³⁸ De beslissing of iemand belanghebbende is kan opgaan in het oordeel over de gegrondheid van de vordering.

De opeenvolging van een volledige bestuurlijke toetsing voor moment X en een volledige rechterlijke toetsing na moment X zal vermoedelijk leiden tot lange procedures.

Praktisch gesproken lijkt het systeem van Tak gebruikersvriendelijker te kunnen zijn dan het huidige bestuursprocesrecht. Er hoeft minder tijd en energie te worden gestoken in de beantwoording van vragen die geen betrekking hebben op het geschil van partijen (maar op de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van de eiser). Voor partijen is dat een grote vooruitgang. Het hoeft op de werklast van de rechter echter geen verlichtend effect te hebben omdat minder zaken op voorvragen kunnen worden afgeserveerd. Ook overigens zie ik geen reden om een versnelling van procedures te verwachten.

Of de kans op succes voor eisers zal toenemen is moeilijk in te schatten. Enerzijds zal de rechter gemakkelijker bereid zijn om degene die gelijk heeft ook gelijk te geven aangezien dat geen aantasting van het algemeen belang tot gevolg zal hebben, noch van de belangen van derden, anderzijds lijkt het aantal gronden waarop de eiser gelijk kan krijgen – althans bij de rechter, de bestuurlijke procedure is er natuurlijk ook nog – drastisch af te nemen. Voor de eiser is dat laatste een nadeel, voor derden niet.

de mantel der liefde worden bedekt en kritieke argumenten van eisers in de uitspraak onvermeld en onbesproken worden gelaten.

38 Zie reeds: A.Q.C. Tak, *Bevoegdheidsafbakening van de Arob-rechter, kunstig of gekunsteld?* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 1984.

3.4 Het belang van de discussie

Wanneer de uitkomst voor de procederende naar verwachting in veel gevallen praktisch gesproken op hetzelfde zal neerkomen,³⁹ wat is dan het belang van de discussie?

Dit belang lijkt mij gelegen in de vrijheid van de burger.⁴⁰ De legitimatie tot herdefiniëring van deze vrijheid uit een oogpunt van het algemeen ongeacht of zij daardoor wordt beperkt of gediend, kan alleen aan deze burger zelf worden ontleend op een zodanige – democratische – wijze dat de burger zijn mandaat zonodig ook weer kan intrekken.

Elke andere machtsbasis tot eenzijdige vastlegging van de rechtspositie van de burger draagt op de langere termijn het risico in zich van ongerechtvaardigde en willekeurige inperking van deze vrijheid.

4 DE PRAKTIJK VAN HET PROCESRECHT VOLGENS TAK

4.1 Casus

‘The proof of the pudding is in the eating’, of – in de woorden van Tak – de waardering van een theorie moet zijn grondslag vinden in de toepassing van die theorie in de praktijk. Dit betekent dat de vraag van groot belang is hoe het stelsel van Tak in zijn praktische toepassing zou uitpakken. De vraag is echter of er wel zoiets bestaat als een praktische toepassing van de leer van Tak. Ik meen een uitspraak te hebben gevonden (van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen) dat voldoende analogieën vertoont met de leer van Tak dat het als ‘benchmark’ te gebruiken is.

Het betreft de zaak *Beamglow* uit 2005.⁴¹ De casus is in kort als volgt. De Europese wetgever had in 1993 een Verordening vastgesteld inhoudende een gemeenschappelijke marktordening in de sector bananen.⁴² Deze verordening voorzag – voorzover van belang – in een zekere voorkeursbehandeling van de zogenaamde ACS-landen, dat zijn voormalige koloniën van Lid Staten van de Europese Unie in Afrika, het Caribische gebied en de Stille Oceaan. De Verenigde Staten en Ecuador dienden een klacht in over deze verordening bij het Dispute Settlement Body (DSB) van de Wereld Handelsorganisatie (WTO). Er zou sprake zijn van een ongerechtvaardigde verstoring van de internationale markt. Deze klacht werd op 22 mei 1997 gegrond bevonden. Nog dat zelfde

39 Zoals in het voorbeeld van het rijbewijs. In de discussie heeft Tak uitdrukkelijk betwist dat meer in het algemeen verwacht mag worden dat resultaten vergelijkbaar zijn.

40 Tak spreek ook wel van: autonomie.

41 GvEA EG 14 december 2005, zaak T-383/00, *Beamglow Ltd. t. Europees Parlement, Raad van de Europese Unie en Commissie van de Europese Gemeenschappen*.

42 Verordening (EEG) nr. 404/93.

jaar, op 25 september 1997, werd het beroep dat de EU instelde ongegrond verklaard. In reactie daarop trof de EU allerlei maatregelen. Zo werd een nieuwe verordening vastgesteld.⁴³ Volgens de klagers werd de inbreuk door dit alles niet verholpen en zij vroegen machtiging om jaarlijks voor \$ 520 miljoen aan extra douanerechten op te leggen aan importproducten uit de EU. Dit werd voor \$ 191,4 miljoen toegestaan. Tot de producten die met 100% douanerechten werden belast behoorden 'vouwdozen van bedrukt en versierd karton' die door Beamglow op de markt worden gebracht.

Op 22 december 2000 heeft Beamglow bij het Gerecht van Eerste Aanleg een beroep tot schadevergoeding ingesteld tegen het Europees Parlement, de Raad en de Europese Commissie als gezamenlijke wetgever.⁴⁴ Het Gerecht oordeelt dat het WTO-recht behoudens enkele uitzonderingen die hier niet van belang zijn niet behoort tot de normen waaraan de gemeenschapsrechter handelingen van de instellingen toetst.

Voor het Gerecht is dit niet alleen een formeel gegeven, maar het acht dit ook juist. Sommige van de belangrijkste handelspartners van de EU rekenen de WTO-overeenkomsten niet tot de normen waaraan hun nationale rechterlijke instanties hun nationale rechtsregels toetsen. Een toetsing van de handelingen van de gemeenschapsinstellingen aan deze normen zou daarom een onevenwichtige toepassing van de WTO-regels in de hand kunnen werken waardoor de wetgevende of uitvoerende organen van de Gemeenschap de manoeuvreerruimte zou worden ontnomen waarover de vergelijkbare organen van de handelspartners van de Gemeenschap wel beschikken.⁴⁵ Zouden de rechterlijke instanties worden verplicht om bepalingen die onverenigbaar zijn met de WTO-overeenkomsten, buiten toepassing te laten, dan zou dat tot gevolg hebben dat de wetgevende of uitvoerende organen van de overeenkomstsluitende partijen de mogelijkheid wordt ontnomen om via onderhandelingen een oplossing te vinden teneinde in WTO-verband tot een wederzijds aanvaardbare compensatie te komen.⁴⁶

Aan de omstandigheid dat het niet kan toetsen aan WTO-regels verbindt het Gerecht de conclusie dat Beamglow tot staving van haar schadevordering niet met succes kan stellen dat de aan de Raad en de Commissie verweten gedraging in strijd is met WTO-regels.⁴⁷ Bijgevolg kan de gedraging van de verwerende instellingen volgens het gerecht niet als onrechtmatig worden aangemerkt.⁴⁸

43 Verordening (EG) nr. 2363/98.

44 De vordering tegen het parlement werd niet-ontvankelijk verklaard omdat het in de desbetreffende procedure niet meer had dan een adviesrecht.

45 r.o. 128.

46 r.o. 129.

47 r.o. 161.

48 r.o. 164.

Daarmee is de kous voor het gerecht echter nog niet af. Het erkent de mogelijkheid van aansprakelijkheid bij rechtmatig handelen. Het woord 'égalité' valt niet, maar de toetsingsmaatstaf die het gerecht aanlegt lijkt er veel op. Het gerecht stelt:

'171 Indien, zoals *in casu*, de onrechtmatigheid van de aan de gemeenschapsinstellingen verweten gedraging niet vaststaat, impliceert dit niet dat de ondernemingen die als categorie van marktdeelnemers een onevenredig deel van de uit een beperking van de toegang tot de exportmarkten voortvloeiende lasten moeten dragen, nooit via de niet-contractuele aansprakelijkstelling van de Gemeenschap compensatie kunnen krijgen (zie in die zin arrest Hof van 29 september 1987, *De Boer Buizen/Raad en Commissie*, 81/86, Jurispr. p. 3677, punt 17).

172 Artikel 288, tweede alinea, EG baseert de bij dit artikel aan de Gemeenschap opgelegde verplichting tot vergoeding van de schade die door haar instellingen is veroorzaakt immers op de „algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben”, zonder bijgevolg de draagwijdte van deze beginselen uitsluitend tot de regeling inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor onrechtmatige gedragingen van die instellingen te beperken.

173 In de nationale rechtsstelsels inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid kunnen particulariseren namelijk, zij het in verschillende mate, op specifieke gebieden en onder verschillende voorwaarden in rechte vergoeding van bepaalde schade vorderen, zelfs wanneer de veroorzaker van de schade niet onrechtmatig heeft gehandeld.

174 Ingeval schade is veroorzaakt door een gedraging van de gemeenschapsinstellingen waarvan het onrechtmatige karakter niet is bewezen, kan de Gemeenschap niet-contractueel aansprakelijk worden gesteld, wanneer cumulatief is voldaan aan de voorwaarden inzake de werkelijk geleden schade, het causaal verband tussen deze schade en de gedraging van de gemeenschapsinstellingen, en het abnormale en bijzondere karakter van die schade (arrest van 15 juni 2000, *Dorsch Consult/Raad en Commissie*, punt 94 supra, punt 19).

208 Wat de schade betreft die ondernemers als gevolg van het handelen van de gemeenschapsinstellingen kunnen lijden, is een schade abnormaal, indien deze de grenzen van het economische risico, verbonden aan de activiteiten in de betrokken sector, overschrijdt, en bijzonder, wanneer een bijzondere categorie van ondernemers daardoor onevenredig wordt getroffen in vergelijking met andere ondernemers (arrest 28 april 1998, *Dorsch Consult/Raad en Commissie*, punt 94 supra, punt 80, en arrest *Afrikanische Frucht-Compagnie en Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Raad en Commissie*, punt 99 supra, punt 151).'

Het Gerecht oordeelt dat aan de vereisten van schade en causaal verband is voldaan. De tussenliggende beslissingen van de Amerikaanse overheid doorbreken de causale keten niet. Uiteindelijk wijst het gerecht de vordering echter af op de grond dat de geleden schade de normale risico's van de internationale handel niet te boven gaan.

4.2 Analogie

Waarin zit hem nu de analogie van deze uitspraak met de leer van Tak? Wanneer we het WTO-recht uit deze uitspraak vervangen door 'publiekrecht' dan ontstaat er een model dat veel lijkt op hetgeen in deze bijdrage is beschreven. Er is een *recours objectif* (bij het DSB) voorafgaand aan 'Moment-X'. De burger heeft geen toegang tot deze procedure. Zij wordt gevoerd tussen het algemeen belang behartigende overheden. Daarna volgt een rechterlijke procedure. De rechter laat de publiekrechtelijke rechtshandeling onaangetast. Deze behoudt zijn werking *erga omnes* (voorzover althans de wetgever niet reeds zelf maatregelen heeft getroffen). De rechter beroept zich voor zijn terughoudendheid in deze mede op de eigen aard van het WTO/publiekrecht die meebrengt dat problemen op politieke wijze via onderhandelingen worden aangepakt. De rechter mag daarin niet hinderen. Hij beoordeelt onder eerbiediging van die rechtshandeling of jegens de individuele belanghebbende een *égalité-verstoring* heeft plaatsgevonden.

Mijns inziens laat dit voorbeeld zien dat rechtspraak volgens een model à la Tak in vergaande mate mogelijk is en in de praktijk ook werkelijk voorkomt.

4.3 Waardering

Is dit nu een voorbeeld van hoe het toegaat onder een beter stelsel? Met andere woorden, verdient het aanbeveling dit model over te nemen in het nationale bestuursprocesrecht? Laat ik voorop stellen dat één uitspraak te weinig is voor het beantwoorden van deze vragen. Ik heb veel goede en slechte uitspraken gelezen die gewezen zijn onder andere systemen.

Dèze uitspraak overtuigt mij echter niet onmiddellijk. Ik vind het resultaat onbevredigend dat de rechter de burger laat zitten met schade waarvan hij erkent dat deze door de overheid is veroorzaakt. Dat klemmt in dit geval wel heel in het bijzonder omdat de douaneheffingen in belangrijke mate het karakter hebben van een sanctie. De gevolgen van een sanctie behoren ten laste komen van de overtreder – i.c. de Europese wetgever – en niet van een toevallige omstander.

Het argument van het Gerecht dat het niet door toetsing aan WTO-regels de instellingen voor de voeten wil lopen in hun internationale relaties vind ik *in de context van een schadevordering een drogredenering*. Er wordt van het Gerecht geen inmenging in handelen gevraagd maar alleen en achteraf een afrekening over de kosten. Ik zie niet in hoe dat de manoeuvreerruimte zou kunnen beperken. Het verbinden van consequenties aan het oordeel van de ter zake bevoegde instantie (het DSB) is mijns inziens toch iets anders dan toetsen.

Vermoedelijk komt het erop neer dat ik voor de overheid geen legitimatie – democratisch of anderszins – erken om algemene belangen te behartigen buiten de grenzen van het recht. Steun aan ACS-landen is mij erg sympathiek. Door in te stemmen met afspraken binnen WTO-verband heeft de EU zich de bevoegdheid daartoe echter ontnomen. Als een overschrijding van die grenzen tot schade leidt, dan moet die niet voor rekening van de burger komen.

Een voor mij bevredigende uitspraak door een rechter die zelf niet mag toetsen zou voor mij erkenning hebben gevegd van het door het DSB uitgesproken onrechtmatigheidsoordeel.

Hoe zit dat bij Tak? Ik denk dat zijn benadering van ‘formele rechtskracht’ meebrengt dat het in het *recours objectif* gegeven rechtmatigheidsoordeel in het *recours subjectif* als gegeven kan worden meegenomen.

Uit het verslag van de discussie blijkt voorts dat de toepassing van het *égalité-beginsel* bij tak anders zou uitpakken. ‘Normaal maatschappelijk risico’ is bij hem niet zonder meer een doorslaggevend criterium.

5 TOT BESLUIT

Als ik goed zie is het in de rechtswetenschap minder gebruikelijk dan in andere wetenschappen dat wetenschappelijk gefundeerde standpunten onverzoenlijk tegenover elkaar staan. Daarom wellicht is de schrik groter wanneer bij ons een ongewenste discussie toch wordt gevoerd. Dat inzichten uit verschillende paradigma’s onverenigbaar zijn is echter uit de aard der zaak gegeven.

De discussie die in Leiden is aangezwengeld, is mijns inziens bijzonder omdat verschillende paradigma’s zo duidelijk worden benoemd en op tafel worden gelegd.

De verschillende blikrichtingen uit die verschillende paradigma’s bieden verschillende perspectieven. Mijns inziens is het heel goed mogelijk om daar grensoverschrijding lering uit te trekken.

6 Een evenwichtig discours?

Michiel Heldeweg▪

1 VOORAF

Het is altijd weer een genoegen om te duiken in de juridische gedachtewereld van mijn juridische leermeester Twan Tak.¹ Steeds word ik dan gedwongen om de fundamenteën van het bestuursrechtelijk denken te hernemen; om vervolgens stap voor stap de redeneerlijnen te reconstrueren. Dat is lastig maar verfrissend tegelijk, in een discipline waar padafhankelijk redeneren *de* heersende methodologie lijkt te zijn.

Ook nu moest ik weer terug naar 'af'. In deze bijdrage tot discussie heb ik mijn bevindingen opgetekend na (her)lezing van enkele door Twan Tak zelf geselecteerde documenten ten behoeve van de aanstaande studiemiddag.

2 EENHEID VAN HET BESLUIT

Ter 'plaatsbepaling' eerst dit. In de slotfase van mijn dissertatieonderzoek, begin 1992-3, geraakte ik met Twan Tak in discussie over opzet van het bestuursproces. Mede op basis hiervan schreef ik in mijn proefschrift,² dat ik een keuze voor een 'subjectief bestuursproces' met aantasting van burgerlijke belangen als object van geschil ondersteunde en dat zo'n systeem bij voorkeur op *alle* rechtstreekse vormen van aantastingen door het overheidsbestuur van toepassing moest zijn – niet alleen op besluiten. De stap om de belangenaantasting zelf als object van geschil te nemen, ging mij echter te ver voor besluiten die totstandkomen na een bijzondere non-contentieuze procedure (zoals van afd. 3.4 Awb). De redenering hierachter had als noemer: de 'eenheid van het bestuursbesluit'.

▪ Mr. M.A. Heldeweg is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Faculteit Bedrijf, Bestuur en Technologie, Universiteit Twente.

1 Van 1985 tot 1999 was ik werkzaam bij de door Twan Tak beklede leerstoel staats- en bestuursrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Limburg/Universiteit Maastricht. Twan Tak was tevens mijn promotor bij mijn proefschrift *Normstelling en expertise, waarborgen voor technische deskundigheid i.h.b. bij vergunningverlening in het milieurecht*, Den Haag: Sdu 1993.

2 Heldeweg 1993, p. 292-297.

Deze eenheid sloeg enerzijds op het belang van het bestuur (en de justitiabele) om zo snel mogelijk uitsluitel te hebben over de rechtsgeldigheid van besluiten, niet alleen wat betreft de normatieve verwezenlijking van het algemeen belang maar ook met het oog op de gevolgen daarvan voor belanghebbenden. Als de subjectieve rechtspositie van klager object van geschil zou zijn, zou dit n.m.m. het risico meebrengen dat een bestuursbesluit onderwerp zou worden van een reeks van acties gericht op het bewerkstelligen van uitzonderingen op de verbindendheid daarvan, omwille van individuele belangposities (met het risico van eindeloze reeks van herzieningen). Ik hield het er echter op dat dit bezwaar nog met een verjaringstermijn voor de desbetreffende rechtsvorderingen kon worden gekeerd.

Anderzijds was mijn overweging, dat bij de onderhavige soorten bestuursbesluiten de non-contentieuze procedure juist gericht was op het bewerkstelligen van optimale individuele rechtsbedeling (tot minimaliseren van de individuele belangen aantasting, mede gelet op de betrokkenheid van meerdere belanghebbenden), in het bijzonder ook in de vorm van het *in natura* recht doen aan de belangenposities – en niet slechts in de vorm van schadevergoeding. Daarom was bij onrechtmatige besluiten de bestuurlijke herbeslissing, met in achtneming van non-contentieuze spelregels, m.i. de minimaal noodzakelijke voorwaarde om het gevaar te keren van door relatieve onverbindendverklaring materieel uitgeholde besluiten, die niettemin door schadevergoeding overeind worden gehouden. Als bestuurlijk herbeslissen geen uitgangspunt zou blijven, leek mij de weg geopend naar een ‘schadevergoedingspraktijk’ die uiteindelijk de toepassing van de non-contentieuze procedure en daarmee de kwaliteit van besluitvorming en legitimatie van besluiten zou uithollen – want waarom al die moeite als toch later schadevergoeding zou kunnen worden gevraagd? Kortom: als het besluit object van geschil zou blijven, zou dit, zodra het in enigerlei opzicht onrechtmatig zou blijken, toch als geheel ‘ten val moeten worden gebracht’, waarmee de noodzaak van herbeslissen gegeven zou zijn – juist ook omwille van de non-contentieuze procedure. Overigens sloot hierop naadloos aan dat de rechter slechts in extreme gevallen zelf in de zaak zou kunnen voorzien, namelijk als werkelijk nog slechts één bestuursbeslissing denkbaar was.

Mijn promotor, Twan Tak, nam technisch genoeg met de redenering (het was geen beletsel voor promoveren), maar (tegelijk) wees hij deze redenering inhoudelijk af en kondigde hij aan deze bij elke denkbare gelegenheid te zullen aanvechten! Zo’n gelegenheid dient zich nu (opnieuw) aan ...

3 EEN ELEGANTE HYBRIDE

Redenerend vanuit m.n. het materiële bestuursrecht ben ik, in de jaren na mijn promotie, de visie van Twan Tak echter wel steeds positiever gaan waarderen.

Sterk en overtuigend vind ik de splitsing tussen dimensies van het overheidshandelen (i.h.b. toegepast op besluiten) naar de bijdrage aan de behartiging van algemene belangen enerzijds (objectieve normering, abstract en determinerend *erga omnes*) en het zich rekenschap geven van bijzondere belangen anderzijds (subjectieve rechtsgevolgen, concreet en individueel determinerend).

Juist dit *hybride* karakter van besluiten (en eigenlijk van alle overheidsgedrag) is voor mij reden geweest om, bijvoorbeeld, kritisch te staan tegenover de verhandelbaarheid van publieke rechten.³ De bescherming van algemene belangen vordert (in veel gevallen van publieke rechten, m.n. bij schaarse publieke goederen zoals een schoon milieu) dat het bestuur zeggenschap houdt over toegekende rechten en daarop, bijvoorbeeld, kan terugkomen (m.n. door actualisering, maar natuurlijk ook handhavend). Het normatieve aspect van besluiten – met het oog op de behartiging van het algemeen belang – blijft eigenlijk steeds actief.

Tevens brengt dit hybride karakter de beperkingen in de objectieve dimensie van overheidshandelen scherp tot uitdrukking. Die beperkingen volgen met name uit het legaliteits- en specialiteitsbeginsel: het overheidsbestuur mag slechts (door de wetgever bepaalde) algemene belangen *behartigen* en geen bijzondere belangen (van burgers). Ten aanzien van bijzondere belangen past 'slechts' de eis van *rekenschap geven*, omdat de behartiging van algemene belangen ook verlangt dat niet op onevenredige wijze schade wordt toegebracht aan bijzondere belangen. 'Rekenschap' mag echter nooit met 'behartiging' worden verward omdat dit kan leiden tot gerichte (expliciet beoogde) persoonlijke bevoordeling of benadeling van *met name* te noemen individuen.⁴ Het dienen of aantasten van bijzondere belangen is hooguit te rechtvaardigen als een reflex of manifestatie van een *louder* door de behartiging van algemene belangen gemotiveerde overheidsgedraging (al naargelang de bijzondere belangen met de algemene samenvallen of juist daarmee conflicteren).⁵

4 'VOLLE RECHTMATIGHEID'

Ook helder is voor mij steeds geweest dat de procesrechtelijke uitwerking die Twan Tak aan dit onderscheid 'objectief-subjectief' verbindt, rust op een volle

3 Vgl. mijn bijdrage, 'Het spagaat. Samenhangen tussen de 'Twentse' rechtstheorie en de 'Maastrichtse' rechtsdogmatiek toegepast op publieke rechten', in: M.A. Heldeweg e.a. (red.), *De Regel Meester. Opstellen voor Dick W.P. Ruiter*, Enschede: Twente University Press 2001, p. 59-77.

4 A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 1240.

5 Zoals bij het voorbeeld van de uitkeringsgerechtigde, de gesubsidieerde, de vergunninghouder en de belastingplichtige (zie ook Tak 2005, p. 1241).

toetsing op rechtmatigheid; inhoudelijk zonder voorbehoud.⁶ Het gehele publiekrechtelijke kader is relevant, dat wil zeggen met inbegrip van de normen voor de afweging van algemene belangen onderling als van (te behartigen) algemene belangen tegenover relevante bijzondere belangen (van individuele burgers). Geenszins is sprake van een terughoudendheid zoals, bijvoorbeeld, door de Commissie Van Kemenade bepleit: afschaffing van de toetsing aan de evenredigheid als gecodificeerd in art. 3:4 Awb.⁷ Typerend is natuurlijk wel dat de rechtsnormen voor de afweging tussen algemene belangen en tussen algemene belangen en bijzondere belangen (van burgers) slechts voorzien in een toets op 'niet-onredelijkheid'. Het volle redelijkheidsoordeel overstijgt de waarborgen die het recht heeft willen bieden voor het rechterlijk toezicht; indachtig de staatsrechtelijke werkverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter.⁸ Iets wat m.i. anders ligt voor de toetsing aan het *égalité*-beginsel, waarover meer in paragraaf 8 van deze bijdrage.

Voor Twan Tak is – kortom – helder dat een rechter voluit moet vaststellen of overheidshandelen in overeenstemming is met de relevante publiekrechtelijke normering. Beperkt zijn 'slechts' de consequenties die aan een rechterlijk onrechtmatigheidsoordeel kunnen worden verbonden. Niet beperkt, zo zou ik willen toevoegen, voor de *in zijn bijzondere belangen* rechtsbescherming zoekende burger, maar wel (staatsrechtelijk) beperkt in zijn invloed op de objectieve rechtsvorming door het (verwerend) bestuursorgaan in zijn behartiging van het algemeen belang. De rechterlijke polsstok reikt namelijk niet zover dat hij (direct) kan treden in de rechtsgeldigheid *erga omnes* van het bestreden besluit als objectief-abstracte norm (laat staan dat hij daarvoor zelfstandig een ander besluit in de plaats kan stellen). Dit wordt volgens Twan Tak in essentie belet door de Wet algemene bepalingen,⁹ waarmee het in objectief-abstracte zin stellen van norm ter behartiging van algemene belangen een exclusieve aangelegenheid blijft voor het bestuur.

5 ADEQUATE RECHTSBESCHERMING?

Deze taakverdeling (en het daarin begrepen 'prohibitief') behoeft de adequate rechtsbescherming echter geenszins te beletten. Integendeel zelfs; een geconstateerde onrechtmatigheid, door toedoen van een schending van hogere voor-

6 Ik deel daarmee de kritiek van Twan Tak op de uitspraak van de Minister van Justitie, zie Tak 2005, p. 1248 en m.n. p. 1251

7 'Bestuur in geding', rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering in het openbaar bestuur. (1997 – onder voorzitterschap van J. A. van Kemenade).

8 Tak 2005, p. 374, is overigens van oordeel dat de rechterlijke toets sinds *Praxis en Maxis* (ABRvS 9 mei 1996, JB 1996, 158) te terughoudend is geworden.

9 Kortweg: art. 11, de rechter mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid van de wet beoordelen, en art. 12, de rechter mag niet bij wijze van algemene en abstracte norm uitspraak doen.

schriften of algemene beginselen, biedt de rechter juist de titel om dat te doen waartoe hij in het leven is geroepen, namelijk het bieden van subjectieve rechtsbescherming (het *recours subjectif* – en zich niet te verliezen in een meer op toezicht op naleving van het objectieve recht gelijkend *recours objectif*).

Aan de rechterlijke slagkracht in deze subjectieve rechtsbescherming behoeft naar mijn smaak niet te worden getwijfeld. Uitspraken in de vorm van buiten toepassingverklaring/relatief-onverbindendverklaring, een verbod tot toepassing geven, onrechtmatig verklaring en schadeloosstelling, zijn voor de burger beslist effectief én efficiënt bruikbaar. Het exotisch karakter van het voorbeeld van een alternatief voor het rijbewijsarrest¹⁰ strekt, niettegenstaande de onder 2 genoemde bedenkingen, ten bewijze van het soort bestuurlijke reactie dat, in elk geval bij geïndividualiseerde besluiten, doorgaans kan worden verwacht: het bestuur kiest *zelf* eieren voor zijn geld!¹¹

Ook is er de charme van de externe consistentie van Twan Taks model. Allereerst is er de verwantschap met het systeem van art. 6 EVRM en van de beoordeling door de burgerlijke rechter van vorderingen uit onrechtmatige daad – in alle gevallen is subjectieve rechtsbescherming de focus.¹² Het buiten beeld laten van de objectief-normatieve, abstracte rechtshandeling *erga omnes* sluit aan bij de rechtspraak inzake toetsing van algemeen verbindende voorschriften¹³ en de (eveneens door Twan Tak aangehaalde) rechtspraak inzake beroepen tegen tentamenuitslagen (art. 7:61 Whw – ook deze betreffen alleen de individuele uitslag).¹⁴

6 EXCEPTIEVE TOETSING EN FORMELE RECHTSKRACHT

Nog niet geheel helder zijn voor mij de samenhangende ideeën van een exceptieve toetsing in subjectieve rechtsbescherming met formele rechtskracht van het in bestuurlijke heroverweging getoetste objectief-abstracte bestuursbesluit.¹⁵

Voor de vraagtekens die ik hierbij plaats, is het handig om uit te gaan van het door Twan Tak gepresenteerde model van het (procesrechtelijk) onder-

10 Zie Tak 2005, p. 1245-1246.

11 Notabene, mijn onder 2 genoemde bedenking betrof niet alleen, maar wel m.n. meerpartijenbesluiten.

12 Waarbij ik met Twan Tak van oordeel ben dat laatstgenoemde conformiteit niet inhoudt dat de subjectieve rechtsbescherming tegen overheidsgedragingen nu maar aan de burgerlijke rechter moeten worden overgelaten. Een aparte bestuursrechtelijke kamer bij de gewone rechter (volgens het overigens normale spoor van beroep, hoger beroep en cassatie) lijkt ook mij uit een oogpunt van vakspecialisatie meer passend.

13 Twan Tak wijst terecht op de lijn ingezet met het *Varkensmesterarrest* (HR 18 januari 1990, in: P.J.J. van Buren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Riddershoven (red.) *AB klassiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2003, nr. 25).

14 Tak 2005, p. 1247, nt. 5538 en voorts op p. 1252.

15 Tak 2005, p. 1250.

scheid tussen enerzijds *titelbesluiten*, gericht op gezagsuitoefening (ieder besluit waarmee een wettelijke bestuursbevoegdheid – ‘een heel publiekrechtelijk rechtsregiem’ – primair wordt geactiveerd) en anderzijds *vaststellingsbeslissingen*, gericht op regeling van de gevolgen voor individuele burgers (eventueel meerdere, zelfs tegenover één persoon en voorts in meerdere vormen, eventueel wel wederkerig).¹⁶

Het titelbesluit zelf is *immuun* voor rechterlijke toetsing. Vernietiging *erga omnes* reikt immers veel verder dan het persoonlijke belang van de individuele appellant reikt. Of, ook in de woorden van Twan Tak: *het titelbesluit “..verdraagt staatsrechtelijk geen rechterlijke correctie.”*¹⁷ In deze modellering wordt het titelbesluit een *acte detachable*¹⁸ die enkel in een procedure tot bestuurlijke heroverweging ten principale op rechtmatigheid en doelmatigheid kan worden onderzocht, met mogelijk de Raad van State als hoogste instantie. De vaststellingsbeslissingen betreffen de beoogde en niet-beoogde¹⁹ gevolgen van het titelbesluit, waarover de rechter uit een oogpunt van subjectieve rechtsbescherming kan oordelen. Het titelbesluit zelf kan door deze actie niet worden geraakt, maar wel kan de effectieve toepassing ervan worden gefrustreerd – zoals door buiten toepassingverklaring in het geval van appellant. Omdat de vaststellingsbeslissingen zijn toegesneden op de subjectieve rechtsgevolgen, ziet Twan Tak voor de algemeen belangactie enkel in de objectief-abstracte procedure ruimte en beslist *niet* in die van subjectieve rechtsbescherming – hetgeen mij consistent voorkomt.²⁰ Dit sluit tevens aan bij het uitgangspunt dat bij de subjectieve rechtsbescherming het *égalité*-beginsel leidend is.²¹

In het oorspronkelijke beeld van het *moment X* was er sprake van een procedurele splitsing. Voor het *moment X* heerste het *contentieux objectif*, gericht op de totstandkoming van een recht- en doelmatig titelbesluit. Na het *moment X* (van vaststelling en bekendmaking van het titelbesluit) neemt het *contentieux subjectif* een aanvang, met de mogelijkheid van rechterlijke toetsing op basis van een (slechts) door belanghebbenden (ontvankelijk overeenkomstig art. 6 EVRM) in te stellen actie, uitmondend in uitspraken met een ‘individu-gebonden werking’, zoals een buiten toepassing laten van het titelbesluit.²²

Het principiële onderscheid tussen beide procedures, de onafhankelijkheid van elkaar, weegt volgens Twan Tak zwaarder dan de volgtijdelijkheid (zoals voorgesteld ‘voor en na het moment X’).²³ Die onafhankelijkheid heeft echter wel een belangrijk ‘schakelpunt’, namelijk het uitgangspunt dat aan de uit-

16 Een en ander wordt door Tak 2005, aangekondigd op p. 1241 en uitgewerkt op p. 1252-1253.

17 Tak 2005, p. 1241.

18 Tak 2005, p. 1244.

19 Tak 2005, p. 1242.

20 Tak 2005, p. 1251.

21 Tak 2005, p. 1246.

22 Tak 2005, p. 1243.

23 Tak 2005, p. 1250.

spraak van de Raad van State, als veronderstelde hoogste instantie van bestuurlijke heroverweging, 'formele rechtskracht' toekomt, zij het slechts voor zover het gaat om het objectieve oordeel over het besluit.²⁴ Het titelbesluit lijkt juist met dit juridisch versterkte gezag van de hoogste bestuurlijke heroverweging op zowel doelmatigheid als rechtmatigheid zijn onaantastbaarheid te verwerpen.

Aansluitend volgt de redenering van het exceptief verweer. Bij het zoeken van subjectieve rechtsbescherming inzake de vaststellingsbeslissingen met betrekking tot de beoogde en niet beoogde rechtsgevolgen van het objectief-normstellende 'titelbesluit', kan de rechter geroepen worden om laatstgenoemd besluit exceptief te onderwerpen aan een rechtmatigheidstoets. Als de Raad van State het titelbesluit echter reeds rechtmatig (en doelmatig) bevond, lijkt Twan Tak, gezien het bovenstaande, de formele rechtskracht daarvan voorop te willen stellen. De rechter in subjectieve rechtsbescherming komt daarmee – in beginsel – geen oordeel meer toe over de rechtmatigheid van het titelbesluit.

Uiteraard roept dit vragen op, met name of mag worden aangenomen dat de Raad van State in dit model ambtshalve aan alle criteria voor rechtmatigheid toetst. Dit lijkt waarschijnlijk, omdat de Raad van State 'objectief toetst' (als *recours objectif*), maar voorstelbaar is nog dat in het 'Takkiaanse model' door de Raad van State enkel zou worden getoetst aan rechtmatigheidscriteria die relevant zijn met het oog op objectieve rechtsvorming in abstracto?²⁵ Zo ja, dan moet een zo eensluidend mogelijke interpretatie van ambtshalve toetsing en van het objectieve of subjectieve karakter van criteria voor rechtmatigheid zijn gewaarborgd – omdat formele rechtskracht anders een beperking van subjectieve rechtsbescherming tot gevolg kan hebben.

Vanzelfsprekend rijst aansluitend de vraag of wij met deze opzet kunnen komen tot een efficiënt en effectief bestuursproces. Het lijkt er immers op dat zich een stapeling en/of samenloop kan voordoen van drie procedures:

- a. objectief-abstract, leidend naar een hoogste volledige bestuurlijke heroverweging (door de Raad van State);
- b. subjectief-concreet bij de bestuursrechter met het oog op vaststellingsbeslissingen;
- c. subjectief-concreet bij de burgerlijke rechter, als bij een geschil tussen burgers de rechtmatigheid van het handelen van één van hen moet worden

24 Tak 2005, p. 1245.

25 Dat is thans geen gebruikelijk onderscheid maar een dergelijke meer genuanceerde visie op criteria is theoretisch goed voorstelbaar en kan in het 'hybride model' ook worden bevorderd.

bepaald in het licht van de rechtsgeldigheid van het titelbesluit en of van verschillende vaststellingsbeslissingen.²⁶

Het komt mij voor dat het gesuggereerde model slechts efficiënt kan zijn (en toch effectief kan blijven) als, om te beginnen, het *contentieux objectif* in de fase na het nemen van een titelbesluit hooguit bestaat uit één bestuurlijke heroverweging. Die stap zou automatisch kunnen worden ingezet op het moment dat subjectieve rechtsbescherming wordt gevraagd (een aansluiting bij de bekende uitzonderingen van art. 7:1 Awb is goed voorstelbaar). Daarnaast zou ik, na de bestuurlijke heroverweging, ook als deze door (of onder toezicht van) de Raad van State zou geschieden, aan het finale en onaantastbare titelbesluit *geen* formele rechtskracht in de gebruikelijk zin van het woord toe willen kennen. Wel formele rechtskracht in de zin van het laatste *bestuurlijke* woord over de wenselijke objectief-abstracte norm zelf,²⁷ maar geen formele rechtskracht in de zin van een prohibitief voor exceptieve toetsing door de rechter in een procedure tot subjectieve rechtsbescherming. Het gezag van het objectieve bestuursbesluit rust wat mij betreft louter op de institutionele legitimatie van het bestuur zelf en aan bevestiging daarvan via formele rechtskracht in de gebruikelijke procesrechtelijke betekenis van de rechterlijke taakafbakening zou ik geen behoefte hebben.²⁸ Een uitgebreid opgetuigde objectief-contentieuze procedure zou daarom gewoon niet nodig zijn – en van de weeromstuit zouden bestuursorganen wellicht nog beter gaan investeren in non-contentieuze procedures.

7 ÉGALITÉ

Zeker is, dat voor Twan Tak ook in de subjectief-concrete rechtsbescherming het gehele juridische kader relevant is, zij het dan slechts exceptief toepasbaar – enkel in de consequenties voor de appellant.²⁹ Voorts is mijn indruk dat de subjectieve rechtsbescherming, in elk geval op één punt, gepaard gaat met toetsing aan een ander criterium voor rechtmatigheid dan bij objectief-abstracte toetsing, te weten wat betreft het *égalité-beginsel*. Of een titelbesluit leidt tot een onevenredige verdeling van publieke lasten is, zo zou men kunnen oordelen, geen zaak van objectief-abstracte rechtsvorming. Voor Twan Tak gaat de betekenis van het *égalité-beginsel* zelfs nog een stap verder, aangezien hij stelt

26 Zoals in het geval van het door Schreuder-Vlasblom en Tak besproken voorbeeld van de bouwvergunning resp. het bouwverbod (de burgerlijke rechter zal een door de 'buurman' gevraagd bouwverbod moeten baseren op de rechtspositie van de buurman, hetzij op de rechtsgeldigheid van het titelbesluit...).

27 Een laatste woord dat in de procedure van subjectieve rechtsbescherming ook – in beginsel – moet worden afgewacht, vooraleer te redenen in de toetsing van vaststellingsbeslissingen.

28 Tijdens het debat op de studiemiddag konden Twan Tak en ik het op dit punt eens worden.

29 Tak 2005, p. 1251.

dat de belangrijkste norm voor de subjectieve rechtmatigheid ligt bij het égalité-beginsel.³⁰

Zo beschouwd kunnen we aannemen dat, formele rechtskracht of niet, de rechtmatigheid van het titelbesluit eenvoudig niet relevant is voor de toetsing door de rechter (in het kader van subjectieve rechtsbescherming) aan het égalité-beginsel.³¹

Ik kan me daar goed in vinden. Daarvoor sluit ik aan bij de onderscheiding tussen algemene en bijzondere belangen³² en de bijbehorende (maar eveneens te onderscheiden) afwegingen. In het algemeen belang is het bestuur allereerst gehouden om algemene belangen onderling af te wegen (tegen elkaar – bijvoorbeeld van natuurbehoud tegen een goede vervoersinfrastructuur), zodat duidelijk wordt welk offer omwille van een bepaald algemeen belang mag worden gemaakt in andere algemene belangen. Deze afweging speelt op regelgevend, maar zeker ook op (discretionair) beschikkend niveau. Daarnaast moet er een afweging worden gemaakt van te behartigen algemene belangen tegen bijzondere belangen. Nu gaat het om de mate waarin deze behartiging zijn grens vindt in aantasting van bijzondere belangen.³³ Bij deze en bij de voorafgaande afweging is essentieel dat deze in abstracto geschiedt: er wordt een norm (van maximaal toelaatbare inbreuk op andere algemene of op bijzondere belangen geformuleerd die herhaald toepasbaar is – dit zijn de afwegingen die thuis horen in het domein van het titelbesluit, lees in het domein van politiek-bestuurlijke keuzes die primair institutioneel gelegitimeerd worden (doordat zij voortkomen uit een bestuurlijke organisatie waarin democratische legitimatie geacht wordt voldoende te zijn verankerd).

Rest de beoordeling – ik zou de term afweging hier *beslist* niet willen gebruiken – van het resultaat van beide voornoemde afwegingen, gelet op de mate waarin de gevolgen van het ‘in het algemeen belang’ genomen titelbesluit, vervat in één of meer vaststellingsbeslissingen, een onevenredige verstoring teweeg brengen in de gelijkheid voor de publieke lasten. Het égalité-beginsel ziet – kortom – op een andere verhouding, namelijk niet op die tussen algemene en algemene of tussen algemene en bijzondere belangen, maar ‘slechts’ op die tussen bijzondere belangen, naar de mate van het geraakt zijn door overheidsgedragingen.

Het titelbesluit wordt m.a.w. geacht in het algemeen belang te zijn genomen – en mag (zoals eerder, onder 3, aangegeven) slechts zijn gemotiveerd door de wens algemene belangen te behartigen (en niet ter – concrete – bevoor-

30 Tak 2005, p. 1246.

31 Als het titelbesluit in bestuurlijke heroverweging wordt ingetrokken of vernietigd komen we aan deze toetsing aan het égalité-beginsel natuurlijk niet meer toe...

32 Zie ook Tak 2005, p. 1240.

33 Bijzondere belangen die inhoudelijk niet samenvallen met het algemeen belang (zoals het algemeen milieubelang kan samenvallen met een bijzonder milieubelang): de wel samenvallende belangen worden verondersteld te zijn gebaat bij behartiging van het corresponderende algemene belang.

of benadeling van bijzondere belangen). Twan Tak stelt in zijn boek dat het dienen of aantasten van bijzondere belangen slechts mogelijk is ‘in het betrachten van de evenredigheid die de overheid nu eenmaal altijd als algemeen richtsnoer voor al haar handelen in dienst van de gemeenschap heeft te betrachten’ (kortom van het *égalité*-beginsel).³⁴ Dit behoeft m.i. nog enig commentaar (ten behoeve van verdere gedachtewisseling).

8 AFWEGEN EN VERGELIJKEN

Moet bij de beoordeling van een eventueel intredende verstoring van gelijkheid voor de publieke last nog worden gekeken naar de benadeling van bijzondere belangen in abstracto? Ik meen van niet. De consequentie van het tegendeel zou zijn dat elke belastingmaatregel die niet de gehele bevolking gelijkelijk zou raken (daargelaten of dit is in ‘centen of procenten’) in strijd zijn met het *égalité*-beginsel. Soortgelijk zou ook de toekenning van subsidie, de toekenning van een uitkering of de verlening van een vergunning moeten worden opgevat als een schending van de *égalité devant les services publiques*.... Ik zie het veeleer zo, dat het hier precies gaat om de objectief-abstracte besluitvorming en over de *politiek-bestuurlijke keuze* inzake de verdeling van de vruchten van collectieve welvaart en collectief welzijn.

Hooguit zou, vanwege bijzondere omstandigheden in het concrete geval kunnen blijken dat de afweging in abstracto voor een individuele justitiabele onevenredig nadelige gevolgen heeft – iets dat zowel kan blijken bij regelgevende als bij beschikkende titelbesluiten.³⁵ Deze situatie laat zich vergelijken met de inherente afwijkingsplicht bij beleidsregels (vgl. art. 4:84 Awb). Juist door toedoen van de bijzondere omstandigheid (in een aspect van het geval dat niet in de objectieve termen van de afweging van belangen is betrokken)³⁶ ontstaat een ongelijkheid die tot bestuurscompensatie aanleiding kan geven – al speelt hier nog wel een causaliteitsvraag (betreft het geen bijzondere omstandigheden die naar algemeen maatschappelijk inzicht voor eigen rekening van de benadeelde komen?). Anders dan bij beleidsregels, zou de consequentie hier niet hoeven zijn dat het titelbesluit als gevolg van deze ‘bijzondere onevenredigheid’ wordt aangetast!

Voor een goed begrip zij opgemerkt dat het proportionaliteitsbeginsel en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel³⁷ specifiek slaan op de belangenafweging (resp. wegen de voordelen van het titelbesluit zwaarder dan de nadelen

34 Tak 2005, p. 1241.

35 HR 18 januari 1992, AB 1992, 241 (*Varkensmester of Swill*) en ABRvS 12 januari 1982, AB 1982, 299 (*Paul Krugerbrug I*).

36 Vgl. ABRvS 10 juli 2002, JB 2002, 245.

37 Beide beginselen worden wel beschouwd als verbijzonderingen van het ‘evenredigheidsbeginsel’ van art. 3:4 lid 2 Awb; naast het *égalité*-beginsel dat eigenlijk niet in de ‘formule’ van dit artikellid past.

en zijn de nadelen in de belangen waarvan het bestuur zich rekenschap moet geven zo klein mogelijk?). Deze maatstaven wijzen op een afweging in abstracto en zijn m.i. niet relevant voor de beoordeling van de effecten van een titelbesluit (als blijkend uit een of meer vaststellingsbeslissingen) op de gelijkheid voor de publieke last.³⁸

Het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van materiële rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel, kortom de overige materiële a.b.b.b. (naast het *égalité*-beginsel en de andere voornoemde evenredigheidsmaatstaven), kunnen zeer natuurlijk worden begrepen in de context van *égalité*. Crux is dat in alle relevante gevallen een concrete schending van deze beginselen zich laat duiden als een onevenredige ongelijkheid voor de publieke lasten. Belangrijk is vooral dat 'onevenredig' – in het kader van het 'égalité-beginsel' – niet wordt begrepen als een grondslag voor marginale toetsing. Het gaat er niet om dat het nadeel 'echt ernstig' moet zijn (al moet de schade wel juridisch significant zijn) of dat er een bestuurlijke discretie in het geding is die door de rechter moet worden gerespecteerd (resp. die niet in alle merites juridisch is genormeerd), maar het gaat er enkel om dat er een (nadelige) ongelijkheid is.

Ergo; elke schending van rechtsregels die een concrete relatieve benadeling als gevolg heeft is in de sleutel van het *égalité*-beginsel inpasbaar. De concreetheid van vaststellingsbeslissingen impliceert dat (ook) een in exceptieve toetsing gebleken gebrek in het objectief-abstracte titelbesluit, hoewel als zodanig '*erga omnes*' onrechtmatig, door de daaruit voortvloeiende concrete onrechtmatigheid *jegens* de adressaat van de bijbehorende vaststellingsbeslissing, geldt als een concrete onrechtmatigheid, die klager in een ten opzicht van andere justitiabelen ongelijke, meer nadelige positie plaatst.

Conclusie: ja, het *égalité*-beginsel regeert bij de rechtelijke toetsing van vaststellingsbeslissingen. Dat impliceert geen juridisch beperkte rechtmatigheidstoets, maar een bevestiging van het karakter van een *contentieux subjectif* (ook in negatieve zin omdat het de – objectieve – afwegingen van belangen als gefinaliseerd aanneemt).

9 HET PROCES

Resteren enkele procesrechtelijke consequenties van het 'Takkiaanse' model, in het bijzonder wat de 'relatief rechtmatige daad' (*ergo* de toepassing van het *égalité*-beginsel) betreft.

Procesrechtelijk biedt de splitsing tussen het titelbesluit en de vaststellingsbeslissingen m.i. een heldere oplossing voor de contrasterende dogmatiek van

38 Voor de toepassing van het beginsel van 'de minste last' oogt dit wellicht vreemd, maar de essentie ligt toch in het abstraheren van de individueel-persoonlijke factor: geven de omstandigheden in abstracto aanleiding tot een bijstelling waarbij met de individuele belangen meer rekening moet worden gehouden?

burgerlijke(e) recht(er) en bestuursrechter. Alle afhandeling van verzoeken/vorderingen tot bestuurscompensatie vinden plaats in het kader van de beoordeling van vaststellingsbeslissingen; een afhandeling als onzelfstandig schadebesluit – ex art. 8:73 Awb – past niet, aangezien we daarmee, als ik het goed zie, zouden aanhaken op de rechtsgeldigheid van het titelbesluit. Als een vaststellingsbeslissing onvoldoende blijkt geeft van het zich rekenschap geven van gelijkheid voor de publieke last, zal *deze* beslissing subjectief onrechtmatig worden bevonden. De rechter kan vervolgens, uit hoofde van de geconstateerde onrechtmatigheid, kunnen besluiten zelf schadevergoeding toe te kennen (voorzover de vaststellingsbeslissing tekortschiet in het recht doen aan de rechtspositie van eiser).

Schending van het *égalité*-beginsel geeft thans in de onderlinge rechterlijke taakafbakening problemen omdat – kortgezegd – de burgerlijke rechter in een (impliciet of expliciet) bestuursrechtelijk rechtmatig schadeveroorzakend besluit, gegeven de leer van de formele rechtskracht, niet de titel van onrechtmatigheid kan 'lezen' die civielrechtelijk is benodigd om een verbintenis tot schadevergoeding aan te nemen.³⁹

Bestuursrechtelijk kon schending van het *égalité*-beginsel worden afgehandeld nadat het schadeveroorzakende besluit (eigenlijk objectief) rechtmatig was bevonden,⁴⁰ civielrechtelijk liep dit spoor echter dood.⁴¹ Omdat in het model van Twan Tak de beoordeling van vorderingen tegen de overheid (zoals ter zake van een beweerdelijk onrechtmatige benadeling door een onrechtmatige vaststellingsbeslissing) geheel en exclusief is opgedragen aan de (subjectieve) bestuursrechtspraak, is deze 'dogmatische gelijkschakeling' tussen civielrecht en bestuursrecht eigenlijk slechts academisch gezien 'winst'. Overigens sluit de benadering van de Hoge Raad inzake afdoening van vorderingen uit hoofde van schending van het *égalité*-beginsel, te weten – kortgezegd – dat dit, indien mogelijk, over wordt gelaten aan de bestuursrechter, goed aan bij het Takkiaanse model. De werkelijke verschuiving geldt de gevallen waarbij het beroep op *égalité*-beginsel is gelegen in schade veroorzaakt door feitelijk handelen.

Wat betreft schade veroorzaakt door feitelijk overheidshandelen zal in het model van Twan Tak de bestuursrechter (exclusief) subjectieve rechtsbescherming gaan bieden. De basis hiervoor zal liggen in de beslissing op een verzoek om schadevergoeding of in een ambtshalve beslissing tot toekenning van schadevergoeding. De bestuursrechter kan hierover een rechtmatigheidsoordeel geven. In voorkomende gevallen leidt dit tot een exceptieve toetsing van onderliggende titelbesluiten en (eventueel) met daarmee verbonden vaststellingsbeslissingen (denk aan handhavingsbesluiten/beslissingen).

39 HR 6 december 2002, JB 2003, 3 (*De kabouter*).

40 ABRvS 12 november 2003, JB 2004, 12 (*Straatprostitutie Heerlen*).

41 Zie noot 39.

10 TEN SLOTTE

Daarmee ben ik aan het slot van dit commentaar. Voor de lezer zal duidelijk zijn dat ik het bestuursrechtelijk gedachtegoed van Twan Tak nog steeds ervaar als inspirerend en daarmee in hoofdzaken en vertrekkend vanuit het materiële bestuursrecht goed kan werken. De belangrijkste bedenking van het model ligt m.i. bij de component van de formele rechtskracht verbonden aan een uitgebreide bestuurlijke procedure tot heroverweging van titelbesluiten. Dat lijkt mij voor het contentieus bestuursproces complex en eigenlijk ook niet echt nodig om het overheidsgezag van de titelbesluiten te kunnen vestigen.

Rest de bedenking die ik ten tijde van mijn proefschrift aanvoerde: de eenheid van besluit(vorming). Juist in mijn reactie op de formele rechtskracht en (al te uitgebreide procedure) van bestuurlijke heroverweging ligt een uitdaging om het objectieve non-contentieuze proces beter te benutten. Bij een voldoende scherpe scheiding in termen van belangenafweging versus toepassing van het *égalité*-beginsel zit, ten slotte, voor mij voldoende zekerheid dat de behartiging van *het* algemeen belang resp. de objectieve bescherming van bijzondere belangen niet via 'aflaten' kan worden (af)gekocht.

7 | Two worlds: how to make the best of it?
Over enkele kernthema's in het werk van
prof. mr. A.Q.C. Tak

Jaap Polak[■]

1 INLEIDING

Tak bepleit een geheel ander systeem van rechtsbescherming dan in de Awb besloten ligt, terwijl mijn benadering steeds is om te bezien of het bestaande systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan worden verbeterd. In mijn ogen is het huidige systeem op wezenlijke onderdelen een beter systeem dan we voor 1994 (inwerkingtreding van de Awb), respectievelijk voor 1976 (inwerkingtreding van de wet-AROB) hadden en is het bovendien praktischer om te bezien hoe daarin verbeteringen kunnen worden aangebracht dan een *mission impossible* te bepleiten, zoals Tak in mijn ogen doet. Hoewel ik wel bewondering¹ heb voor de consequentheid waarmee hij zijn opvattingen uitdraagt en ook voor de 'doordenking' van dat andere systeem in een omvangrijk en in vele opzichten interessant oeuvre, zal ik hieronder toelichten waarom er naar mijn opvatting niet verstandig aan gedaan zou worden om zijn gedachtegoed over te nemen en tot positief recht te maken. Het komt er op neer dat het door Tak bepleite systeem van rechtsbescherming naar mijn oordeel slechter scoort op de voor een goed systeem van rechtsbescherming tegen de overheid wezenlijke (en niet slechts als praktisch te kwalificeren)² punten: de toegankelijkheid van het systeem voor rechtzoekenden, de mogelijkheid tot beoordeling en afweging van verschillende deelbelangen door de rechter en diens instrumentarium. Dat hoop ik te verduidelijken door bespre-

■ Prof. mr. J.E.M. Polak is hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

1 Die heb ik overigens niet voor alle op personen betrekking hebbende kwalificaties en aanduidingen waarvan zijn laatste boek (A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, tweede geheel herziene druk, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005) er vele kent (en die ook mijzelf ten deel vallen). Mijns inziens doen deze afbreuk aan zijn werk. Ik laat dat hier verder rusten en richt mij op de inhoud.

2 In deze definitieve versie van mijn bijdrage heb ik naar aanleiding van de reactie van Tak op 3 maart jl. de tevoren geschreven bijdrage enigszins bewerkt, zoals past bij de opzet van de organisatoren. Zo is aandacht besteed aan zijn mijns inziens onterechte reactie die erop neer komt, dat mijn bezwaren slechts van praktische en niet van principiële aard zouden zijn, door nog meer dan in de vorige versie van dit referaat te wijzen op de nadelen van het systeem van Tak voor de toegankelijkheid van de rechtsbescherming voor de burger en de mogelijkheid voor de rechter tot een adequate weging van alle relevante belangen.

king van enkele hoekstenen van het gedachtegoed van Tak. In de eerste plaats ga ik in op de aanval van Tak op de schorsings- en vernietigingsbevoegdheid van de bestuursrechter in combinatie met de door hem bepleite afschaffing van het besluitmodel; nadat ik van zijn ideeën op dat punt afstand heb genomen betrek ik daarbij de vraag of er misschien in het zogenaamde 'niet-orderende bestuursrecht' wel plaats voor zijn opvatting op dit punt zou kunnen zijn. Daarna ga ik in samenhang met het vorige punt in op zijn opvattingen over schadevergoeding bij rechtmatige daad op grond van het *égalité*-beginsel. Ten slotte wil ik ook nog een enkele opmerking maken over Taks opvattingen over 'overheid en het privaatrecht'.³

2 VERNIETIGING EN SCHORSING

Eerst dus over de kritiek van Tak op de wijze waarop het systeem van rechtsbescherming in Nederland bij de bestuursrechter is opgezet. Hij richt daarbij zijn pijlen vooral op de vernietigings- en schorsingsbevoegdheid van de bestuursrechter. Deze *erga omnes*-bevoegdheden zou de bestuursrechter niet moeten hebben. Vanuit het idee van de machtenscheiding komt de rechter niet de taak toe besluiten die jegens een ieder werken de rechtskracht te ontnemen, wat aan de orde is wanneer hij een besluit vernietigt of schorst. De rechter zou zich moeten beperken tot het redresseren van de gevolgen van besluiten voor individuen die bij hem rechtsbescherming zoeken. Als ik het goed begrijp komt het er in Taks ogen op neer dat juist doordat de bestuurs-

3 Het notenapparaat bij dit referaat is beperkt. Dat heeft onder meer te maken met de aard van dit stuk, waarin mijn persoonlijke opvattingen over Taks gedachtegoed worden weergegeven. Waar wordt ingegaan op Taks opvattingen is ook maar sporadisch naar de vindplaatsen verwezen, maar men kan deze nalezen in zijn in noot 1 genoemde boek en verschillende andere bekende publicaties van zijn hand, zoals *Overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1997, en 'Overheid en Burgerlijk Wetboek. Naar een invullende rechtsleer', *R&K* 1993, p. 174-190; Wie meer uitgebreid toegelicht en gedocumenteerd wil nalezen hoe ik over de in deze bijdrage besproken thema's denk kan elders terecht: zie vooral *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999; en (samen met W. den Ouden) *Harmonisatie van bestuursrecht, de verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland*, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Deventer: Kluwer 2004; en het veel anderen geschreven rapport van de commissie Rechtsbescherming van de VAR, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004. De twee eerst genoemde publicaties laat Tak in het in de vorige noot aangehaalde boek onbesproken; wel wordt daarin ten onrechte een VAR-preadvies uit 1999 aan mij toegeschreven, vermoedelijk is bedoeld dat van N. Verheij, 'Een eigen recht(er)', in: A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn*, Alphen aan de Rijn: Samson 1999. In mijn ogen een mooi stuk, dus dat vind ik niet erg; ten onrechte wordt echter in noot 1576 een wel door mij geschreven stuk in *Trema* aan mijn naamgenoot J.M. Polak toegeschreven. Een omvangrijk notenapparaat heeft ook zijn gevaren.

rechter zulke vergaande *erga omnes*-bevoegdheden heeft gekregen, de rechtsbescherming zou zijn uitgehold: omdat hij met een kanon op een mug moet schieten zou de bestuursrechter van zijn bevoegdheden veel minder gebruik maken dan wanneer het geval zou zijn geweest, wanneer hij de individuele rechtspositie van de burger werkelijk centraal zou stellen en zou kijken naar de gevolgen en vooral ook de onbedoelde gevolgen van besluiten voor die individuele burger. Door de toetsing van besluiten op de wijze waarop de bestuursrechter dat nu doet, blijven vooral de onbedoelde gevolgen van het besluit voor de individuele positie van de rechtsbescherming zoekende burger buiten beeld.

Toepassing van deze gedachtegang zou ons in de praktijk terugbrengen naar de tijd van voor de Wet-Arob, toen wij geen algemene bestuursrechtspraak met de mogelijkheid van schorsing en vernietiging kenden en de rechtsbescherming tegen vooral de provinciale en gemeentelijke overheid op veel grotere schaal dan thans het geval is een taak van de burgerlijke rechter was.⁴ De burgerlijke rechter had en heeft niet de bevoegdheid om overheidsbesluiten te schorsen of te vernietigen. Zoals de ook door Tak bewonderde⁵ Van der Hoeven in zijn mooie boek *De drie dimensies in het bestuursrecht* uiteenzet, vraagt het bestuursrecht nu juist om een 'eigen, op zijn speciale behoefte afgestemd, en aan de in dat verband te stellen eisen en waarborgen van gerechtigheid beantwoordend rechtsstel'.⁶ Het privaatrecht biedt, aldus Van der Hoeven, 'geen instrument voor de afweging van bestuurlijk tegenover particulier belang.' Het is niet voor niets dat hier in het werk van Van der Hoeven het woord 'instrument' valt. Het pleidooi van Tak om een uitspraak te doen die zich beperkt tot de vaststelling van de rechtsverhouding tussen de appellerende burger en de overheid in de te berechten aangelegenheid, roept bij mij en niet alleen bij mij, maar ook bijvoorbeeld bij (een andere Maastrichtse hoogleraar) Stroink een aantal vragen op. Het hangt immers veelal, zoals Stroink terecht opmerkt, af van de al dan niet van de rechtmatigheid van een besluit – dat Tak ongemoeid wil laten – of de belangen/rechten van de appellant op onrechtmatige wijze zijn geschonden.⁷ Ik zou graag de opvatting van Tak nog eens verduidelijkt zien aan de hand van concrete casusposities. Hoe bijvoorbeeld te oordelen over de in strijd met het bestemmingsplan verleende bouwvergunning? Deze mag dus van Tak niet door de rechter worden geschorst

4 Thans afgezien van de terreinen waar het Kroonberoep en de wet-BAB golden als ook de terreinen waar al wel specifieke bestuursrechtspraak gold, zoals in het sociale verzekeringsrecht, het ambtenarenrecht (met de Centrale Raad van Beroep als hoogste rechter) en de PBO-wetgeving (met het CBB als bevoegde rechter).

5 Zie pag. VII van het Voorwoord in Tak 2005, waar wordt gerept van de onvolprezen Van der Hoeven.

6 J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 225.

7 F.A.M. Stroink, *Kern van de bestuursrechtspraak*, 's-Gravenhage: VUGA 1997.

of vernietigd. Moet de buurman bij de rechter vorderen, dat de vergunning onrechtmatig wordt verklaard (want een dergelijk oordeel mag van Tak vermoedelijk wel, maar mag niet zover gaan dat de vergunning zelf wordt aangetast) en van de buurman dat hij onrechtmatig handelt als hij er gebruik van maakt? Dat vraagt van de buurman meer juridische formuleringskunst dan het schrijven van een 3-regelig bezwaarschrift met de stelling dat de bouwvergunning strijdig is met het bestemmingsplan en het verzoek aan de bestuursrechter om de vergunning in verband daarmee te schorsen, zoals in het huidige systeem voldoende is om te zorgen dat er niet gebouwd gaat worden. Of mag de rechter toch een gemeente verbieden toe te staan dat er gebouwd gaat worden? En als dat wel in het procesrecht van Tak is voorzien, impliceert dat dan niet dat de rechter feitelijk wel aan het besluit komt en wat is dan nog het wezenlijke verschil met de zoveel praktischer ogende schorsingsmogelijkheid? Of past een aan de gemeente gericht verbod niet bij het ongemoeid laten van het besluit? Wellicht moet dat verbod in zijn ogen gericht worden tot de vergunninghouder? En als dat zo is, hebben we dan eigenlijk nog wel te maken met rechtsbescherming tegen de overheid? De indruk bestaat dat bij Tak de nadruk ligt op de rechtsbescherming achteraf in de vorm van vergoeding van schade.

Ik zie gelet op deze vragen die ook op 3 maart 2006 door Tak niet zijn beantwoord een voor de burger gecompliceerder systeem dan het huidige, waarbij de rechtszoekende buurman wellicht niet alleen over meer formuleringskunst moet beschikken, maar misschien ook vaker niet genoeg heeft aan een procedure tegen de gemeente, maar ook een procedure tegen de buurman moet beginnen om met kans op succes het bouwplan tegen te houden. Niet alleen op het vlak van het instrumentarium van de rechter, maar ook op het in mijn ogen voor een goed systeem van rechtsbescherming zeer wezenlijke punt van toegankelijkheid zijn er dus grote bezwaren aan het systeem van Tak verbonden.

3 HET BESLUITENPROCESRECHT

Daarmee raken we aan een ander centraal bezwaar van Tak tegen het huidige systeem, namelijk het besluitenprocesrecht: Tak meent dat dat de rechtsbescherming van de burger bemoeilijkt, terwijl ik denk, dat het besluitenprocesrecht in ieder geval in het meerpartijen-bestuursrecht voor de rechtszoekende burger een aantal voordelen heeft. In verreweg de meeste bestuursrechtelijke zaken is het proces, doordat de inzet daarvan een besluit is, zodanig gestructureerd, dat het formuleren van gronden van bezwaar en beroep erdoor wordt vergemakkelijkt. Een systeem, waarbij de burger zonder een dergelijk object van geding moet beschrijven, waaruit zijn belangenschending bestaat en vermoedelijk dan vervolgens toch ook wat hij van de rechter wil, vergt al gauw aanzien-

lijk meer van de rechtszoekende burger dan het besluitenprocesrecht, waarbij het object van het geding, het aangevochten besluit een gegeven is. Dat maakt het nog steeds in het bestuursprocesrecht mogelijk om zonder verplichte rechtsbijstand te procederen. Ik weet wel dat niet alleen Tak maar ook anderen betogen dat het bestuursprocesrecht zo ingewikkeld is geworden, dat ook in het besluitmodel de rechtszoekende burger bijna niet meer zonder professionele rechtsbijstand kan, maar de praktijk is toch vaak anders. De rechtszoekende buurman in het hiervoor gegeven voorbeeld die ten strijde trekt tegen de bouwvergunning voor een door hem gewraakt bouwwerk op het naast gelegen perceel en die in beroep komt bij de bestuursrechter tegen (de ongegrondverklaring van zijn bezwaren tegen) de bouwvergunning en betoogt, dat het bestemmingsplan niet in acht is genomen, krijgt een volledige toetsing van de bestuursrechter van de betreffende bouwvergunning aan het bestemmingsplan zonder dat hij daarvoor professionele rechtsbijstand nodig heeft en bereikt – naar mijn ervaring veel meer dan Tak in zijn geschriften doet geloven – regelmatig verstrekkende resultaten. Indien het besluitenprocesrecht zou worden verlaten en daarvoor in de plaats het procesrecht op basis van Tak zou worden ingevoerd, denk ik dat de burger verder van huis is: hij zou zelf het object van het geding moeten aangeven, zijn vordering juist moeten formuleren, etc. etc. Uit mijn 22-jarige ervaring als advocaat weet ik dat het technisch gezien nog altijd een stuk ingewikkelder is om een goede dagvaarding met een goed petitum op te stellen dan om een beroepschrift tegen een besluit te formuleren, waarbij in ieder geval het dictum (vernietiging van het besluit) al een gegeven is en de omvang van het geschil (t.w. het besluit) ook al vanaf het begin vaststaat. Nu weet ik wel, dat de complexe dagvaarding hogere eisen stelt dan de verzoekschriftprocedure die Tak vermoedelijk voorstaat, maar het niet vaststaan van het object van het geding en wat van de rechter gevraagd wordt (want schorsing en vernietiging bestaan ook niet meer) zou het de burger zeker niet eenvoudiger maken.⁸ Ook ik zie de bezwaren van het besluitenprocesrecht (zie het rapport van de VAR-commissie rechtsbescherming), maar ik zou de oplossing niet willen zoeken in de afschaffing daarvan en het inruilen ervan voor een systeem, waarbij een dergelijk object verdwijnt, maar in het aanvullen ervan met meer processuele mogelijkheden. Ik verwijs naar het genoemde rapport, waarin wordt bepleit om het huidige systeem aan te vullen met een aantal verzoekschriftprocedures op terreinen, waar het besluitmodel niet of minder goed functioneert, zoals het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige besluitvorming. Die laatste aanvulling komt dus in de richting van wat Tak veel algemener bepleit. Het gaat dan om geschillen tussen burger en overheid, waar naar ik vrees professionele rechtsbijstand toch al nodig is en dus het belangrijke bezwaar in mijn optiek, dat die verzoekschriftprocedures gemiddeld genomen een grotere deskundigheid zullen vergen dan het beslui-

8 Op de kritiek dat zijn systeem voor burgers slecht toegankelijk lijkt is op de studiedag op 3 maart 2006 van Tak naar ik meen geen weerwoord gekomen.

tenprocesrecht, toch al aan de orde is en de bezwaren aan het besluitprocesrecht door de aard van de materie ook mijns inziens zeer klemt.

Het systeem zoals Tak dat voorstaat, is dus ook vanuit deze optiek een voor rechtzoekende burgers minder toegankelijk systeem. Ook de positie van derden zou er vermoedelijk erg onder lijden, wanneer het systeem van Tak zou worden ingevoerd. Na de inwerkingtreding van de wet-AROB in 1976 en de Awb in 1994 is die beter geregeld dan in het burgerlijk procesrecht, waarop rechtzoekende burgers voor 1976 waren aangewezen en waarop het partijenproces lijkt,⁹ zoals Tak dat voor de rechtsbescherming tegen de overheid voorstaat met een verzoekschriftprocedure naar het model van het EVRM. Het apart op de rechtsbescherming tegen de overheid toegesneden huidige systeem van rechtsbescherming is dan ook het resultaat van een in de vorige eeuw gevoerde strijd tegen de taaie weerstand die binnen de Nederlandse administratie bestond tegen een te gemakkelijk toegankelijk systeem van rechtsbescherming, omdat de vrees bestond dat het bestuur teveel zou worden gedwarsboemd.

4 NAAR THE BEST OF TWO WORLDS

Op terreinen als het schadevergoedingsrecht en de onverschuldigde betaling etc., de terreinen die door de VAR-commissie Rechtsbescherming het omringende bestuursrecht zijn genoemd, kan ook mijns inziens het besluitmodel derhalve niet goed functioneren. Daarnaast zou het ook mijns inziens goed denkbaar zijn het besluitmodel af te schaffen in delen van het bestuursrecht die niet ordenend van aard zijn en waarbij het er vooral om gaat rechtsreeks uit wettelijke voorschriften af te leiden financiële aanspraken van burgers vast te stellen. Daarbij doel ik bijvoorbeeld op het sociaal verzekeringsrecht, maar ook op het belastingrecht, dus tweepartijen- bestuursrecht van niet ordenende aard. Een bestuursprocesrecht, waarbij de appellant bij de bestuursrechter een door deze vast te stellen betalingsverplichting van de overheid jegens hem vordert, kortom een meer civiele benadering, zoals door Tak bepleit, laat zich daarbij goed denken. Zelf heb ik toch sterke aarzeling of op die terreinen van het besluitmodel moet worden afgeschaft. Veel verschil zal het juist op die terreinen voor de burger niet maken, behalve wellicht dat de termijnen in ons bestuursprocesrecht korter zijn dan wanneer we daar een meer civiele benadering op los zouden laten. Als dat het probleem is, zou het denkbaar zijn om

⁹ In zijn reactie stelt Tak dat ik kritiek zou hebben op het EVRM. Die reactie berust op onbegrip over mijn opmerkingen op dat punt: ik heb alleen willen zeggen dat het EVRM-procesrecht niet geschikt is als richtsnoer voor een bestuursprocesrecht dat in adequate rechtsbescherming tegen de overheid voorziet. Dat doet aan de waarde van het EVRM en de processuele mogelijkheden bij het EHRM niet af (zie hierna aan het slot van punt 7).

de termijnen op die terreinen ter verruimen. Een voordeel van het ook op deze terreinen handhaven van het besluitmodel is mijns inziens dat dat een voor de burger vrij overzichtelijk systeem geeft en dat er ook vanuit een meer principieel oogpunt wel wat voor te zeggen valt om het bestuursrechtelijk systeem niet weer te gaan opdelen in verschillende procesrechten voor deze delen van het bestuursrecht en het wel ordenende bestuursrecht. Daarbij meen ik oprecht, dat de Awb met zijn op de eenheid van het vakgebied gebaseerde benadering voor de ontwikkeling van het vakgebied van het algemeen bestuursrecht juist heel heilzaam is (geweest). We hebben de afgelopen decennia een enorme bloei van ons vakgebied gezien, zowel wetenschappelijk als in de praktijk, waaraan de Awb die het hele terrein van het bestuursrecht bestrijkt mijns inziens heeft bijgedragen.¹⁰

Aldus zijn veranderingen in de richting zoals Tak die bepleit ook mijns inziens nodig op wat de VAR-commissie Rechtsbescherming als het omringende bestuursrecht beschrijft en denkbaar, maar in mijn ogen minder nodig en wenselijk in het niet ordenende tweepartijen bestuursrecht. Dan zou een situatie worden bereikt, waarbij de voordelen van het huidige systeem met de voordelen van het systeem zoals Tak dat voor ogen staat worden gecombineerd. De VAR-commissie sprak in dat verband over 'the best of two worlds'. Handhaving van het besluitmodel met de rechterlijke bevoegdheden van schorsing en vernietiging is in mijn ogen echter vooral van belang in het orderingsrecht, waarbij het bestuur bevoegdheden heeft met beoordelings- en beleidsvrijheid en we te maken hebben met verschillende partijen met veelal tegengestelde belangen. Daarbij doet zich de door Van der Hoeven genoemde behoefte aan een eigen op de behoefte van het bestuursrecht afgestemd bestuursrechtelijk instrumentarium erg gevoelen. Ik heb evenwel uit het werk van Tak de indruk, dat hij vindt dat het huidige systeem juist op die terreinen bezwaarlijk is, terwijl ik oprecht meen, dat de door Tak bepleite verandering van ons bestuursprocesrecht de toegankelijkheid van het systeem van rechtsbescherming op die complexe gebieden niet zou vergroten, maar zou verkleinen. Ik geloof daarbij dat de benadering van Tak ons (weer terug) lijkt te brengen bij een meer civielrechtelijke benadering van de rechtsbescherming tegen de overheid, waarbij de rechter de voor een doelmatig en duidelijkheid scheppend bestuursprocesrecht zo relevante instrumenten van vernietiging en schorsing worden ontnomen. Voor de rechtspraktijk lijkt daarbij vooral van belang dat het bestuursrecht op die terreinen wellicht nog meer dan andere rechtsgebieden om rechtszekerheid vraagt en dat een uitspraak van de bestuursrechter voor een bestuursbesluit ook voor derden duidelijkheid moet scheppen. Zonder de bestuursrechtelijke instrumenten van schorsing en vernietiging ligt dat

10 Dit is uitvoeriger beschreven in het in noot 3 genoemde preadvies voor de vereniging met de lange naam, zie vooral p. 15 en verder: 'De culturele evolutie van het bestuursrecht.'

moeilijker. Voorzover mij bekend, kennen de meer ontwikkelde buitenlandse rechtsbeschermingstelsels ook deze bevoegdheden.

5 STAATSRECHTELIJKE BEZWAREN?

In mijn visie is het staatsrechtelijk ook in het geheel niet onjuist aan de bestuursrechter de bevoegdheid te geven bestuursbesluiten te schorsen of te vernietigen. Het is immers één van de belangrijke pijlers van de rechtsstaat, dat het bestuur aan het recht gebonden is. Dat uitgangspunt vraagt om rechterlijke controle, waarbij over effectieve instrumenten wordt beschikt om, wanneer de overheid niet conform het recht heeft gehandeld, dat te kunnen redresseren. Het is de bestuursrechter die niet meer, maar ook niet minder moet doen dan op vordering van een individu, die meent dat het bestuur niet in overeenstemming met het recht heeft gehandeld, die bestuurshandeling zo effectief mogelijk te redresseren. Daartoe is de bevoegdheid van de bestuursrechter tot schorsing en vernietiging van overheidsbesluiten wellicht niet noodzakelijk, maar wel heel nuttig en praktisch. Het alternatief van Tak, dat eruit bestaat, dat de rechter niet kan bereiken dat een overheidsbesluit zelf wordt aangetast, lijkt mij minder effectief en omslachtig. Het besluitenprocesrecht biedt daarbij een goed kader voor een proces, waarin het bestuurshandelen, waarbij vele tegenstelde belangen aan de orde zijn op rechtmatigheid te toetsen. Een meer naar een twee partijen procesrecht neigend alternatief, zoals Tak dat naar ik begrijp voor ogen staat, biedt dat niet of minder. Tak lijkt daarbij (welbewust?) belanghebbenden die baat hebben bij overheidsbesluiten geen specifieke plaats te geven. In het besluitenprocesrecht ligt besloten dat de rechter ook de door het bestuurshandelen gediende belangen goed in beeld krijgt doordat derden, zoals vergunninghouders de gelegenheid moet worden geboden aan het geding deel te nemen. Tak lijkt door de belangenschending van de rechtszoekende burger als gevolg van overheidshandelen, los van de vraag of dat handelen zelf rechtmatig is centraal te stellen, de rechter het zicht op de belangen die door het bestuurshandelen worden gediend, te willen ontnemen. De kans op uitspraken die staatsrechtelijk niet deugen doordat de rechter een door het bestuur bij de afweging van de verschillende deelbelangen ten behoeve van het algemeen belang binnen de wettelijke mogelijkheden gemaakte beleidskeuze onmogelijk maakt, lijkt mij vergroot te worden. Tak wijst daarbij ten faveure van het door hem bepleite systeem op het EVRM, waarin de burger recht kan zoeken door de schending van de daarin genoemde rechten te stellen en niet gebonden is aan een besluitmodel of iets dergelijks. Ons systeem zou daarmee niet in de pas lopen. Ook dat argument overtuigt mij niet erg. Het EVRM-procesrecht moge voor de schending van de daarin genoemde rechten een goed systeem zijn, als opmaat voor een nationaal bestuursprocesrecht roept het nogal wat vragen op. Het is immers vooral gericht op genoegdoening van de rechtszoekende burger achteraf. Het komt bij mijn weten zelden of nooit

voor dat een bouwwerk moet worden afgebroken, doordat de rechter in Straatsburg schending van bijvoorbeeld artikel 6 EVRM constateert. De genoegdoening moet dan komen in schadevergoeding achteraf, het Straatsburgse Hof kan veel maar geen vergunningen schorsen of vernietigen.

6 DE NIET BEOOGDE BELANGSCHENDING DOOR BESLUITEN

Met het hiervoor gestelde ben ik nog niet ingegaan op wat naar het mij toeschijnt de werkelijke reden is voor Tak om te bepleiten dat de bestuursrechter deze bevoegdheden juist niet zou moeten hebben. Die reden is erin gelegen dat naar zijn oordeel juist het feit, dat de bestuursrechter zulke vérgaande bevoegdheden heeft gekregen, hem ervan zal afhouden om daarvan gebruik te maken, zodat de rechtsbescherming van de burger achterblijft bij de situatie dat hij deze bevoegdheden niet zou hebben ('het schieten met een kanon op een mug'). Deze benadering nu is alleen goed te begrijpen als men de burger ook steeds of in ieder geval vaak een aanspraak jegens de overheid wil geven als een overheidsbesluit op zichzelf wel rechtmatig is, maar een burger daardoor toch nadeel lijdt. Hoewel Tak het, voorzover ik weet, nergens zo heeft verwoord, komt het daar toch wel een beetje op neer, wanneer hij bepleit dat de rechter schending van de rechtspositie c.q. van de belangen van de burger als uitgangspunt bij de rechtsbescherming tegen de overheid zou nemen. Die benadering zou ik evenwel niet willen volgen. Vanuit het uitgangspunt dat in een democratische rechtsstaat het bestuur zolang het zich aan de wet en het recht houdt, in het maatschappelijk leven (en dus in het leven van daaraan deelnemende burgers) mag ingrijpen, heeft de burger dat bestuurshandelen in principe voor lief te nemen. Natuurlijk biedt het geldende recht daarbij ook bij rechtmatig bestuurshandelen bescherming, bijvoorbeeld wanneer het gaat om aantasting van eigendommen, maar ook daarbuiten, zoals geregeld in de Onteigeningswet, artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en tal van andere regelingen. Maar dat is nog iets anders dan dat ieder nadeel dat door overheidsingrijpen wordt ondervonden, tot compensatie zou moeten leiden. Ik zeg erbij, dat mij niet helemaal duidelijk is of Tak dat beoogt, maar een systeem dat uitgaat van het centraal stellen van de belangenschending van de burger, los van de vraag of dat een gevolg is van een rechtmatig besluit, tendeert wel in die richting. Wat daarvan het gevolg zou zijn is moeilijk te overzien, maar het is duidelijk, dat wanneer ieder nadeel ten gevolge van een overheidsbesluit tot een aanspraak leidt, dat zacht gezegd geen stimulans is voor op het algemeen belang gericht overheidsingrijpen of dramatischer gezegd onbestuurbaarheid met zich brengt, want leidt tot een situatie dat de overheid bij vrijwel ieder overheidsingrijpen tot compensatie moet overgaan. Dat laat natuurlijk onverlet dat men erover kan twisten, wanneer aanspraken, gebaseerd op rechtmatige overheidsdaden moeten worden gehonoreerd, maar dat compensatie van ieder nadeel ten gevolge van rechtmatig overheidshandelen in

een democratische rechtsstaat niet de regel moet zijn lijkt mij duidelijk. In mijn ogen is het zaak hier een goed evenwicht te vinden. Het systeem dat Tak beschrijft waarbij nadelen die burgers ten gevolge van overheidshandelen ondervinden in beginsel gecompenseerd lijken te moeten worden, is voor dat evenwicht niet bevorderend: mijns inziens zitten we in ieder geval niet te wachten op een te zeer een claimcultuur in de hand werkend systeem.¹¹

7 EGALITÉ DEVANT LES CHARGES PUBLIQUES

Daarmee zijn we geleidelijk aan bij het volgende door mij te bespreken onderwerp gekomen, dat van de schadevergoeding bij rechtmatige daad, waarvoor de grondslag thans vooral gezocht wordt in het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*. Hiervoor heb ik al het vermoeden uitgesproken, dat in het systeem-Tak de overheid veel sneller aansprakelijk zou moeten zijn dan thans het geval is. Als ik het goed zie, is een van zijn voornaamste bezwaren tegen het huidige systeem immers, dat door het vernietigingsberoep tegen besluiten feitelijke nadelen ten gevolge van die besluiten voor burgers veelal niet worden geredresseerd. Ons systeem gaat er inderdaad van uit, dat die feitelijke nadelen geacht worden bij de besluitvorming te zijn afgewogen, waarbij het *égalité*-beginsel als een soort sluitpost voor onevenredige schade functioneert wanneer het besluit rechtmatig is geoordeeld. Taks benadering is een andere: de gevolgen voor de burger moeten worden geabstraheerd van het besluit en als zij nadelig zijn, in beginsel worden gecompenseerd. Daarbij ziet hij voor het bepaalde in artikel 3:4 lid 2, waarin een evenredigheidsmaatstaf is neergelegd, een prominente rol weggelegd. Daarin zou het *égalité*-beginsel zijn gecodificeerd.

Om met het laatste te beginnen: inmiddels is wel duidelijk dat de rechtspraktijk een andere kant is opgegaan dan Tak bepleit. Aan Tak kan worden toegegeven, en hij onderkent dat ook, dat de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 3:4, lid 2 Awb aanknopingspunten biedt voor zijn stelling, dat daarin het *égalité*-beginsel is gecodificeerd. Maar zoals de tekst van het artikel ook al aangeeft, het gaat daarbij niet zozeer om het *égalité*-beginsel, maar om het tot de overheid gerichte verbod om een besluit of handeling te verrichten, waarbij de nadelen onevenredig zijn ten opzichte van de met het besluit te dienen doeleinden. Dat is – Tak onderkent dat ook – wat anders dan het

11 In zijn reactie stelt Tak dat ik de rechtsbescherming hierdoor niet centraal zou willen stellen. Ik meen dat dat niet uit mijn opmerkingen volgt. De opvatting dat in een sociale rechtsstaat het bestuur, mits vanzelfsprekend op een adequate wettelijke basis, in beginsel in het maatschappelijk leven mag ingrijpen laat onverlet dat men voor een uitgebreid systeem van rechtsbescherming kan zijn.

égalité-beginsel, waarbij het niet zozeer gaat om de verhouding tussen de nadelen van het besluit in verhouding tot de doeleinden van het besluit, maar de nadelen voor een beperkte groep burgers ten opzichte van de andere rechtsgenoten. De rechtspraktijk heeft – en dat is niet zo verrassend – zich uiteindelijk ontwikkeld in de richting, dat artikel 3:4, lid 2 een evenredigheidsmaatstaf conform de tekst inhoudt. Wordt nadeel geleden ten gevolge van een besluit door schending van die evenredigheidsmaatstaf, dan dient dat gesteld te worden in een procedure tegen dat besluit en niet los daarvan. Een besluit komt op die grond slechts voor vernietiging in aanmerking, wanneer de nadelen van het besluit onevenredig zijn in verband met de te dienen doeleinden. Daarnaast kan, ondanks dat een besluit derhalve niet voor vernietiging wegens artikel 3:4, lid 2 en ook overigens niet op grond van een ander beginsel voor vernietiging in aanmerking komt, toch aanleiding zijn voor vergoeding van égalité-schade. Égalité is derhalve op dit moment nog een ongecodificeerd beginsel, dat met zich brengt dat onevenredige schade, die een beperkte groep burgers in verband met een overheidsbesluit of –handeling lijdt, voor vergoeding in aanmerking komt (ondanks dat de handeling of het besluit rechtmatig is). Deze égalité-benadering lijkt verwantschap te vertonen met het systeem-Tak door, zoals Tak dat over de hele linie doet, van een niet aangetast (en dus rechtmatig?) besluit uit te gaan en toch een vergoedingsplicht mogelijk te achten. Toch heb ik sterk de indruk dat Tak als uitgangspunt neemt dat belangenschending, die het gevolg is van op zichzelf rechtmatige besluiten, geredresseerd moet worden als die door de burger als onevenredig wordt ervaren, terwijl aan het égalité-beginsel nu juist als uitgangspunt ten grondslag ligt dat deze niet vergoed moet worden, behalve wanneer het gaat om onevenredige schade voor een beperkte groep die buiten het maatschappelijk risico valt. Dat zijn zware criteria, zwaarder dan de eenvoudige als onevenredig ervaren belangenschending, die bij Tak centraal lijkt te staan.

Ook uit zijn bespreking van het arrest van de Hoge Raad inzake *Pannekoekhuis De Kabouter* van 6 december 2002 komt naar voren dat Tak een splitsing wenst aan te brengen tussen het besluit als rechtshandeling en de feitelijke gevolgen van dat besluit voor de individuele burger.¹² Naar zijn opvatting had de Hoge Raad zich wel vrij moeten achten een oordeel te geven over de vraag of schadevergoeding aan Pannekoekhuis De Kabouter geïndiceerd was, ondanks het feit dat De Kabouter niet bestuursrechtelijk was opgekomen tegen het schadeveroorzakende besluit. Dat de Hoge Raad dat niet gedaan heeft is in mijn opvatting een gevolg van het feit, dat het college nog altijd vasthoudt aan de gedachte dat ook schadevergoeding op grond van het égalité-beginsel in het burgerlijk recht geënt dient te zijn op artikel 6:162 BW, nu het Burgerlijk Wetboek geen andere basis kent. Nu het besluit, gelet op het onbenut laten

12 Zie Tak 2005, p. 1102, alwaar men ook voor verwijzingen naar dit arrest terecht kan.

van de bestuursrechtelijke rechtsgang tegen dat besluit voor rechtmatig moet worden gehouden, biedt artikel 6:162 BW geen basis voor De Kabouter om daartegen bij de burgerlijke rechter op te komen. Hier biedt de bestuursrechtelijke rechtsbescherming thans meer mogelijkheden. Het *égalité*-beginsel *sec*, dus zonder onrechtmatig besluit, geeft volgens de bestuursrechter mogelijkerwijs een aanspraak op schadevergoeding. In dit verband is het interessant om de bestuursrechtelijke procedure van Pannekoekhuis De Kabouter die nog niet is afgerond, te volgen. In het bijzonder in de zaak van de Heerlense tippelzone heeft de Afdeling bestuursrechtspraak duidelijk gemaakt, dat een geslaagd beroep tegen een apart bij het bestuursorgaan gevraagd schadebesluit terzake van *égalité*schade na een onherroepelijk en dus rechtmatig geworden schadetoebrengend besluit wel degelijk mogelijk is, zodat ik de ergernis van Tak, dat men voor dit soort schade nog steeds aangewezen is op de Paul Kruger-benadering, niet kan volgen.¹³ Wel dient dan voldaan te zijn aan de criteria van materiële en processuele connexiteit, maar daaraan zal juist in een situatie waarin een schadeveroorzakend besluit rechtmatig is geworden (hetzij doordat het in een bestuursrechtelijke procedure overeind is gebleven, hetzij doordat het daar onbestreden is gebleven), steeds voldaan zijn. Hier biedt dus de bestuursrechtelijke rechtsbescherming meer dan de civiele rechtsbescherming, wat men bij Tak niet terugvindt. In mijn optiek is het ook logisch, dat het leerstuk van de *égalité devant les charges publiques* zich verder vooral bij de bestuursrechter zal ontwikkelen. Dat leerstuk is toch bij uitstek publiekrechtelijk van aard.¹⁴ In het werk van Tak is er niet veel oog voor dat vooral in het laatste decennium de vergoedingen die in de bestuurspraktijk worden uitgekeerd op basis van *égalité*, veelal op basis van beleidsregels, waarin een

13 Zie Tak 2005, p. 1108 onderaan, waarin na uitvoerige beschouwingen wordt geconcludeerd, dat door dit arrest 'de oude en volstrekt in onbruik geraakte mogelijkheid van buitenwettelijke compensatie bij zogenoemd "onzuiver schadebesluit" (de "Paul Krugerbrugconstructie"), voor velen toch nog onverwacht, weer actueel en relevant is gebleken'. Die weg hoeft dus niet, de claim van Pannekoekhuis de Kabouter ligt nu bij de bestuursrechter in het kader van het beroep tegen een zuivere schadebeslissing, nadat het schadetoebrengende besluit onherroepelijk is geworden. Tak heeft de in de vorige noot genoemde uitspraak van 12 november 2003 over de Heerlense tippelzone op de bijeenkomst van 3 maart 2006 "een witte raaf" genoemd: een merkwaardige reactie, nu de Afdeling in die veel besproken uitspraak in aansluiting op al eerdere rechtspraak helderheid heeft geschapen over de vraag of een zelfstandig schadebesluit terzake van *égalité*schade na een onaantastbaar voor beroep vatbaar besluit mogelijk is. Nu de Afdeling die vraag eenduidig bevestigend heeft beantwoord, kan ik ook na lezing van Taks reactie niet begrijpen dat hij meent te kunnen volhouden dat *égalité*schade geleden door een voor beroep vatbaar besluit nog steeds via de benadering in de rechtspraak over de Paul Krugerbrug (dat is dus via een onzelfstandig schadebesluit) zou moeten worden verkregen. Wel is een probleem dat *égalité*schade die niet het gevolg is van een voor beroep vatbaar besluit en die ook niet op grond van een wettelijke of in beleidsregels vervatte nadeelcompensatieregeling kan worden verkregen, uitsluitend via een vordering bij de burgerlijke rechter mogelijk is. Dat probleem zou, zoals hier na wordt aangegeven, door de wetgever moeten worden verholpen.

14 Zie in dezelfde zin Van der Hoeven in Tak 2005.

procedure is neergelegd, aanzienlijk zijn toegenomen en dat het totale schadebedrag dat door de overheid jaarlijks wordt uitgekeerd in verband daarmee ongetwijfeld exponentieel is gestegen in verhouding tot bijvoorbeeld de jaren '70 die hij blijkens het Voorwoord bij zijn in noot 1 genoemde werk als de tijd ziet waarin het in het recht nog om de rechtsbescherming ging.¹⁵ De bestuurscompensatie is voor de praktijk nu van groter belang dan de schadevergoeding die wegens onrechtmatige besluitvorming wordt uitgekeerd. Tak is over het feit, dat er zo weinig schadebedragen wegens onrechtmatige besluitvorming worden uitgekeerd heel ontevreden en ziet daarin een wijziging van het rechtsbeschermingsklimaat. Ik denk evenwel dat ook vroeger vergoedingen wegens onrechtmatige overheidsdaad vrij sporadisch voorkwamen en dat vergeleken met toen de vergoedingen op grond van bestuurscompensatie/égalité in aantal en omvang exponentieel zijn toegenomen. Dat er juist gelet op het feit dat artikel 3:4, lid 2 Awb geen basis biedt voor schadevergoeding op grond van égalité, nog steeds geen algemene geschreven wettelijke basis is, is ook in mijn ogen een slechte zaak. Tak heeft dan ook een punt, waar hij opmerkt, dat artikel 1, eerste Protocol van het EVRM op dit moment een betere basis biedt voor de ontwikkeling van schadevergoeding bij rechtmatige daad dan enig nationaal geschreven regel.

8 NAAR WETTELIJKE ERKENNING VAN HET ÉGALITÉ-BEGINSEL

Het zou mij gelet op de vrij breed gedragen overeenstemming dat zo'n algemene wettelijke grondslag nuttig en nodig is, verbazen wanneer de studiec commissie onder leiding van Scheltema die bezig is te trachten een regeling te ontwerpen voor het overheids-schadevergoedingsrecht, niet met een voorstel komt om zo'n regeling in de Awb op te nemen, zodanig dat iedere afwijzing van die aanspraak als een publiekrechtelijk besluit zal moeten worden gezien. Dat betekent dat het betrekkelijk willekeurige onderscheid dat heden ten dage

15 Tak heeft dit beeld op de bijeenkomst op 3 maart 2006 weliswaar trachten te bestrijden, maar op dit punt meen ik oprecht dat hij er blijk van geeft een heel stuk rechtsontwikkeling te hebben gemist. Ik heb op die bijeenkomst in dat verband gewezen op de zeer vele nadeelcompensatieregelingen: de regelingen in verband met de uitbreiding van Schiphol, de Betuwelijn, de Noord-Zuidlijn in Amsterdam, de Nadeelcompensatieregeling Verkeer en waterstaat 1999 enz. enz. Wie enigszins met de bestuurspraktijk in Nederland vertrouwd is, is ermee bekend dat er thans een hele serie regelingen bestaat en dat er ook op betrekkelijk ruime schaal grotere en kleinere uitkeringen op basis van die regelingen worden gedaan. Ook de rechtspraak van de bestuursrechter laat zich niet onbetuigd, in welk verband ik heb gewezen op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 14 april 2004, *JB* 2004, 207, op grond waarvan een raffinaderij nadeelcompensatie in de orde van grootte van 11.000.000 euro moest worden toegekend. Zie daarover de Nijmeegse oratie van B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid*, Deventer: Kluwer 2005, i.h.b p. 3-5. Ingewonnen informatie leerde mij dat alleen het Schadeschap Schiphol alleen in het jaar 2005 vele miljoenen euro heeft uitgekeerd.

nog bestaat tussen gevallen waarbij geen beroep mogelijk is tegen een afwijzing om égalitéschade vergoed te krijgen en wel beroepbare égalitébesluiten terecht zal verdwijnen en dat de beoordeling van de égalitéschadevergoeding geheel tot de bestuursrechtspraak zal gaan behoren.¹⁶ Dat komt wellicht een beetje tegemoet aan de wensen van Tak en wellicht dat ook langs die weg de wereld van het huidige bestuursrecht en die van Tak wat dichter bij elkaar komen. Maar we moeten wel eerlijk zijn: het zal ongetwijfeld niet zo zijn, dat égalitéschade meer zal zijn dan schadevergoeding voor betrekkelijk uitzonderlijke gevallen. In mijn optiek terecht: ingrijpen door de overheid moet in beginsel door de burger worden geduld, wanneer dat op rechtmatige wijze geschiedt. Dat is uiteraard anders wanneer artikel 1, Eerste Protocol in het geding is of in samenhang daarmee aan de strenge Leffers-eisen is voldaan.¹⁷ Een benadering waarbij de rechter zoekend naar gerechtigheid in het concrete geval, zoals Tak dat beschrijft, bij vrijwel iedere belangenschending tot schadevergoeding zou overgaan, doet afbreuk aan de noodzaak dat in een sociale rechtsstaat de overheid geroepen is om in het algemeen belang ten behoeve van de gehele gemeenschap op grond van de haar toegekende bevoegdheden verstrekkend in te grijpen. Dat neemt niet weg dat ook ik van mening ben dat wij nog onvoldoende zicht hebben bij de beantwoording van de vraag wanneer schadevergoeding bij rechtmatige daad wel voor vergoeding in aanmerking komt. De strenge Leffers-criteria die ook door de Afdeling bestuursrechtspraak worden gehanteerd geven wel enig houvast, maar bijvoorbeeld weinig in situaties, dat een hele bedrijfstak bij de afweging van economische belangen en milieubelangen door de overheid wordt gesaneerd. Bij een strikte hantering van de égalité-criteria lijkt het zo te zijn dat die bedrijfstak niet zou moeten worden gecompenseerd, omdat die criteria slechts ruimte lijken te bieden voor

16 ABRvS 23 juli 2003, AB 2004, 275, m.nt. NV geeft een voorbeeld van een situatie dat bestuurscompensatie deels langs bestuursrechtelijke weg verkregen was (via de WTS), maar deels niet langs die weg kon worden verkregen, omdat er geen wettelijke basis voor was. Verheij concludeert in zijn noot dat ingrijpen van de wetgever nu onvermijdelijk is.

17 Met het Leffersarrest doel ik op hetgeen Tak het Varkensmesterarrest noemt en dat dateert van 18 januari 1991. Tak suggereert in zijn werk steeds dat dat arrest blijk geeft van een voor burgers ruimhartige benadering, maar ik geloof dat dat op een misverstand berust. Op de bijeenkomst van 3 maart 2006 wees ik op de noot van P.J.J. van Buuren in: P.J.J. van Buren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Riddershoven (red.) *AB klassiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2003, die op pagina 245 de vijf criteria noemt waaraan gelet op dit arrest voldaan moet zijn, kort samengevat: verstoring van de gelijke behandeling van de rechtsgenoten van de enkeling of een kleien groep ten opzichte van anderen in gelijke positie, niet behorend tot het normale maatschappelijk risico, geen voorzienbare ontwikkeling, geen actieve en ook geen passieve risicoaanvaarding. De benadering van de civiele rechter en die van de bestuursrechter is op dit punt niet verschillend. Wel is de benadering van de bestuursrechter als het gaat om schadevergoeding op grond van artikel 49 van de wet op de Ruimtelijke Ordening een andere: dat artikel gaat volgens de rechtspraak van de Afdeling meer uit van het rechtszekerheidsbeginsel dan van de égalité en leidt daardoor in de ogen van regering en gemeenten tot te ruimhartige rechtspraak en wil de regering dan ook veranderen.

vergoeding van schade van ondernemers die in vergelijking met vergelijkbare ondernemers worden gedupeerd, terwijl als de hele bedrijfstak wordt 'opge-reuimd', een dergelijke vergelijking lijkt te ontbreken. Wellicht dat het onderzoek van Tjepkema dat aan onze Afdeling wordt verricht, ons hier verder zou kunnen helpen.¹⁸

9 VERHOUDING PUBLIEKRECHT-PRIVAATRECHT

Ten slotte maak ik graag enkele opmerkingen over Taks rijke ideeëngoed met betrekking tot de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht. Daarbij ben ik mij ervan bewust dat in dit korte bestek daaraan niet ten volle recht kan worden gedaan. Heeft Tak zeer grote bezwaren tegen de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, ten principale kan hij zich ook geenszins verenigen met de wijze waarop de Hoge Raad het vraagstuk benadert van de overheid die privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht. In de kern komt het erop neer dat een overheid die privaatrechtelijk handelt eigenlijk niet bestaanbaar is, omdat de overheid bij al haar handelen het openbaar belang als oogmerk heeft of dient te hebben, zodat ieder handelen van de overheid publiekrechtelijk is verankerd. Dat brengt Tak ertoe niet alleen afstand te nemen van de zogenaamde gemene rechtsleer, die inhoudt dat op het handelen van de overheid het privaatrecht als gemene recht van toepassing is, behoudens wanneer het tegendeel uit het publiekrecht blijkt, maar ook de gemengde rechtsleer, die inhoudt dat privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen allebei van toepassing zijn of kunnen zijn, wanneer de overheid privaatrechtelijk handelt. Tak is gekomen met de zogenaamde invullende rechtsleer, die als uitgangspunt heeft, dat ieder overheidshandelen publiekrechtelijk is en dat daarom aan de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek een publiekrechtelijke invulling moet worden gegeven. Met Tak kan worden ingestemd dat iedere overheidshandeling in zoverre doelgebonden is, dat zij dient te worden verricht ten behoeve van het algemeen belang en dat dat ook geldt voor de overheid die privaatrechtelijk handelt. Dat dat met zich zou brengen dat de overheid aan het privaatrecht geen bevoegdheden om te handelen zou kunnen ontnemen, kan ik evenwel – althans naar Nederlands positief recht – nog steeds niet inzien. Artikel 1 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordende bevoegdheid is verleend, rechtspersoonlijkheid bezitten. Die bepaling staat er niet voor niets. Dat betekent dat deze rechtspersonen de mogelijkheid hebben om als rechtspersoon aan het privaatrecht deel te nemen, zoals de andere in Boek

18 Zie voor de eerste interessante resultaten daarvan M.K.G. Tjepkema, 'Het referentiekader van het égalité-beginsel, over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties', *O&A* 2004, p. 12-22.

2 van het Burgerlijk Wetboek geregelde rechtspersonen. Naar positief Nederlands recht berust daarom het idee, dat overheden niet privaatrechtelijk zouden kunnen handelen naar mijn idee daarom op een misverstand.¹⁹ In mijn optiek zou de wetgever, als hij tot een andere benadering van de verhouding publiek- en privaatrecht zou willen komen, dit ook anders moeten regelen. Een dergelijk regeling is natuurlijk niet ondenkbaar en wellicht ook wel wenselijk, omdat men goed kan volhouden dat het uitgangspunt, zoals dat in het Burgerlijk Wetboek tot uiting komt, verouderd is. Het uitgangspunt dat de overheid privaatrechtelijk kan handelen, zoals dat in het Burgerlijk Wetboek naar mijn idee is neergelegd, laat uiteraard volstrekt onverlet dat al hetgeen Tak ons voorhoudt over de doelgebondenheid van het overheidsoptreden van belang is voor de wijze waarop de privaatrechtelijke opererende overheid wordt beoordeeld. Zo ligt het ook naar mijn gevoel zo, dat de bestuursrechtelijke regelgeving als de specifiek op overheidshandelen toegesneden uiting van de wil van de wetgever, dient te prevaleren, indien privaatrechtelijk optreden van de overheid daarmee in strijd is of daarvan als een doorkruising valt te beschouwen. Doet men dat dan zie ik niet goed in dat men daarmee het democratiebeginsel dat voor Tak en zijn volgelingen (de Maastrichtse school) zo bepalend is, wordt veronachtzaamd.²⁰ Zo zou de wetgever bijvoorbeeld, wanneer hij de mening zou zijn toegedaan dat de Hoge Raad in het arrest *Kunst- en Antiekstudio/gemeente Lelystad*²¹ een te grote vrijheid om privaatrechtelijk te handelen heeft gegeven, van de mogelijkheid gebruik hebben kunnen maken om het gebruik van gronden langs privaatrechtelijke weg verder te beperken. In de rechtspraak van de Hoge Raad is het primaat van de wetgever juist ten volle erkend: de wil van de wetgever is voor de Hoge Raad de meest bepalende *factor* om te bepalen of de overheid op terreinen waar zij publiekrechtelijke bevoegdheden heeft, privaatrechtelijk mag handelen. Dat neemt niet weg, dat ik met Tak van mening ben dat in het arrest *Kunst- en Antiekstudio/gemeente Lelystad* bij doortrekking van de in *Windmill*-arrest gekozen benadering (de doorkruisingsleer) heel wel tot een andere uitkomst had kunnen worden gekomen en dat er veel te zeggen zou zijn geweest voor Taks idee dat het wellicht goed zou zijn geweest als de Hoge Raad toen gekozen had voor een prospective overruling, teneinde de wetgever de gelegenheid geven orde op zaken te stellen. Dit geeft aan dat de ideeën van Tak en die van mij

19 Zie bijvoorbeeld de dissertatie van P.F.A. Bierbooms, *Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 29 e.v. en de noot van A.R. Bloembergen bij HR 18 mei 1998, *NJ* 1998, 890. Tak heeft deze opvatting op de bijeenkomst van 3 maart 2006 'formalistisch' genoemd, daarbij er kennelijk van uitgaand dat ik het positieve recht dat ik hier zoals uit de tekst blijkt, heb beschreven, ook als het meest wenselijke recht beschouw, hetgeen uit mijn genuanceerde betoog op dit punt niet voortvloeit.

20 Zie voor de Maastrichtse benadering ook de dissertatie van J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleed van de staat: beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

21 HR 7 augustus 1991, *AB* 1992, 659.

over de wijze waarop de rechter moet omgaan met de overheid die privaatrechtelijk handelt, in de uitwerking vermoedelijk niet zo heel veel verschillen. Maar waar Tak de gemengde rechtsleer als een waterig en slecht product van volstrekt obligate makelij afdoet, geloof ik juist dat de werkelijkheid op het grensgebied van publiek- en privaatrecht er altijd juist een zal zijn, waarbij het zoeken is naar de juiste benadering. Waar de zogenaamde gemengde rechtsleer, die inhoudt dat zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke beginselen op dat terrein van toepassing kunnen zijn dat zo treffend tot uiting brengt, zou ik er zelf weinig behoefte aan hebben om die benadering als obligaat naar de prullenbak te verwijzen. Zelfs bij zijn invullende rechtsleer zal rechterlijke rechtsvinding op niet heel andere wijze dan wanneer uitgegaan wordt van de gemengde rechtsleer de vraag moeten beantwoorden wanneer privaatrechtelijke bepalingen op de volgens die leer ten principale publiekrechtelijke verhouding moeten worden toegepast. Het is uiteindelijk, denk ik, zijn behoefte om het recht vanuit een alles omvattend systeem te benaderen, die zo'n tussenbenadering verafschuwt. Hier zullen vermoedelijk onze wegen blijven scheiden. Ik heb respect voor hen die, zoals Tak, het recht benaderen vanuit de behoefte om het te vatten in één alles omvattend systeem. Wij hebben voor het onderwijs en voor de verdere doordenking van ons recht ook zulke denkers als Tak erg nodig. Maar ik vraag mij wel af of de werkelijkheid op het grensgebied van het publiek- en privaatrecht geen andere eisen stelt en of een meer genuanceerde benadering niet meer aansluit bij het recht zoals dat zich op dat grensgebied (vermoedelijk in Taks ogen reeds een volstrekt verkeerdt woord!) voordoet.

Ook ik zie de waarde van het legaliteitsbeginsel in situaties waarin de overheid zich op het terrein van het privaatrecht begeeft, heel wel. Toch vraag ik mij af of een benadering, waarbij de bevoegdheid om bijvoorbeeld een overeenkomst te sluiten steeds in een specifieke op die situatie toegesneden wettelijke bepaling zou moeten worden gevonden, nu zo heel vruchtbaar is. Dat leidt er immers toe dat er ofwel een wettelijke bepaling komt voor alle niet voorziene situaties, waarbij de behoefte bestaat voor de overheid om overeenkomsten te sluiten een dekkende formulering probeert te vinden (en dat zal dan een vrij blancoachtige bevoegdheidsbepaling zijn), ofwel tot een benadering, waarbij voor iedere specifieke tak van overheidszorg waar overeenkomsten worden gesloten weer een nieuwe bevoegdheidsbepaling in het leven moet worden geroepen. Die benadering leidt derhalve in mijn ogen wellicht of tot veel regelgeving met blanco bevoegdheden of juist tot overregulering. Aan beide bestaat geen behoefte. Ik heb dus ook hier sterke aarzeling of de benadering-Tak nu in haar uitwerking werkelijk te verkiezen is boven die zoals die in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot uiting komt en die ik met de gemengde rechtsleer zou willen betitelen. Zij houdt in, dat op zich de bevoegdheid om privaatrechtelijk te handelen bestaat, maar dat bij gebruikmaking daarvan een kritische benadering met veel waarde aan het legaliteitsbeginsel

op haar plaats is. Dat laat onverlet dat het ook mijns inziens verstandig zou zijn om op specifieke terreinen waar daaraan behoefte bestaat tot toegesneden regelgeving te komen. Zo is heel wel denkbaar dat op het terrein van de publiek-private samenwerking in de bouw meer doorzichtigheid zou worden bereikt, wanneer een regeling zou worden getroffen die ook waarborgt, dat derden hun belangen tijdig kunnen bepleiten. In feite is zo'n 'verpubliekrechtelijking' van het privaatrecht in het aanbestedingsrecht in de laatste decennia ook aan de orde. Ook wat dat betreft kan verder worden gewerkt om het beste te maken van de werelden van het recht, zoals wij die kennen en zoals Tak die graag zou zien.

10 SAMENVATTENDE SLOTOPMERKING

Taks visie dat het systeem van de Awb op de helling moet, deel ik dus niet. Het op vernietiging van een overheidshandeling gerichte besluitmodel is mijns inziens in ieder geval op het terrein van het ordenende bestuursrecht zowel gelet op het staatsrechtelijke positie van de rechter ten opzichte van het bestuur als op grond van argumenten als toegankelijkheid en uitvoerbaarheid van de rechtsbescherming een beter systeem dan een meer 'civielrechtelijk systeem' dat Tak lijkt voor te staan. Maar er is ook mijns inziens nog veel werk aan de winkel. Ik zou juist het systeem van rechtsbescherming in de Awb willen uitbouwen door de Awb te verrijken met verzoekschriftprocedures voor terreinen waar het besluitmodel ook naar mijn idee niet goed en geforceerd werkt. Er is ook behoefte aan een wettelijke erkenning en grondslag in de Awb van schadevergoeding op grond van het égalité-beginsel, dat vooral in de bestuurspraktijk van het laatste decennium veelvuldig wordt toegepast. Aan een andere benadering dan de Hoge Raad kiest voor de verhouding publiek-privaatrecht heb ik minder behoefte dan Tak. Staat Tak op het terrein van het bestuursprocesrecht een terugkeer naar een meer civielrechtelijke benadering voor, een civielrechtelijke benadering van de overheid die van privaatrechtelijke wegen gebruik maakt is bij hem uit den boze. Mijns inziens zou ook op dit terrein de oplossing meer van de wetgever dan van de rechter moeten komen, door op terreinen waar het gebrek aan democratische legitimatie en rechtsbescherming van de burger wringt tot toegesneden regelgeving te komen.

8 | Reactie op de referenten

Twan Tak[■]

1 INLEIDING: HET NEOLEGISME

De bijeenkomst van vandaag is uiteraard niet (althans zeker niet alleen) bedoeld om mij bijna vijftien jaar na dato alsnog mijn Ongewenste Discussie¹ te geven. De verder strekkende bedoeling blijkt wel uit de selectie van de thema's, die zeker niet beperkt zijn tot het bestuursprocesrecht of zelfs tot de Awb: zo is bijvoorbeeld ook het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht vandaag uitdrukkelijk een van de thema's, evenals het staatsrechtelijke item van de Trias, of beter gezegd de publiekrechtelijke bevoegdhedenleer. Dat het initiatief voor deze bijeenkomst is genomen door Leidse hoogleraren, onderstreept de toonaangevende rol in de wetenschap die nog altijd wordt vervuld door de oudste universiteit van ons land. Mijn oprechte hulde en waardering voor dit initiatief.

Er lijkt helaas ook alle aanleiding om ons in dit neoliberale tijdperk fundamenteel te herbezinnen op ons vakgebied. Een tijdperk dat gekenmerkt wordt door een nieuw liberalisme, waarin voor individualiteit en persoonlijkheid geen plaats meer is. De contouren van een Staat die zijn dictaten oplegt vanuit de gevestigde orde waarin geen plaats meer is voor persoonlijkheden en andere individualisten worden steeds duidelijker. De maatschappij verwordt tot een Mechanische, of zo men wil Elektronische, Mierenmaatschappij.²

Ook de rechtsbedeling wordt in die maatschappij steeds abstracter en algemener, en steeds minder gericht op het individu: individuele rechtvaardigheid wordt volledig opgeslokt door haar juridische tegenpool van algemene rechtzekerheid. Er is geen ruimte meer voor individuele behandeling van persoon en omstandigheden, laat staan voor individuele voorkeuren. Juridisch kan dit tijdperk worden getypeerd als de tijd van het Neolegisme: evenals in de

■ Prof. mr. A.Q.C. Tak is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht.

1 A.Q.C. Tak 'De Ongewenste Discussie' in: J.B.J.M. ten Berge e.a (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

2 Zie hierover mijn 2^e druk van *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, (Wolf Legal Publishers 2005), p. 186-187, en mijn bijdrage 'Het bestuursprocesrecht in de mechanische mierenmaatschappij', in: J. Boot e.a. (red.) *Krom recht. Over misstanden in het recht*, Nijmegen: Ars Aequi 2005, p. 564-571.

tijd van het Legisme lijkt geen ruimte meer voor ongeschreven recht.³ Algemene en abstracte normstelling, eerder in wetgeving, vervolgens in uitvoeringsbesluiten en beleidsregels, wordt in haar al-omvattende impact voltooid in elektronische normstelling, waarin zelfs de verschillen vervagen tussen wet, beleidsregels, standaards en andere instructies en normen.

De bestuursrechter past zich hierbij aan. In navolging van het rapport Bestuur in het geding,⁴ dat zich een plaats heeft verworven in Regeerakkoord en Regeerprogramma, zijn ook in de rechtspleging het ongeschreven recht, de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de individuele rechtvaardigheid een stille dood gestorven.⁵ Onder de Raad van State blijkt geen sprake meer van rechtspraak, als rechterlijke individuele rechtsvaststelling; doch slechts van toetsing van besluiten, in de zin van controle van de formele algemene rechtmatigheid daarvan. Bovendien gaat het bij die toetsing niet meer om de inhoudelijke kant van het getoetste besluit; niet meer om controle van de belangenafweging of bestuurlijke beoordeling; enkel nog om de regel-maat, de maat van de regel.⁶ Formulierencontrole en formalisme zijn in de plaats getreden van rechterlijk activisme en beoordeling van individuele rechtsposities. Voetstoots wordt het oordeel gevolgd van de administratie, niet alleen wat betreft de uitleg van wet en recht, maar zelfs wat betreft de vaststelling en de appreciatie van het feitenagglomeraat. In feite blijkt enkel nog plaats voor een formele toetsing aan hogere regels en voorschriften. Aldus blijkt het neolegisme zich niet enkel te kenmerken door een formele toetsing enkel aan geschreven regels, maar zich bij die toetsing bovendien te laten leiden door de eigen uitleg van regel en feit door de overheid zelf.

In dit neolegistische tijdperk blijkt steeds minder ruimte voor individuele rechtsposities die zich onderscheiden van die van anderen. Sprake is van een ont-individualisering in het recht die bij een rechtsopvatting zoals die door mij nog wordt gehuldigd, niet anders kan worden gezien dan als een ont-menselijking van het recht. Ons publiekrecht kan niet langer worden gekarakteriseerd als recht in de zin van Ulpianus, als het betrachten van individuele rechtvaardigheid in de zin van *'ius suum cuique tribuere'*; de beroemde *'ars aequi*

3 Het kan verkeren: in 1986 kon ik nog constateren dat de legistische opvatting goeddeels was achterhaald: zie mijn bijdrage 'Normaal bestuur', in: J.B. Steenbeek e.a. (red.), *Bestuur en Norm* (de Crinice-Le-Roy-bundel), Deventer: Kluwer 1986, p. 257.

4 *Bestuur in geding; Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur (Commissie-Van Kemenade)*, Haarlem: Provinciehuis Noord-Holland 1997 (Stcrt. 13 nov. 1997, nr. 219, p. 3).

5 Zie hoofdstuk 5 van Tak 2005, met name par. 5.6.9.

6 Ik doel hierbij uiteraard op jurisprudentie als ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 93; P.J.J. van Buren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Riddershoven (red.) *AB klassiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2003, nr. 36 (*Maxis en Praxis*) en ABRvS 9 november 1998, Gst. 7092, 8 (*'Die Wende'* in milieugeschillen).

et boni'. Wij kunnen niet anders constateren dan dat de rechtvaardigheid met rasse schreden uit onze samenleving verdwijnt ten faveure van de algemene rechtszekerheid.

Zie ik deze zaken erg zwart? Uiteraard zal er altijd nog wel een spoortje menselijkheid in rechtsbedeling te bespeuren zijn, mag men toch hopen. Hoe groot die ruimte nog is, wordt vanuit de theorie bepaald door de thema's die vandaag het onderwerp vormen van de vijf referaten. Vijf referaten: u zult het mij wel niet euvel duiden dat ik binnen krap een uur niet op alles wat deze aansnijden even diep kan ingaan.

2 ANTWOORD AAN MR. TH.G. DRUPSTEEN

De volgorde aanhoudend van de organisatoren zal ik dan eerst ingaan op het referaat van oud-collega Drupsteen.

Deze betreft, zoals wel meer commentatoren, vooral de toonzetting van mijn kritiek en de miskennis van zijn theoretische uiteenzettingen in het bekende handboek. Daarover kort het volgende. Ik heb het wetenschappelijke werk van Drupsteen steeds grondig gevolgd en daarover ook uitdrukkelijk mijn waardering uitgesproken, zoals in mijn bespreking van de vierde druk van de bekende De Haan/Drupsteen/Fernhout in 1999 in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*.⁷ Maar pas de toepassing van de theorie in de praktijk is beslissend voor mijn eindwaardering: dat is nu eenmaal mijn oude RITEP-achtergrond.⁸ Het is dan ook de discrepantie tussen theorie en praktijk die debet is aan de verontwaardiging waarmee ik protesteer als burgers in stilte en kilte worden afgeserveerd. Maar omdat het mij onjuist lijkt om de aandacht van het theoretisch debat af te leiden door de toonzetting van de kritiek, zal ik daar vandaag verder het zwijgen toe doen. In ander verband zal ik hem ook wat dit betreft graag van repliek dienen.

Het referaat van Drupsteen vangt aan met een beschouwing over de aard van het bestuursrecht, waarbij hij met name het moderne concept van de wederkerige rechtsbetrekking relativeert. Ik deel zijn bedenkingen tegen deze theorie,⁹ die met name vraagt om toenemende plichten van de burger jegens de overheid. Voor de door hem gevraagde voorbeelden van de impact van dit concept, zou ik willen wijzen op fenomenen als de steeds verdergaande

7 A.Q.C. Tak, 'De nieuwe 'De Haan'' (bespreking van: P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer, 1999), *NTB* 1999, p. 19-27.

8 Hierover het Voorwoord van mijn handboek bestuursprocesrecht.

9 Zoals ik uitdrukkelijk verwoordde in mijn eerder genoemde boekbespreking (p. 22, rechter kolom).

eisen die worden gesteld aan de onderbouwing van claims en andere aanspraken, aan aanvragen, zienswijzen, bezwaren en beroepschriften, welke eisen culminerend in de bekende processtukken die collega Damen aan de oppervlakte heeft gebracht. De conceptie van de wederkerige rechtsbetrekking wordt gekenmerkt door een eenzijdige waardering van het algemeen belang als belang van de gemeenschap, dat per definitie hoger is dan het belang van het individu, dat daarvoor dus per definitie moet wijken.

Aan dit begrip algemeen belang zijn reeds vele preadviezen gewijd, maar dat het duidelijk is of eenduidig, kan nog altijd niet gezegd worden. Ook ik omschrijf volgens Drupsteen niet wat ik onder algemeen belang versta. Dit stelt teleur, omdat ik al in 1978 in het kader van een brede literatuurstudie heb getracht mijn opvattingen dienaangaande duidelijk te maken,¹⁰ waarbij ik overigens al aanstonds de praktijk-waarschuwing in herinnering riep van Kranenburg: 'In naam van het 'algemeen belang' zijn reeds heel wat ongerechtigheden bedreven'. Mijn omschrijving luidde toen reeds:¹¹ 'De overheidsdienaren zijn er om taken te vervullen, belangen te behartigen, die niet aan individuen *kunnen* of *mogen* worden toevertrouwd. Het optimaal vervullen en behartigen van al deze taken en belangen is in wezen het algemeen belang.' In al haar noodwendige vaagheid – ik geef dit graag toe – is dit nog steeds de omschrijving waar ik mij achter zou willen stellen. Ik heb haar het noodzakelijke complement gegeven¹² in de stelling, dat het bepalen van wat als algemene belangen moet worden aangemerkt, en de afweging van die algemene belangen tegen elkaar slechts mag geschieden door ons hoogste overheidsorgaan, de wetgever;¹³ of, zoals ik het in het gezamenlijke preadvies met Ter Spill voor de VAR in 1981¹⁴ in relatie tot het wetmatigheidsbeginsel heb verwoord: vanuit het democratisch postulaat. Hiermee hoop ik tevens een antwoord te hebben gegeven aan collega Van der Meulen die zich ook afvraagt¹⁵ waar ik dit schreef.

10 In mijn handboek *Overheidsbestuur en Privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1978, met name par. 3.1.

11 Tak 1978, p. 87.

12 Tak 1978, p. 89.

13 Waarmee overigens niet gezegd wil zijn dat deze afweging ook – steeds – in wettelijke vormen gestalte zou moeten krijgen. Het begrip 'wetgever' moet hier worden gezien in de betekenis van 'regeerders in samenwerking met de volksvertegenwoordiging'. Vgl. ook het hiervoor reeds genoemde preadvies met ter Spill over wetmatig bestuur en democratisch postulaat.

14 F.W. ter Spill & A.Q.C. Tak, *Onwetmatig bestuur*, VAR Geschrift LXXXVI, Alphen aan den Rijn: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 49-50.

15 In voetnoot 7. Zie ook mijn uitwerking in hoofdstuk 17 van mijn procesrechtshandboek.

Slechts binnen nauw afgebakende objectieve grenzen heb ik het geoorloofd genoemd dat van bepaalde belangenafwegingen delegatie aan het bestuur plaatsvindt.¹⁶

Mijn conclusie was en is dus dat *het bestuur* zich in normale omstandigheden dient te beperken tot:

- gedelegeerde afweging van algemene belangen, binnen objectieve grenzen, alsmede
- beleidsbepaling en -beslissing in die kwesties, waar bijzondere belangen van particulieren (kunnen) conflicteren met belangen van erkend algemene aard.

De plaats van *de rechter* heb ik geduid in de taak de rechtsafweging te verrichten waar slechts bijzondere belangen botsen. Aan hem is de controle of bij de algemeen-belang-beslissingen van wetgever en bestuur niet onevenredig tekort is gedaan aan de individuele rechtvaardigheid. Wetgever en bestuur mogen en moeten naast de rechtmatigheid ook de doelmatigheid als maatstaf hanteren. De rechter kan en moet volstaan met de weegschaal van het recht.

Reeds in 1978 betreurde ik ernstig dat deze principiële en in gevolgen vóórstrekkende problematiek in onze wetenschap zo stiefmoederlijk wordt behandeld.

In ieder geval is in mijn ogen slechts de overheid geroepen tot deze behartiging van het algemeen belang. De door Drupsteen nu in 2006 opnieuw aangekaarte voorbeelden van algemeen-belangbehartiging door particuliere organisaties en instellingen, werden reeds door mij weerlegd door er op te wijzen dat juist het *exclusieve* in de *plicht* tot behartiging van het algemeen belang de overheid karakteriseert.¹⁷ Is het immers niet zo, dat ons publiekrecht kan worden gekarakteriseerd als een systeem van verdeling van overheidsbevoegdheden; een verdeling die zodanig is, dat ten aanzien van de behartiging van een bepaald aspect van algemeen belang telkens slechts één overheidsinstantie geroepen is tot het nemen van de kenmerkende eenzijdige en bindende gezagsbeslissingen, en dat juist wanneer deze bevoegdheid wordt toegekend aan

16 Daarbij dient dan echter tenminste aan de volgende randvoorwaarden te zijn voldaan:

- de wetgever (of wellicht beter, regeerders tezamen met volksvertegenwoordiging) dient aan te geven welke belangen moeten worden aangemerkt als algemene belangen (derhalve belangen, waarvan de behartiging niet aan de individuele burgers kan of mag worden overgelaten), en
- de delegatie moet objectief begrensd zijn, d.w.z. de grenzen van de gedelegeerde bevoegdheid moeten concreet afgebakend zijn, en
- ook de wijze waarop, alsmede de condities waaronder van deze bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt, behoren nauwkeurig aangegeven te zijn.

17 Zie mijn bijdrage: 'Drie magische lijnen?', in: E. Huizman e.a. (red.) *Osmose tussen publiek- en privaatrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 1987, p. 282, alsmede Tak 1978, p. 85 e.v.

een particuliere organisatie of instelling dan ook in zoverre sprake is van een overheidsbestuursorgaan?¹⁸ En wat de verhouding betreft tussen algemeen belang en recht: het is volgens Drupsteen een misverstand dat het hierbij uitsluitend of in de eerste plaats zou gaan om individuele rechtsbescherming of om wetmatigheid van bestuur. Mocht hij mij van dit misverstand verdenken, dan wil ik hem graag attenderen op de verhouding tussen recht en algemeen belang of beleid, zoals ik die schetste in mijn bijdrage aan de Crinice-Le-Roy-bundel.¹⁹

Een begrip subjectieve publieke rechten acht ook ik met Drupsteen niet geschikt als funderend begrip voor het staats- en bestuursrecht, zodat we hier verder stilzwijgend aan voorbij kunnen gaan.²⁰ Ik wil volstaan met de opmerking, dat ik wel plaats zie voor eenzijdige individuele rechtsvaststellingen door het bestuur bij vaststellingsbeslissingen na titelbesluit, zoals door mij recentelijk werd uiteengezet in het *Nederlands Juristenblad*.²¹ Die vaststellingsbeslissingen leveren echter geen subjectieve rechten op in de gangbare betekenis des woords.

Wat betreft mijn spectrale kijk op de overheidsbesluiten, betwijfel ik toch, of Drupsteen deze wel begrepen heeft.²² In ieder geval begrijp IK niet, wat hij nu precies bedoelt met 'de subjectieve kant van het besluit'. Rechtsgevolg is altijd begrensd in tijd, naar plaats of naar personen of naar objecten, merkt hij in dit verband op. Dat is uiteraard juist, maar bij mij rijst toch de vraag, wat dan voor hem nog 'de objectieve kant van het besluit' is. Ziet hij geen verschil meer tussen rechtsvaststelling in abstracto en in concreto, zo vraag ik mij af.

Ook de beperking die hij maakt tot onrechtmatige daden en besluiten²³ is mij onduidelijk. In de eerste plaats mis ik de belangrijkste groep in het publiekrecht: de rechtmatige daden. Maar ook in de tweede plaats: kunnen besluiten dan niet onrechtmatig zijn, en kunnen zij geen onrechtmatige daad opleveren?

18 Zoals ook is erkend in artikel 1:1, lid 1, sub b van de Algemene wet bestuursrecht.

19 Tak 1986, p. 255-263.

20 Al wil ik nog aantekenen dat mijn afwijzing van dit begrip waarschijnlijk nog fundamenteeler is dan de zijne, omdat ik in het door het algemeen belang gedomineerde domein geen ruimte zie voor andere aanspraken dan die welke geïndiceerd worden door het objectieve publiekrecht (waaronder overigens ook het beginsel der gewekte verwachtingen of vertrouwensbeginsel!).

21 A.Q.C. Tak 'Titelbesluit en vaststellingsbeslissingen', *NJB* 2004, p. 795-796. Zie ook Tak 2005, p. 1252-1253.

22 Ondanks dat ik in mijn genoemde boekbespreking reeds opmerkte, dat stellig een meer 'spectrale' benadering van het bestuursrecht de kijk van de auteurs op vele bestuursrechtelijke fenomenen had kunnen verruimen, en daarvoor vele voorbeelden aandroeg (Tak 1999, p. 22, l.k.).

23 Aan het slot van par. 4.

A fortiori zal het in zijn opvatting dus al helemaal ondenkbaar zijn om met Van Maarseveen²⁴ en mij²⁵ aan te nemen dat een en hetzelfde besluit zowel rechtmatig (jegens de gemeenschap) als onrechtmatig (jegens een bepaald individu) kan zijn. Ik ben benieuwd, hoe hij dan eigenlijk precies aankijkt tegen de *Varkensmesters*jurisprudentie²⁶ en de daarin aanvaarde mogelijkheid dat één en hetzelfde besluit jegens de gemeenschap gerechtvaardigd en zelfs nodig kan zijn (en ook jegens het individu Leffers), maar toch tegelijkertijd subjectief onrechtmatig jegens hem wegens schending van de *égalité*-norm.

In theorie deelt ook Drupsteen de kritiek op het systeem van rechtsbescherming van de Awb²⁷ en deelt hij de opvatting dat ook buiten besluiten rechtsbescherming tegen de overheid dient te bestaan. Ook Drupsteen ziet in, dat beperking van de rechtsbescherming tot een besluit met zich kan meebrengen dat de volheid van het onrechtmatige overheidsoptreden niet aan bod komt. Maar toch mag de rechtsbescherming verlenende instantie voor hem niet de rechterlijke macht zijn, omdat volgens hem ook een rechter die uitgaat van de behoefte aan individuele rechtsbescherming van de burger niet om de objectieve elementen van het besluit heen kan. Ook een rechter die toetst vanuit de subjectieve positie van de burger met het oog op zijn rechtsbescherming, kan toch geen gebrek aan bevoegdheid over het hoofd zien?, zo vraagt hij. Daar gelaten nog, waarom dit dan anders zou zijn voor de Raad van State als rechter, is dat voor mij nog maar de vraag. Moet de rechter dan ook bij het optreden van *privaatrechtelijke* rechtspersonen ambtshalve onderzoeken of de geloofsbrieven in orde zijn, en of het handelen in overeenstemming is met de statuten of de besluiten van de directie of vergadering van aandeelhouders? Zo'n controle-optiek past misschien bij een objectieve toetsing zoals door de Raad van State, maar, naar ik meen, niet bij rechtsbedeling door een subjectief toetsende rechter; de rechterlijke macht. Slechts indien een absoluut gebrek aan handelingsbevoegdheid zou moeten worden geconstateerd, kan dit wellicht

24 H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Een opmerking over de onrechtmatige overheidsdaad', *NJB* 1954, p. 914.

25 Zie o.a. mijn 'Besluiten van algemene strekking', *RMThemis* 1980, p. 136-160; *Bevoegdheidsafbakening van de Arob-rechter; kunstig of gekunsteld?* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer; *De overheid in het burgerlijk recht*, 's- Gravenhage: VUGA 1977, par. 3.5, en Tak 2005, par. 17.1.

26 HR 18 jan. 1991, in: P.J.J. van Buren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Ridderhoven (red.) *AB klassiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2003, nr. 25, tB/S Burg. rechter 1991 nr. 1 (*Varkensmester 1, Leffers of Swill-arrest*). De benadering werd vervolgd met het *Meiland*-arrest, ook wel *Tweede Varkensmestersarrest* genoemd: HR 3 april 1998, *AB* 1998, 256; *JB* 1998, 128; *Gst.* 7082, nr. 5, waarbij werd bepaald dat het *draagkrachtbeginsel* geen rol speelt bij de bepaling van deze compensatie.

27 Ik heb in dit verband hun analyse van de elementen 'beslissing' en 'publiekrechtelijk' zelfs van ongekende kwaliteit genoemd in mijn bespreking (p. 20, r.k.).

anders zijn. Maar zijn we dan niet op het terrein van een non-existent besluit, waar men in het publiekrecht echter niet van wil weten?²⁸

Een andere merkwaardige opvatting spreekt uit zijn referaat waar het de vernietiging betreft van besluiten. Blijkbaar ziet hij ruimte voor iets als een ‘relatieve vernietiging’ of een ‘subjectieve vernietiging’. Daarom ook zou een rechter die een besluit vernietigt niet buiten zijn boekje van art. 12 Wet AB gaan. Rechters kunnen zich volgens hem ook niet voorstellen wat het betekent dat hun vernietiging werking *erga omnes* heeft, en er dus ook niet van wakker liggen.

Ik kan hem verzekeren dat velen daar wel van wakker liggen, en zou hem dan ook willen uitnodigen mij aan te geven waar hij deze gedachten (die mijns inziens ten ene malen vreemd zijn aan het begrip vernietigen zelf) nader heeft uitgewerkt, zodat ze vatbaar zijn voor kritiek en discussies als van vandaag.

Ik besluit met een korte reactie op zijn argument aan het slot dat toch ook een eigendomsrecht een werking *erga omnes* heeft. Helaas licht hij ook deze argumentatie niet nader toe. Voor mij is deze associatie met een overheidsbesluit of overheidshandeling niet zo vanzelfsprekend. Persoonlijk zou ik denken dat eigendom, evenals alle fundamentele rechten van de mens, inderdaad jegens eenieder aanspraak geeft op het respecteren daarvan. Dat is evenwel van een geheel andere orde dan de uitoefening, of beter gezegd, het *opleggen*, van overheidsgezag *erga omnes*, met de daaraan inherente strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctionerings- en handhavingsbevoegdheden.

3 ANTWOORD AAN PROF. MR. R.J.N. SCHLÖSSELS

Het referaat van collega Schlössels acht ik helder, en het heldert ook enkele misverstanden op bij anderen, zoals bij collega Schreuder-Vlasblom in haar in de bundel opgenomen bespreking van mijn boek.

Zo ben ik inderdaad van mening, dat een bouwvergunning geen recht verleent om te bouwen. Wel kan volgens mij een burger een recht doen gelden om te bouwen, maar, dit recht vloeit volgens mij niet voort uit een soort schenking van de overheid, en zelfs, anders dan Schlössels veronderstelt, niet uit het

28 Hierover: W. Duk & P. Nicolai, ‘Nulliteiten in het bestuursrecht’ *RMThemis* 1993, p. 3. Zie ook reeds de preadviezen voor de VAR van A. Kleyn & J.V. Rijpperda Wierdsma over De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten uit 1942 (VAR Geschrift VI), en het Rapport van de Commissie uit deze Vereniging over ‘De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) besluiten en handelingen’ uit 1946 (VAR Geschrift XI), de Special van RM Themis over Nietigheid en vernietigbaarheid uit 1971 (nr. 4/5), alsmede de vierde druk van het befaamde *Rapport ABAR*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1973, p. 116.

eigendomsrecht, maar uit de autonomie van het individu; het 'right to build on his land is of a 'civil nature' for the purposes of Art. 6 para. 1', aldus ook het Europees Hof in de zaken *Sporrong and Lönnroth*²⁹ en *Jacobsson*.³⁰

Deze opvatting is niet zonder betekenis voor mijn kijk op de eerste door hem voorgelegde casus. Die betreft de weigering van een kapvergunning op grond van het specifieke doel van de kapverordening, te weten het belang van het uiterlijk aanzien van de gemeente, terwijl een derde door de boom in zijn uitwegmogelijkheid wordt beperkt.

Het zal voor Schlössels hopelijk geen verrassing zijn dat het mij te ver voert dat vergunningen *moeten* worden geweigerd als dat de uitkomst is van de doelstelling van de specifieke wet, zoals die kapverordening. Zo'n eenzijdige honorering van het specifieke belang van een bijzondere wet acht ik namelijk zowel strijdig met de autonome rechten van het individu als met de (mogelijk tegengestelde) belangen (waaronder óók algemene belangen) die worden beschermd door *andere* bijzondere wetten. Maar juist bij weigeringen wordt het zicht op de werking van het specialiteitsbeginsel vaak verduisterd, zoals Schlössels wellicht beter weet dan wie ook.

Reeds in het kader van zijn proefschrift heb ik het voorrecht gehad meermalen met hem van gedachten te mogen wisselen over dat specialiteitsbeginsel. Ik heb daarbij het beeld gebruikt van een snelweg die naar een vast bepaald doel leidt: de bijzondere wet met haar bijzondere doelstelling. Die weg wordt echter gekruist door andere wegen; particuliere zo goed als publieke. Het zou strijdig zijn met het specialiteitsbeginsel en met het verbod van *détournement de pouvoir* om die snelweg ook open te stellen voor verkeer dat eigenlijk die andere wegen naar andere doelen moet volgen, evenzeer als dat het daarmee strijdig zou zijn om met het eigen voertuig naar een van deze andere wegen en naar andere doelen af te slaan. Maar daarmee zijn die kruisende wegen nog niet zonder betekenis of functie: op de kruisingen kan het zaak zijn om in te houden, voorrang te geven of zelfs te stoppen. Dat stoppen is dan het weigeren van de vergunning op grond van een belangenafweging waarin alle belangen, bijzondere en algemene belangen, en niet alleen het specifieke doelbelang moeten worden betrokken.³¹

29 EHRM 23 september 1982, Series A no. 52.

30 EHRM 25 oktober 1989, AB 1990, 334.

31 Ik wil hier nog aan toevoegen dat in geval van een kennelijk onredelijke afweging van belangen mijns inziens altijd sprake is van een bevoegdheidsuitoefening buiten het kader van de bevoegdheid die de specifieke wet geeft. Immers, de wet geeft nimmer bevoegdheid tot kennelijk onredelijke besluiten; dat doet toch geen enkele wet. De bevoegdheid is altijd gericht op rechtsgevolg; beoogd rechtsgevolg, zoals het ook wel wordt geformuleerd. Welnu, kennelijke onredelijkheid en andere onrechtmatigheid kunnen nimmer geacht worden door de wet beoogd te zijn, zodat strikt genomen dit soort bevoegdheidsuitoefening niet alleen onrechtmatig, maar zelfs altijd onwetmatig moet worden geacht, zoals collega Nico Verheij al eens heeft opgemerkt (in *Publiek Domein* 1989, p. 188 e.v.). Anders dan deze acht ik evenwel de onwetmatigheid een legaliteitscategorie en onrechtmatigheid een legitimiteits-

Toegepast op een weigering, zoals in de casus, moeten we dan vaststellen dat het weigeren alleen *dán* mag, als: (a) het specialiteitsbeginsel noopt tot die weigering en (b) geen overheersende ‘vreemde’ belangen zich tegen weigering verzetten. Is dit laatste wel het geval, dan zal dus toch (ondanks de anders gerichte duiding van het specialiteitsbeginsel), vergunning moeten worden verleend.

Wat betreft het vervolg van deze casus en Schlössels vraag naar de mogelijke rechterlijke uitspraken in dit soort subjectieve processen – iets waar ook anderen, zoals Schreuder-Vlasblom, Drupsteen en Polak meer of minder indringend om vragen –, zou ik vooral willen wijzen op de kracht van het (door de Raad van State geweigerde) subjectieve declaratoir: het *jegens* een betrokkene onrechtmatig verklaren. Omdat dan minst genomen volledige schadevergoeding verschuldigd is (en geen nadeelcompensatie zoals niet alleen Schlössels abusievelijk meent), zal dit voor iedere niet-dictatoriale overheid toch wel afdoende zijn. Ik verwijs hierbij verder ook naar het referaat van Heldeweg.

In de tweede casus wijst de Minister een deel van de Maas aan als race-gebied voor speedboten en jetski’s. Volgens de Raad van State³² mag de Minister hierbij geen rekening houden met andere belangen dan de verkeersveiligheid e.d.

Het zal na mijn toelichting bij de eerste casus duidelijk zijn dat ik deze uitspraak een uitgljider acht; een miskennis van het specialiteitsbeginsel. Vreemde belangen moeten m.i. wel degelijk (als kruisende-water-wegen) worden betrokken bij de besluitvorming en kunnen noodzaken tot afzien van de bevoegdheid of tot het bieden van begeleidende compensatie voor die andere belangen. Dus ook hier de *Varkensmestersbenadering*.

De grootste moeilijkheid verschuilt Schlössels in een noot.³³ moet het aanwijzen van het gebied als de schadeoorzaak worden aangemerkt, of het daadwerkelijk varen met motorboten of jetski’s? Een kwestie die ook wel door anderen is aangestipt, en terecht; vandaar dat ik er even bij stil sta.

Voor een goed begrip van deze problematiek moeten we ons eerst realiseren dat doorgaans, en ook hier, in het verleden reeds een overheidsingreep

categorie, en daarom acht ik zelf zo’n onrechtmatig besluit formeel wel een geldig besluit, maar materieel toch een onrechtmatige daad.

Meer in het algemeen voel ik niet voor de benadering dat als uit de specifieke wettelijke regeling blijkt dat de wetgever zich bewust is geweest van de problematiek van de afbakening van het afwegingskader, en daarover ook de nodige duidelijkheid heeft verschaft, de rechter tot dat kader beperkt is: zie bijv. in deze zin ABRvS 5 oktober 2000, *JB* 2000, 327, m.nt. Schlössels.

32 ABRvS 18 september 2002, *AB* 2003, 57.

33 Noot 48 referaat.

heeft plaatsgevonden middels een algemeen verbod. In hoeverre daar ook bij gecompenseerd hoorde te worden, laat ik hier rusten als een apart probleem van wetgevingscompensatie. Nu wordt echter de aldus door het verbod gevestigde normale rechtsorde weer doorbroken door een vergunning (onthef-fing); de aanwijzing. In dat doorbreken van de door de overheid zelf gevestigde situatie, waarop burgers mogen en zelfs moeten vertrouwen, ligt naar mijn gevoel de grond voor de bestuurscompensatie.

In gevallen als deze is echter ook sprake van een bevoordeling, namelijk van degene die de aanwijzing krijgt. Schreuder-Vlasblom vindt – en zij niet alleen – dat ik voor deze keerzijde (de ‘lusten’) te weinig aandacht zou hebben.³⁴ Ik wil er op wijzen dat ik al in 1978, tot op heden als een van de weinigen, een (later regelmatig herhaald) pleidooi heb gevoerd voor afoming van onevenredige voordelen als deze.³⁵ Dat zulks in bepaalde gevallen de vorm zou kunnen aannemen dat de onevenredig bevoordeelden de onevenredig benadeelden schadeloos stellen, heb ik altijd al rechtvaardig gevonden, en in het belang van de financiering van de gemeenschapsvoorzieningen. Daarbij zal de overheid wel altijd aanspreekpunt voor beide moeten zijn: het is immers *haar* besluit dat voor- en nadeel teweeg brengt c.q. mogelijk maakt.

Hiermee ben ik bij het onderwerp dat Schlössels slechts kort aan het einde van zijn referaat aanstipt, maar wat voor mij persoonlijk een hoofdthema zou moeten zijn: de betekenis van bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening voor rechtsbetrekkingen naar burgerlijk recht. Maar ik besef terdege dat de lepel al meer dan gevuld is, en zal mij dan ook beperken tot een enkele reactie op zijn derde casus. Die casus betreft het recente arrest *Ludlage/Paradijs*³⁶ waarin de Hoge Raad het arrest *Vermeulen/Lekkerkerker*³⁷ bevestigt. Persoonlijk ben ik nog steeds gecharmeerd van die benadering. Het feit dat een bepaald gebruik op grond van een specifieke regeling is toegelaten zegt m.i. nog niet meer dan dat er in het doel van die specifieke publiekrechtelijke regeling geen weigeringsgrond en dus geen onrechtmatigheidsgrond meer gevonden zal kunnen worden. Dat wil echter nog geenszins zeggen dat ook daarbuiten alles in orde en rechtmatig is.

34 In haar boekbespreking van de eerste druk van mijn *Nederlands bestuursprocesrecht*, NTB 2004, p. 78 (l.k.), p. 80 (l.k.; 2x). Vgl. ook het referaat van Polak, met name par. 8, waar het gebruikelijke misverstand wordt verwoord dat volledige bestuurscompensatie tot onbestuurbaarheid zou leiden. Polak ziet dan ook niet de door mij verdedigde keerzijde van de compensatie van onevenredig nadeel; de afoming van onevenredig voordeel.

35 Tak 1978, par. 7.4.

36 HR 21 oktober 2005, JB 2005, 318.

37 ofwel *Kraaien- en Roeken*; ook wel *Mastwijkerplas* genoemd: HR 10 maart 1972, NJ 278; zie ook F.H. van der Burg, P.J.J. van Buren & J.H. van der Veen (red.) *AB Klassiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, nr. 13.

Ook in het arrest *Ludlage/Paradijs* wordt de vraag, of de vergunning (in dit geval een bouwvergunning) zonder meer vrijwaart tegen de hinderactie uit het Burgerlijk Wetboek, door de Hoge Raad ontkennend beantwoord. Ik acht dit juist, alsmede de toelichting van de Raad dat onze bestuurswetgeving er niet toe strekt steeds (onrechtmatige) hinder in individuele gevallen tegen te gaan. Ook ik ben van mening dat in bestemmingsplannen door het bestuur nu eenmaal niet kan worden geanticipeerd op alle denkbare hindersituaties, zo min als de burger voortdurend actief en oplettend kan zijn en (door het aanwenden van bestuursrechtelijke middelen) de totstandkoming kan bestrijden van bestemmingsplannen die mogelijkerwijs tot hinder kunnen leiden. En natuurlijk kan de inhoud van een bestemmingsplan, afhankelijk van de gedetailleerdheid en het onderzoek dat aan de totstandkoming vooraf ging, van invloed zijn op de beoordeling van een hinderactie.

Het feit dat door de Hoge Raad nog eens een echte, individueel gerichte rechterlijke beoordeling wordt gevergd van de omstandigheden van het geval, aangelegd tegen de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, acht ik een verademing in dit neolegistische tijdperk.

4 ANTWOORD AAN PROF. MR. B.M.J. VAN DER MEULEN

Het referaat van collega Van der Meulen gaat nader in op het object van toetsing. Zijn weergave van mijn opvattingen inzake dit thema acht ik adequaat, zodat ik mij in deze reactie kan beperken tot beantwoording van een aantal min of meer losse vragen die door hem worden opgeworpen. Daarbij meen ik overigens zijn opmerkingen en vragen met betrekking tot mijn opvatting inzake het algemeen belang en de behartiging daarvan, al genoegzaam te hebben beantwoord bij de behandeling van het referaat van Drupsteen.

Zijn wat terzijde gestelde vraag naar mijn opvatting inzake de legitimatie³⁸ van rechters zou ik op Socratiaanse wijze willen beantwoorden: wie zich voegt in een rechtssysteem, aanvaardt daarvan ook de handhaving en de berechting van overheidswege. In de kern is daarmee de legitimatie van rechtspraak voor mij dezelfde als die van wetgeving en bestuur: de acceptatie ervan door het autonome individu. Die acceptatie betreft het systeem als geheel, dus zelfs wanneer het systeem zich tegen de burger keert, zoals Socrates treffend duidelijk heeft gemaakt door het ledigen van de gifbeker. Enkel verwerping van het systeem als geheel ontslaat naar mijn opvatting individu of groep van zowel de rechten als de plichten daarvan.

38 Niet de legaliteit: die komt voort uit de wet.

Het aanhangig maken van rechterlijke procedures acht ik inderdaad het prerogatief van de burger wiens burgerlijke rechtspositie in het geding is, terwijl het aanspannen van bestuurlijke procedures in theorie zeker ook ambtshalve zou kunnen, en zelfs een prerogatief van de overheid kan worden geacht.³⁹

De twijfel die Van der Meulen uit in voetnoot 19 is ongegrond. Met *publiekrechtelijke* onrechtmatigheid van het overheidsbesluit is voor mij steeds ook *burgerrechtelijke* onrechtmatigheid gegeven. Deze benadering in het arrest *Van Gog/Nederweert* heb ik onderschreven als ook vandaag de dag nog steeds deugdelijk en juist.⁴⁰ Ik wil in dit verband ook niet weten van een civielrechtelijke benadering; het publiekrecht kent zijn eigen onrechtmatigheidscriteria, zijn eigen toerekenbaarheidscriteria, zijn eigen belangenafbakening, en daarmee schadeafbakening, zijn eigen causaliteitsbenadering en zijn eigen vaststelling van de aansprakelijk te stellen persoon. Ook zou ik niet willen weten van een civielrechtelijke relativiteitsbenadering bij besluiten van de overheid; zij is publiekrechtelijk vervangen door de eis van belanghebbendheid en door de binding *erga omnes* van alle overheidsgezaguitoefening. Iedere ingreep die objectief onrechtmatig is, is ook subjectief onrechtmatig. Hier is dus geen ruimte meer voor relativeren, terwijl een objectief rechtmatig besluit nog wél *tevens* subjectief onrechtmatig kan zijn, zoals het *Varkensmestersarrest* terecht leert. De verklaring hiervan ligt in de werking *erga omnes* van de objectieve kant van alle overheidsbesluiten.

Enkel de materie van het bewijs, de vaststelling van de schade in een zorgvuldige schadeprocedure, dient in mijn ogen plaats te vinden naar analogie van het burgerlijk recht, tenminste zolang ons bestuursprocesrecht beoedeld blijft met de schandvlek van het geheel en al ontbreken van een behoorlijke procedure terzake, en enkel berust op natte vingerwerk en andere subjectieve, en dus eigen-wijze, opvattingen van de oordelende rechters. Een hovaardij, die voor mij niet te billijken valt.

De mening van Van der Meulen,⁴¹ dat de grondwettelijke grondrechten voor mij ook een dimensie zouden hebben in het algemeen belang, en dat de rechter er in die context niet aan zou mogen toetsen, wijs ik met kracht van de hand.

39 Ik herinner er in dit verband aan dat bij de totstandkoming van de Beroepswet van 1901 aanvankelijk nog werd gedacht aan een actie van het Openbaar Ministerie (vgl. E.P. de Jong e.a., *Het administratieve procesrecht volgens de Beroepswet*, Lelystad: Vermande 1984, p. 49 e.v. en 64 e.v.), en dat het enkel een onverantwoorde 'efficiëncy'-gedachte is geweest om dit maar over te laten aan de gedupeerde burger, die de oorzaak was van de fundamentele constructiefout in ons bestuursprocesrecht, zoals ik uiteenzet in mijn Ongewenste Discussie.

40 Ik volsta met te verwijzen naar mijn bijdrage in *RMThemis* 2004: 'Toch maar de Hoge Raad volgen? Bestuursrechtelijke vernietiging en civiele onrechtmatigheid.' (p. 3-13), en Tak 2005, p. 1116 e.v.

41 Verwoord in voetnoot 22.

Ik geloof nu eenmaal niet in een totalitaire gedachtengang waarin burgers hun rechten ontleen aan de overheid of aan een andere externe bron: die rechten, fundamentele rechten zo goed als minder fundamentele, kleven naar mijn stellige opvatting nu eenmaal – zo men wil ‘van nature’, juist op grond van de menselijke natuur – de mens aan als enig mogelijk subject en object van recht in dit ondermaanse, daarin slechts beperkt door de gelijkwaardige gerechtigdheid van zijn medemens(en). Op dit fundament zijn al mijn theorieën gebaseerd: ik duid het korthedshalve als de menselijke autonomie.

De scheidslijn tussen de bestuurlijke en de rechterlijke procedure loopt naar mijn opvatting in wezen enkel naar materie: dat zij zich in de praktijk veelal ook naar tijd zal manifesteren heeft enkel te maken met het verschil in vormgeving van die procedures, alsmede met het belang van een eventuele objectieve onrechtmatigheidsvaststelling voor de subjectieve procedure. Noties als formele rechtskracht acht ik daarmee even gebrekkige als gevaarlijke procesbegrippen die enkel het zuivere zicht op de scheidslijn tussen beide procedures verduisteren. Ik kom daar op terug bij het referaat van Heldeweg.

Dat de resultaten van het door mij ontvouwde systeem niet ver af staan van de resultaten die het huidige Nederlandse bestuursprocesrecht genereert, waag ik te betwijfelen – waarmee ik ook reageer op zijn analyse van praktische voordelen en nadelen. Juist vanwege de impact van het algemeen belang, dat iedere procedure van burger tegen overheid bezoedelt, gaat nu steeds het voordeel van de twijfel uit naar de overheid; worden de uitleg van de norm door de overheid en de vaststelling van het feit door de overheid gevolgd, waarbij de deskundige van de overheid veel belangrijker wordt geacht dan die van de burger; vinden nauwelijks of geen inhoudelijke veroordelingen van de overheid plaats en worden op jaarbasis in totaal nog geen 100.000 Euro aan schadevergoedingen toegekend door rechters voor onrechtmatige gezagsuitoefeningen van alle organen, instanties, diensten en instellingen die maar gerekend kunnen worden tot de BV Nederland. Ik betwijfel toch echt, of dit ook zo zou blijven als het door mij voorgestane subjectieve proces zou worden gevolgd; geheel en al ontdaan van de mogelijke impact van de uitkomst van zo’n proces van en voor het algemeen belang, het gemeenschapsbelang.

De vragen aan het slot van het referaat van Van der Meulen betreffen vooral de door hem gevreesde verstoring van de *checks and balances* als de rechter niet langer meer het bestuur controleert, en als de Raad van State zoals in Frankrijk enkel de top van de administratie zou worden.

Inderdaad zou dan de controle van de rechter op de activiteit ‘bestuur’ verdwijnen; maar, dient het tegenwicht in deze ook wel te komen van de rechter, zou ik hem willen vragen. Dient dit tegenwicht niet te komen van hoger bestuur en van de volksvertegenwoordiging, waarmee het laatste woord voor wat betreft de algemeen geldende uitspraken niet ligt bij de rechter, maar

ook niet (zoals hij vreest) bij de wetstoepasser, de uitvoerende macht, maar bij de volksvertegenwoordiging als representant van de individuele autonomie van iedere burger?

Ik sluit af met een woord van teleurstelling, dat het blijkens zijn laatste voetnoot voor hem niet *luce clarius* is, dat voor mij de vrijheid van de burger, in de zin van diens autonomie, het alpha en omega is van heel het recht. Ik meen zulks toch wel eerder gezegd te hebben,⁴² maar heb dit blijkbaar te vanzelfsprekend geacht.

Evenwel vind ik aanstonds voldoende troost in zijn slotconclusie, dat iedere andere basis dan deze autonomie voor het vastleggen van de burger, op de langere termijn het risico in zich draagt van ongerechtvaardigde en willekeurige inperking van deze autonomie. *Hear, hear!*

5 ANTWOORD AAN DR. M.A. HELDEWEG

Het referaat van Heldeweg legt getuigenis af, dat hij mijn theoretische uitgangspunten en concepten wellicht het zuiverst heeft begrepen. Hij geeft daar zelfs eigen uitwerkingen aan. Daarbij borduurt hij voort op het recent door mij in het *Nederlands Juristenblad* aangereikte model van procesrechtelijk onderscheid tussen titelbesluiten en vaststellingsbeslissingen. Hij doet dit onderscheid samenvallen met dat tussen objectieve en subjectieve rechtsgangen, en zelfs met de objectieve en subjectieve toetsing van die besluiten. Ik acht zijn uitwerking van dit model een alleszins te overwegen gedachtegang, en heb slechts op een enkel onderdeel mijn vragen.

Heldeweg onderstreept dat, vanwege de behartiging van het algemeen belang van alle besluiten en ander overheidsgedrag, het normatieve aspect eigenlijk steeds actief blijft.⁴³ Impliciet verwerpt hij daarmee de onveranderlijkheid van de norm in het publiekrecht en relateert hij de veranderingen in de norm aan het algemeen belang.

Op zich is dit geen onbekende zienswijze: zij legt een directe relatie tussen politiek en recht,⁴⁴ een opvatting, waar ik zelf overigens toch altijd een vraagteken achter gesteld heb. Naar mijn gevoel ontspruiten alle normen – dus ook in het publiekrecht – uit de individuele autonomie. Die normen vormen zich inderdaad naar de omstandigheden en de samenleving; zij worden daardoor

42 Onder andere in mijn co-producties met Teunissen tegen de zorgplichten: 'Recht ist was der Umwelt nützt?', *NJB* 1994, p. 605, en 'Wie zorgt er voor de rechtsstaat? Een voortgezet debat', *R&K* 1994, p. 340-354; Zie voorts Tak 1978, par. 1.4.

43 Par. 3 referaat.

44 Zoals die door bijvoorbeeld in extremis is getrokken door Van Maarseveen die staatsrecht identiek achtte aan politiek recht: H.Th.J.F. van Maarseveen, *Politiek recht, opvolger van het staatsrecht?*, Deventer: Kluwer 1971.

echter niet gecreëerd. Het is voor mijn gevoel eenzelfde fenomeen als de toepassingsvormen die de *algemene rechtsbeginselen* krijgen bij hun toepassing in de bijzondere rechtsgebieden van burgerlijk recht, strafrecht en staats- en bestuursrecht.⁴⁵ Ik zou derhalve de toepassingsvormen veranderlijker willen noemen dan de achterliggende normen en beginselen, die voor mij onveranderlijker worden naarmate hun abstractie toeneemt.

Een tweede belangrijk punt betreft de door hem aan de orde gestelde⁴⁶ betekenis van de bestuurlijke heroverweging voor de subjectieve rechtsbescherming.⁴⁷ Kan men die betekenis wel duiden in termen van formele rechtskracht?, zo vraagt hij zich af.

Hij noemt dit zelf zijn belangrijkste bedenking tegen mijn model.⁴⁸ Die formele rechtskracht lijkt hem voor het contentieus bestuursprocesrecht complex en eigenlijk ook niet echt nodig om het overheidsgezag van de titelbesluiten te kunnen vestigen.

Ik kan hem geruststellen. In feite ben ik het geheel met hem eens. Heldeweg heeft naar mijn smaak volledig gelijk wanneer hij afstand neemt van het toch al dubieuze begrip formele rechtskracht voor de rechtsvaststellingen in abstracte of objectieve zin. Ik ben slechts het zoveelste slachtoffer geworden in de rij van gebruikers van de onmogelijke terminologie van de formele rechtskracht. In wezen is bij objectieve toetsing natuurlijk enkel de kwestie van de geldigheid van een norm aan de orde, en die wordt inderdaad bepaald door de objectief-abstracte rechtmatigheidsverhouding tot andere normen, en in ieder geval door andere dan procesrechtelijke uitgangspunten. Wat de door het bestuur geformuleerde normen betreft is dat inderdaad met name, zoals hij het typeert, door de institutionele legitimatie van het bestuur zelf. En inderdaad bestaat dus stellig geen behoefte aan een uitgebreid opgetuigde objectief-contentieuze procedure: alles wat doet denken aan een partij-proces behoort naar mijn smaak bij de toetsing van overheidsbesluiten zelfs zorgvuldig vermeden te worden: daarvoor hebben we al te veel lesgeld betaald.

Scherpzinnig ordent Heldeweg de beginselen des rechts zoals deze in het publiekrecht uitwerken.⁴⁹ Zelf heb ik in de eerste bundel van de Maastrichtse school samen met Bakker het verbod van willekeur aangewezen als de 'moe-

45 Over dit fenomeen had ik al een polemiëk met Scheltema in aan aantal artikelen in *De Gemeentestem* van 1975, doch het heeft tot in dit millennium geduurd voor ook hij de gemene rechtsleer in deze door mij verdedigde betekenis omarmde in 2003 (M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003).

46 Referaat, par. 6.

47 Referaat, par. 6.

48 Referaat, par. 10.

49 Referaat, par. 8.

der' van alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁵⁰ Heldeweg toont aan, dat mijn verdere werk eerder wijst op het égalité-beginsel. Hij heeft een punt, naar het mij voorkomt, al blijf ik ook het willekeurverbod een hoeksteen vinden. Wellicht is echter de een de moeder en de ander de vader, en bestaat er (zoals in een goede relatie betaamt) ook een onmiskenbaar verband tussen deze beide beginselen. Wat mij betreft vraagt zijn interventie dringend om nadere studie. Is er mogelijk een verband, of zelfs een samenval, met de twee tegenpolen van het recht, zonder welke het recht zelf niet denkbaar zou zijn, zo vraag ik mij af; het hoofdbeginsel van de rechtszekerheid, in het publiekrecht verwoord door het verbod van willekeur, tegenover het hoofdbeginsel van de rechtvaardigheid, in het publiekrecht verwoord door het égalité-beginsel? Graag zal ik mijn oude studie met Bakker op dit punt gecorrigeerd of aangevuld zien.

Meer in het algemeen vind ik deze indeling van de beginselen van behoorlijk bestuur door Heldeweg vernieuwend, waar hij ze onderscheidt naar abstracte en concrete werking, daarmee een dimensie toevoegend aan het gebruikelijke onderscheid tussen materiële en formele beginselen – dat hier naar ik meen bepaald niet mee samenvalt.

Ook scherp gezien acht ik zijn constatering,⁵¹ dat schending van het égalité-beginsel problemen geeft bij de huidige rechterlijke taakverdeling.

Inderdaad: kort gezegd gaat de burgerlijke rechter immers voor de onrechtmatigheid of rechtmatigheid van het besluit af op de uitslag van het bestuursrechtelijke proces. En als het besluit daar rechtmatig is bevonden, is het een (bij mijn weten nog nooit vertoonde) *tour de force* om dan toch nog te besluiten tot een onrechtmatige daad in civielrechtelijke zin. Bij *Varkensmester* ging het nog om een besluit dat (als wettelijk voorschrift) niet kon worden getoetst door de bestuursrechter, zodat de civiele rechter daar tot zijn bekende constructie kon komen. Maar als een besluit wél getoetst kan worden door de bestuursrechter, dan blijkt deze weg gesloten, zo heeft het arrest *Eetcafé Pannekoekenhuis De Kabouter*⁵² uitgewezen. Een zeer onbevredigende situatie, die mijns inziens alleen kan worden opgelost door volledig de consequenties te trekken van het verschil tussen abstracte en subjectieve toetsing, waarmee in alle gevallen de *Varkensmesters*constructie kan worden gevolgd: het oordeel van de bestuursrechter is enkel maatgevend voor de onrechtmatigheid in abstracto van het besluit; de civiele rechter blijft daarna nog verplicht tot onderzoek naar de onrechtmatigheid in het subjectieve geval: onrechtmatig jegens Leffers wegens schending van de égalité.

50 R.E. Bakker & A.Q.C. Tak, 'De centrale rol van het willekeurverbod bij de toetsing van overheidshandelen.', in: A.W. Heringa & N. Verheij (red.), *Publiekrechtelijke bewegingen*, Deventer: Kluwer 1990.

51 Referaat, par. 9.

52 HR 6 december 2002, *JB* 2003, 3.

6 ANTWOORD AAN PROF. MR. J.E.M. POLAK

In het referaat van collega Polak tenslotte mis ik vooral aandacht voor, en theoretische weerlegging van, mijn ‘burgerrechtelijke handboek voor de overheid’, *De overheid in het burgerlijk recht* uit 1997. Daarin zette ik mijn ‘invullende rechtsleer’ uiteen, alsmede mijn visie op het verschil tussen burgerlijk recht en privaatrecht, en mijn bevoegdheidsbenadering voor enerzijds publiekrechtelijk handelen en anderzijds burgerrechtelijke handelingen.⁵³

Polak beperkt zich tot het rechtsbeschermingssysteem van de Awb, en stelt de vraag, of het niet praktischer was geweest om te bezien hoe daarin verbetering te brengen dan om een (in zijn ogen) *mission impossible* uit te voeren. Ik zou die willen beantwoorden met de opmerking, dat niets zo praktisch is als een deugdelijke theorie.

Het centrale thema van zijn referaat betreft de vaststelling van de individuele rechtspositie door de rechter op basis van een vordering uit gelijkheid voor de publieke lasten.⁵⁴ Daarbij moet vooral mijn conclusie het ontgelden, dat rechters bestuursbesluiten niet zouden moeten schorsen of vernietigen. Polak wil deze opvatting graag verduidelijkt zien aan de hand van concrete casusposities.

Hier ben ik in het kader van de vorige referaten al op ingegaan, zodat ik kan volstaan met daar naar te verwijzen.

Uit zijn 22-jarige ervaring als advocaat komt Polak tot de stelling, dat het vanwege de ingewikkeldheid van het burgerlijk proces aanbeveling verdient om het huidige systeem, waarbij het accent ligt bij de Raad van State, te handhaven, en zelfs compleet te maken door invoering van verzoekschriftprocedures op die terreinen waar het besluitmodel niet of minder goed functioneert, zoals het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige besluitvorming.

Deze voorstellen van de door hem voorgezeten Commissie uit de VAR zijn niet nieuw. Reeds in 1976 werd door de latere Regeringscommissaris voor

53 Ook blijven hierdoor onderbelicht mijn opvattingen over de positie van de overheid in het publiekrecht (hoofdstuk 1), de overheid in het burgerlijk recht (hoofdstuk 2), de overheid in de rechtsbescherming (hoofdstuk 3), de overheid in het personenrecht (hoofdstuk 4), de overheid in het goederenrecht (hoofdstuk 5), en niet in de laatste plaats, de overheid in het verbintenissenrecht (hoofdstuk 6). Ik meen dat deze reactie ook onvoldoende recht doet aan mijn beschouwingen over de overheid en de burgerrechtelijke rechtsbetrekkingen, die reeds aanvingen met mijn handboek uit 1978 en na studies als mijn Maastrichtse oratie, mijn invullende rechtsleer, en het co-product met Simon over de overheid in schaapskleren (H.J. Simon & A.Q.C. Tak, ‘Het BW als ‘zwart gat’’, *NTBR* 1994, p. 173-180) culmineerden in dit handboek van 1997.

54 Met name de hoofdstukken 3 (de overheid in de rechtsbescherming) en 6 (de overheid in het verbintenissenrecht) van mijn handboek uit 1997 behandelen dit thema.

de Awb, M. Scheltema, in het Rapport Complementair Bestuur Verkend⁵⁵ gepleit voor een behandeling van *alle* aangelegenheden van de overheid door de bestuursrechtelijke rechter. Scheltema is toen reeds⁵⁶ geconfronteerd met de onwerkelijkheid van zo'n systeem, dat noodwendig ook zaken als contractbreuk door de burger, en dus ook eisen en vorderingen van de overheid tegen de burger onder de competentie van de bestuursrechter zou moeten brengen, met alle vragen vandien naar toepasselijk recht, materieel zo goed als formeel. Wat ingetogener heeft Scheltema zijn pleidooi in 1992 herhaald⁵⁷ en in september 1996 kwam hij, in wezen vanuit dit oude gedachtengoed, zelfs met een pleidooi voor een fundamenteel andere opzet dan zijn eigen besluit-systeem voor de rechtsbescherming tegen de overheid en het bestuursprocesrecht in de Awb.⁵⁸ Ook daar echter, waar ook Polak het goed denkbaar acht dit besluit-model af te schaffen, zoals in het sociaal-verzekeringsrecht en het belastingrecht,⁵⁹ en waar volgens hem 'een meer civiele benadering, zoals door Tak bepleit, zich goed laat denken', houdt hij toch vast aan de Raad van State als de bevoegde instantie, in plaats van de rechterlijke macht, oordelend in

55 *Complementair bestuur verkend*; Rapport van de Werkgroep Complementair Bestuur, ingesteld bij ministeriële beschikking van 24 mei 1976 (*Stcrt.* nr. 103); Staatsuitgeverij, december 1977 (met name op p. 62). Scheltema persoonlijk verdedigde het beroep op de Raad van State voor overeenkomsten in dit kader reeds in zijn bijdrage 'Samenwerking van overheidsorganen in verband met complementair bestuur' *Bestuurswet* 1976, p. 315-330 (met name op p. 328).

56 Interimrapport, 1977. Na de landelijke 'kraakdag' van de voorstellen (zie bespreking W. Konijnenbelt in *BR* 1979, p. 169-181), vinden we ze in het Eindrapport van 1980 niet meer terug. Zie ook de afwijzende reactie van J.M. Kan, 'Samenwerking van overheidsorganen in verband met complementair bestuur', *Gst.* 6427,1.

57 In het themanummer van het WPNR over De overheid in het privaatrecht: M. Scheltema, 'Een bijzondere positie voor de overheid in het overeenkomstenrecht? of: aandacht voor de bestuursrechtelijke overeenkomst?', in: A.R. Bloembergen e.a., *De overheid in het privaatrecht twintig jaar later*, Deventer: Kluwer 2006, p. 958-963.

58 M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996, p. 1355-1361. Ik heb steeds betreurd dat Scheltema de discussie over zijn ideeën steevast uit de weg is gegaan (vide o.a. Michiel Heldeweg & Eveline van der Linden, 'Een volwaardig bestuursrechtelijk debat' *NJB* 1996, p. 1818-1820, met naschrift van M. Scheltema op p. 1820, alsmede mijn 'Een volwaardig bestuursrecht. In discussie met Scheltema' *NTB* 1996, p. 299-303). Dit geeft enkel voeding aan ongemotiveerde navolgingen zoals nu ook die van Polak. Op de achtergrond van deze nooit ter discussie gestelde opvatting bespeur ik de associatie met de wederkerige rechtsbetrekking (zoals ik op p. 175 aangeef), welke notie ik besproken heb bij het referaat van Drupsteen en met deze verworpen heb. Op p. 176 stel ik: 'Deze ideeën (...) paren een hoog rechtvaardigheidsstreven aan een geringe waardering van individuele autonomie en democratische legitimatie. Aldus tekenen zich de contouren af van een totalitaire rechtsstaat, waarin democratie is ingewisseld voor rechterlijke rechtsbescherming en individuele vrijheid voor sociale gerechtigheid, onder verwijzing naar mijn reactie in *NTB* 1996, p. 299-303, waarop ik ook nimmer een reactie van Scheltema mocht ontvangen. Zo wordt de discussie wel moeilijk.

59 En waar mijns inziens moeiteloos het wegenverkeersrecht en het overige sociaal zekerheidsrecht en een belangrijk deel van het economisch orderingsrecht aan toe te voegen zouden zijn.

een overheidskamer (zoals ik voorsta). Daarbij beroept hij zich op de ‘enorme bloei van ons vakgebied’; een argument, waar ik onder verwijzing naar mijn handboek bestuursprocesrecht liever maar stilzwijgend aan voorbij ga.

Polak rept in dit verband van een ‘tweepartijen bestuursrecht’, maar moet daarbij blijkbaar toch niet veel hebben van het EVRM-procesrecht. Dat is te zeer gericht op genoegdoening van de rechtzoekende burger achteraf, zo is zijn kritiek.

Het zal duidelijk zijn dat ik dit anders beoordeel. Ik wil me daarbij niet eens beroepen op het autoriteits-argument dat artikel 6 EVRM hier in Nederland gewoon rechtstreeks werkt. Op vele plaatsen⁶⁰ heb ik juist artikel 6 EVRM aanbevolen als de spil van een deugdelijk en ook internationaal acceptabel Nederlands bestuursprocesrecht en daar ook praktische uitwerking aan gegeven.⁶¹ Waarom zou het overigens zo zijn dat alle voordelen van een verzoekschriftprocedure, zoals de door Polak voorgezeten VAR-commissie die bepleit, niet evenzeer bereikt zouden worden bij invoering ervan voor een overheidskamer bij de rechterlijke macht? Dit soort ‘praktisch’ genoemde keuzes voor de Raad van State lijkt me meer ingegeven door de politieke wens van bevestiging van de bestaande situatie, de gevestigde orde, dan van een ook internationaal aanvaardbare, logische en onverdachte inschakeling van de echte rechterlijke macht voor de effecten van overheidsoptreden op een individuele rechtspositie.

Maar Polak wil de schending van de rechtspositie c.q. van de belangen van de burger dan ook niet tot uitgangspunt nemen bij de rechtsbescherming tegen de overheid. Dat is geen stimulans voor op het algemeen belang gericht overheidsingrijpen en leidt tot onbestuurbaarheid, omdat de overheid bij vrijwel ieder overheidsingrijpen tot compensatie moet overgaan, zo betoogt hij. Daarom legt hij de ‘*égalité devant les charges publiques*’ zelfs uit als een beginsel dat belangschendingen die door de burger als onevenredig worden ervaren, nu juist *niet* vergoed moeten worden (behalve dan als ze voldoen aan de ‘zware criteria’ van onevenredige schade die buiten het maatschappelijk risico valt). Ik acht het aanstonds duidelijk, wat de kansen zijn die een burger in deze gedachtengang maakt die nadeel ondervindt van overheidsbeslissingen en die zich om compensatie daarvan te krijgen noodgedwongen (vanwege de processuele connexiteit) eerst moet richten tegen het overheidsbesluit zelf, zoals een kippenboer waarvan de hennen van de leg zullen raken door een Betuwe-lijn. Een actie tegen die lijn (die bij gegrondbevinding volgens ons

60 Ook reeds in mijn handboek uit 1997 (op p. 174).

61 Zoals in mijn aanbeveling om de uitzondering van artikel 8:3 Awb te schrappen; iets waarvoor ook anderen zoals De Haan met kracht strijden. Maar misschien is dat niet ‘praktisch’ genoeg?

systeem enkel kan resulteren in een vernietiging) is waarachtig het schieten met een kanon op een mug.⁶²

Inderdaad lijkt de huidige maatschappij ontvankelijker voor overheidsbeheersing van alle mogelijke terreinen van het maatschappelijk leven en minder gevoelig dan vroeger voor aantasting van belang- en rechtsposities van burgers, en lijkt daarbij het brengen van offers voor de gemeenschap niet langer een exclusief door belastingrecht en legaliteit gedomineerde kwestie.⁶³ Daarbij hebben wij veel van onze autonomie ingeleverd en leveren we nog dagelijks in, niet alleen in omvang, maar ook in waarborgen. Onze voorvaders achtten aantasting van eigendom en belasting van de burger nog enkel mogelijk krachtens besluitvorming van regering en volksvertegenwoordiging tezamen, gehoord de Raad van State; kortom op basis van de formele wet, en dan nog enkel onder de garantie van controle van de uitvoering door de rechterlijke macht. Daarbij stond voor wat betreft onteigening en andere aantasting van rechten volledige schadevergoeding voorop. Tot in de jaren zestig van de vorige eeuw gold daartoe een systeem van gescheiden titelbesluit en vaststellingsbeslissing, met garantie van behandeling van de laatste door de rechterlijke macht, met mogelijkheid van cassatie. Een half decennium terug is dit, om andere dan juridische motieven, ingewisseld voor een puur administratieve behandeling en subjectieve beoordeling door de administratie zelf. Thans lijken zelfs nog residuen als planschade geruimd te moeten worden opdat wij de absolute sociale heilstaat kunnen bereiken. In het spoor van het (onwetmatige) denken in termen van zorgplichten lijkt nu ook het brengen van offers voor de gemeenschap algemeen van burgers verlangd te mogen worden, zonder de voorwaarden van voorafgaande wettelijke normering en rechterlijke rechtsbescherming zoals in het onteigeningsrecht en fiscale recht.

Vaak, zoals nu ook door Polak, wordt dit verdedigd met het argument dat belangrijke overheidstaken anders niet meer betaalbaar zouden zijn in de sociale welvaartstaat. Maar mag dit dan een excuus zijn voor het passeren van legaliteit en rechtvaardigheid? Dienen politici hun projecten dan niet meer gewoon vóóraf te onderbouwen met een financiële haalbaarheid, en daar anders eenvoudigweg van af te zien (behoudens het nog verder opschroeven van de belastingdruk)? Maar het is natuurlijk gemakkelijker om enkel het belang van het project te onderstrepen en de financiële afwikkeling te verwijzen

62 En niet met een olifant op een mug, al is het resultaat daarvan wellicht hetzelfde.

63 Ik beschreef die ontwikkeling reeds op vele plaatsen, onder andere in 1978 in hoofdstuk 7 van *Overheidsbestuur en privaatrecht*, in par. 6.5 van mijn handboek over *De overheid in het burgerlijk recht* uit 1997 en par. 15.1.1.1 van mijn handboek *bestuursprocesrecht* uit 1997. De meest uitvoerige historische uiteenzetting treft men evenwel aan in mijn artikel 'Financiële compensatie terzake van rechtmatige bestuursdaden' *NJB* 1980, p. 653-667 (ook opgenomen in *Schade lijden en schade dragen*, Boekenreeks *NJB*, nr. 6, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 85-118).

naar open-eind-regelingen, die pas toepassing kunnen krijgen als het gehele project onherroepelijk is geworden en de politieke opvolger wellicht al is aangetreden. Over moeilijk verkoopbare operaties als negatieve compensatie (afroming van voordeel),⁶⁴ hoeft men zich dan natuurlijk ook niet het hoofd te breken.

Ter rechtvaardiging van de rechtspraak in deze van de Raad van State wijst Polak op de witte raaf van de *Heerlense tippelzone*. Hij kan mijn ergernis over het feit, dat men voor dit soort schade nog steeds is aangewezen op de Paul Krügerbenadering, daarom niet volgen. Maar is het dan niet zo, dat ook in de Heerlense benadering sprake dient te zijn van een onherroepelijk besluit? En als dat zo is, heeft dan de benadeelde niet verzuimd om te trachten zijn belang in de weegschaal van de belangenafweging te leggen, en dus te procederen? Zoals Polak erkent, geldt toch ook hier de eis van de processuele connexiteit? Zo blijkt de weg naar de Heerlense tippelzone toch over de Paul Krügerbrug te lopen! En wat schort er dan aan de benadering van de Hoge Raad, dat een goede belangenafweging enkel mogelijk is als de benadeling van het individu wordt ondervangen, en dat anders sprake is van schending van artikel 3:4 Awb? Heeft de Raad van State eigenlijk zijn (duidelijk van de wetsgeschiedenis en van de Hoge Raad afwijkende) beperkende uitleg van artikel 3:4 lid 2 Awb eigenlijk wel ooit gecommuniceerd met die Hoge Raad? Dat ligt gevoelig bij die twee hoge Colleges van Staat, heb ik begrepen. Maar waarom is het dan de Hoge Raad die het altijd verkeerd ziet?

Dat de door de overheid jaarlijks uitgekeerde totale schadebedragen in verhouding tot de jaren '70 'ongetwijfeld' 'exponentieel' zijn gestegen, ben ik toch zo vrij te betwijfelen. De mij ter beschikking staande cijfers duiden in een volstrekt andere richting, zeker als men factoren als bevolkingstoename en uitbreiding van overheidszorg in die beschouwing betreft. Welke zijn eigenlijk die cijfers die Polak ter beschikking staan; waarop zijn deze gebaseerd, en hoe betrouwbaar zijn ze? Uit de gepubliceerde rechtspraak zijn zij zeker *niet* te distilleren, integendeel, en Maastrichts scriptieonderzoek wijst in volstrekt andere richting. En toch ook volgens de belijdenis van Polak zelf gaat het bij égalitéschade om schadevergoeding voor betrekkelijk *uitzonderlijke* gevallen (en zijns inziens terecht, omdat ingrijpen door de overheid in beginsel door de burger hoort te worden geduld)? En hij betoogt toch ook dat een benadering waarin de rechter bij vrijwel iedere belangenschending tot schadevergoeding zou overgaan, afbreuk doet aan de noodzaak dat in een sociale rechtsstaat de overheid geroepen is om in het algemeen belang ten behoeve van de gehele gemeenschap op grond van de haar toegekende bevoegdheden verstrekkend in te grijpen? Met respect, maar dit kan ik niet goed rijmen.

64 Zoals onder andere in par. 7.4 van mijn handboek uit 1978 en op p. 471 van mijn handboek uit 1997 bepleit.

Nog geen drie pagina's resteren voor mijn 'rijke ideeëngoed met betrekking tot de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht'. Deze worden bovendien helaas gekenmerkt door een nogal verkeerd begrip van dit ideeëngoed. Zo is mijn invullende rechtsleer geenszins een leer die inhoudt dat de publiekrechtelijke rechtsverhouding kan worden 'ingevuld' met privaatrechtelijke bepalingen als die zich daarvoor lenen. Dat lijkt me eerder iets voor aanhangers van de gemengde rechtsleer (die voor mij nog steeds geen leer mag heten).⁶⁵ Het juiste begrip van mijn invullende rechtsleer is precies omgekeerd, namelijk dat de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek publiekrechtelijk worden ingevuld bij toepassing op de overheid.⁶⁶

De benadering, dat de overheid gebruik mag maken van 'het privaatrecht' omdat artikel 2:1 BW de Staat enz. rechtspersoonlijkheid toekent, is door mij met klem van redenen als formalistisch weerlegd in mijn *Invullende rechtsleer*. Daarbij is overigens ook van betekenis, dat mijn boek afstand neemt van dit gebruik van het begrip 'privaatrechtelijk' en, met name voor het verbintenissenrecht kiest voor de term 'burgerrechtelijk'.⁶⁷ Het feit, dat het BW personen en rechtspersonen toelaat tot de gemeenschappelijke burgerlijke markt, zegt op zichzelf nog niets over de mate waarin die personen bevoegd zijn om op die markt zaken te doen. Die bevoegdheid moet men ontlenen aan eigen of andermans beschikkings- of beheersbevoegdheden, en die worden voor wat de overheid betreft exclusief en op grondslag van de wetmatigheidsleer geregeld in het publiekrecht.⁶⁸

Voor het overige heb ik als gezegd vergeefs gezocht naar studie en kritiek op mijn theorieën op dit gebied en de afwijzing daarvan. Voor de tegengestelde standpunten die worden ingenomen, ontbreekt iedere theoretische fundering. Een enkel appèl op de wetgever om oplossingen te geven voor kwesties als deze acht ik een miskennis van de eigen taak en plicht van de rechtswetenschap. Het is juist de taak en de plicht van de wetenschapper om te zorgen voor behoorlijke fundamenten voor wetgeving; zo niet, dan stort ieder wettelijk bouwwerk nu eenmaal binnen de kortste keren ineen, zoals wij zelfs moeten constateren bij de Algemene wet bestuursrecht nog voor zij een kwart eeuw oud is. Een schande voor de wetenschap, wat mij betreft.

65 Zoals ik in par. 2.4 van mijn handboek uit 1977 uiteenzet.

66 Zie par. 2.5 van het handboek uit 1977.

67 Zoals reeds in de Inleiding van het handboek uit 1977 wordt uiteengezet (p. 12-13).

68 Ik verwijs verder naar de uiteenzettingen onder andere op p. 63 e.v. van het handboek uit 1997.

7 ANTWOORD AAN PROF. MR. M. SCHREUDER-VLASBLOM⁶⁹

Hoewel ik hiermee aan het eind ben gekomen van mijn bespreking van de vijf referaten, wil ik toch niet afsluiten zonder nog een woord te wijden aan mijn meest scherpe en geduchte critica, onze gastvrouw van vandaag.

Collega Schreuder-Vlasblom kan vandaag als dagvoorzitter geen deel hebben aan de discussie zelf. Niettemin is zij zeer inhoudelijk betrokken bij de discussie. Dat bleek wel, toen zij de preadviseurs instrueerde over opzet en bedoeling van deze dag. Zij wees er toen op, dat in mijn opvatting de uitleg van de wetgeving, lees: de nadere normering, aan het bestuur is, en dat de rechtmatigheid van besluiten (die *beoogde* bestuurlijke normering betreffen), binnen het bestuur gecontroleerd en verzekerd moet worden. Voor de bestuursrechter is die rechtmatigheid van het besluit als rechtshandeling dus gegeven. Deze moet beoordelen of een burger door de *niet* beoogde gevolgen van het besluit – als (rechts)feit – onevenredig in zijn (vermogens)rechten of zijn rechten beschermde belangen wordt getroffen.

Dan volgt haar scherpe kritische vraagstelling: exceptieve beoordeling van de bestuurlijke normering aan de hogere publieke normen kan volgens Tak echter wel.⁷⁰ Daaruit blijkt volgens haar, dat de rechter, bij de vaststelling, of sprake is van relatieve onrechtmatigheid, en bij de exceptieve toetsing, dus toch dezelfde publiekrechtelijke voorschriften als norm mag hanteren die ook de grondslag vormen van de nadere normering door het bestuur. Waar zit dan in mijn visie nog het verschil in bestuurlijke en rechterlijke rechtsvorming, zo is haar vraag. Wat is eigenlijk het verschil tussen de bestuurlijke uitleg van hogere voorschriften bij het nemen van de beschikking, als finale normstelling door het bestuur naar aanleiding van een concreet geval, en bij de rechterlijke uitleg van diezelfde voorschriften bij de toetsing van die rechtsvaststelling in hetzelfde geval, zo interpreteer ik haar interventie.

Dat verschil nu zit naar mijn smaak precies in het verschil in activiteit, zoals dat tot uitdrukking komt in enerzijds het vormen van de finale bestuursnorm en anderzijds het toetsen van de daaruit voortgevloeide individuele rechtsvaststelling in de rechterlijke uitspraak. De activiteit van het bestuur is primair normstellend; tot uitdrukking wordt gebracht wat de 'concrete norm' als eindpunt van de normstellingslijn dient te zijn, gelet op alle omstandigheden van het geval. Daarmee wordt dan tevens de rechtspositie van de burger finaal bepaald; diens rechtspositie vastgesteld.

69 Wegens tijdgebrek niet meer op de studiedag zelf uitgesproken.

70 Zo is haar duidelijk geworden uit mijn reactie in *NTB* op haar boekbespreking (M. Schreuder-Vlasblom, 'Iets kroms, dat verbogen is; het Nederlands bestuursprocesrecht naar de leer van prof. Tak', *NTB* 2004/3, p. 73-78, met reactie dzz., 'De Awb ter discussie' *NTB* 2004, p. 122-125).

De activiteit van de rechter daarentegen is enkel die rechtsvaststelling te toetsen: kon, gelet op alle feiten en omstandigheden van het concrete geval, zonder schending van hogere normen, de individuele rechtsverhouding zó worden vastgesteld? Daarbij geldt de norm-zijde van die rechtsvaststelling als een gegeven dat van dezelfde orde is als een wettelijk voorschrift: slechts exceptief toetsbaar aan hogere wettelijke voorschriften en – met grote behoedzaamheid – aan algemene rechtsbeginselen.⁷¹

Bij de toetsing van die rechtsvaststelling mag dus geen rol meer spelen, dat zij geschiedde middels het vormen van een norm in het kader van het algemeen belang: immers met de Wet AB acht ik het oordeel over de innerlijke waarde of billijkheid van de norm zelf aan de rechter onthouden. Wel mogen *andere* juridische normen bij die toetsing een rol spelen, zoals consistentie, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Met name ook hogere normen dan de bestuurlijke eindnorm dienen bij deze toetsing bij wege van indirecte toetsing te worden meegenomen. De rechterlijke toetsing is dan als het ware een ‘tweetrapstoetsing’, zoals mijns inziens steeds het geval is bij indirecte toetsing. Eerst worden de relevante feiten getoetst aan de laagste norm. Vervolgens worden diezelfde feiten getoetst aan de hogere norm. Wijkt het resultaat van beide toetsingen af, dan gaat het resultaat van de hogere norm voor, en blijft de lagere norm in het concrete gevallen buiten toepassing. Dat is dus ook zo wanneer die lagere norm de eindnorm, kort gezegd het besluit is.

Anders gezegd: de rechter toetst rechtsvaststellingen uitsluitend aan concrete feiten en omstandigheden en aan juridische normen; het bestuur daarentegen ook aan algemene feiten en omstandigheden en aan normen van beleid, algemeen belang etc.

Nog korter gezegd: enkel in de controle van de uiteindelijke rechtsvaststelling, in de toetsing van het concrete feitenagglomeraat aan juridische normen, vallen bestuurlijke en rechterlijke activiteit ten dele samen. Daarbij dienen zij beiden volkomen zelfstandig tot een oordeel te komen, maar het rechterlijk oordeel behoort hier onvoorwaardelijk te prevaleren. Toetsing van de norm zelf, als zodanig, behoort aan rechters evenwel volledig te worden ontzegd, evenals beleidstoetsing en toetsing aan andere dan juridische normen. Als gezegd is het een misverstand, dat in ons constitutionele systeem alleen aan

71 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 110; P.J.J. van Buren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Riddershoven (red.) *AB klassiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2003, nr. 25; nr. 18, tB/S Burg. rechter 1986 nr. 4 (*Landbouwwliegers*). Zie voor de vraag, of de rechter na die toetsing de norm (in abstracto) onverbindend moet verklaren, dan wel (in concreto) buiten toepassing: G.E. van Maanen, De mythe van het onverbindend verklaren van algemene regelgeving door de burgerlijke rechter: een ongewassen varken; in: *NTB* 2000, p. 99-101, met reactie van J.G. Brouwer & A.E. Schilder en nawoord van Van Maanen in *NTB* 2000, p. 184-188.

rechters het gezag toekomt van rechtsuitleg, zeker waar het gaat om de abstracte uitleg van ons recht.⁷²

Ik weet zeker dat ook dit antwoord weer vele vragen zal oproepen. Mogen zich nu echter ook anderen in dit dispuut mengen, opdat onze wetenschap weer een kleine stap voorwaarts kan maken.

72 Daarom sta ik ook nog steeds volledig achter het grondwettelijke toetsingsverbod van artikel 120 Gw., dat zich naar mijn uitleg ook enkel verzet tegen directe abstracte toetsing van de wet zelf, doch geenszins tegen een indirecte toetsing naar aanleiding van een concrete casus. Naar mijn idee is dit ook het systeem zoals verdedigd door Van der Hoeven in zijn advies van 12 april 1991 naar aanleiding van het *Harmonisatiewetarrest*, en gepubliceerd in het onvolprezen *NJCM-Bulletin* 1992, p. 293 e.v.

9 | Er is niets praktischer dan een zuivere theorie!
Verslag van de Leidse studiebijeenkomst rond
het wetenschappelijk werk van
prof. mr. A.Q.C. Tak

*Tom Barkhuysen, Willemien den Ouden
& Ymre Schuurmans*[■]

1 INLEIDING

De studiedag begon – zoals eigenlijk ook wel viel te verwachten – vrijwel direct met een *fundamentele* vraag: is het ‘model Tak’ alleen een theoretisch model of is het een reëel, praktisch alternatief voor het huidige bestuursprocesrecht? Tak stelde bij beantwoording van die vraag voorop dat zijn ‘model’ vooral een denkmodel is, dat veel nadere reflectie en praktische uitwerking behoeft. Dat had als consequentie dat hij niet steeds alle vragen waartoe het model aanleiding geeft kon beantwoorden. Daarvoor is vaak ook nader onderzoek noodzakelijk. Iets vergelijkbaars geldt voor de omzetting van het model in een praktisch alternatief voor het huidige Awb-bestuursprocesrecht. Tak gaf onder verwijzing naar de ondersteuning die de Commissie Scheltema heeft gekregen bij haar werkzaamheden aan dat nog veel extra denkkracht is vereist voor die omslag. Deze ‘disclaimer’ had echter niet het effect dat de praktische bruikbaarheid van het model Tak in het vervolg van de bijeenkomst niet meer aan de orde werd gesteld door de deelnemers. Vragen op dit punt werden bevorderd doordat Tak de presentatie van zijn model gepaard liet gaan met stevige kritiek op het huidige systeem. Een en ander kwam in ieder geval de discussie ten goede.

Ter inleiding op de weergave van de geanimeerde discussie en de daarin gebruikte begrippen volgt eerst een beknopte samenvatting van de kern van het betoog van Tak.

Centraal in zijn denkmodel staan de twee te onderscheiden kanten van een overheidsbesluit. Op het moment van het nemen van het besluit (het ‘moment X’), valt het uiteen in enerzijds een norm met werking *erga omnes* en anderzijds een rechtens relevante handeling die de positie van een concreet

■ Prof. mr. T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Mr. drs. W. den Ouden is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. Y.E. Schuurmans is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

rechtssubject raakt. Taks ideeën over het systeem van rechtbescherming sluiten aan op deze tweedeling. De rechter zou zich alleen moeten uitspreken over de aantasting van (vermogens)rechten van het concrete rechtssubject. De toetsing van de objectieve rechtmatigheid van het besluit als zodanig, dient naar zijn mening – anders dan nu het geval is – alleen plaats te vinden binnen de bestuurskolom. Evenals Struycken is Tak van mening dat binnen de trias het tegenwicht op dit punt niet van de rechter, maar van het bestuur zelf moet komen. Met Loeff deelt Tak evenwel de opvatting dat het bestuurshandelen niet geheel onttrokken mag zijn aan toetsing door de rechter. Deze mag wel een zogenaamde subjectieve rechtmatigheidstoets uitvoeren en kan zo een justitiabele rechtsbescherming bieden.

Tak sprak het vermoeden uit dat dit systeem tot een ‘verhoging’ van het niveau van individuele rechtsbescherming zal leiden. Naar zijn mening stelt de huidige rechtsbescherming ook na de introductie van het besluitbegrip van art. 1:3 Awb niet veel voor. De rechter stelt nog steeds geen individuele rechtsposities vast, maar controleert alleen de rechtsgeldigheid van een overheidsbeslissing. Onderwerp van het geding is daarmee, anders dan art. 6 EVRM vereist, niet de vermeende aantasting van een individuele rechtspositie. Het huidige systeem schiet naar de mening van Tak dan ook ernstig tekort: als het aangevochten besluit al door de rechter wordt vernietigd (hetgeen slechts bij uitzondering gebeurt), dan wordt de rechtsgeldigheid daarvan met terugwerkende kracht weggenomen en is het opnieuw aan het bestuur om met een nieuw besluit de individuele rechtspositie vast te stellen. In het model Tak zal de rechter zich alleen hoeven uit te spreken over de aantasting van die positie. Daarbij hoeft hij geen oordeel te geven over de rechtmatigheid van bestuursbesluiten en mag hij zich volledig concentreren op de individuele rechtspositie. Zo hoeft hij zich er dus niet om te bekommeren of zijn uitspraak een handeling aantast die in het algemeen belang noodzakelijk wordt geacht. Die aantasting door de rechter zal ook altijd beperkt blijven tot het appellerende individu. Aldus zal – zo stelt Tak – zijn model ook een antwoord kunnen zijn op het ‘neologisme’, dat naar zijn oordeel de huidige individuele rechtsbescherming marginaliseert. Binnen het bestaande systeem lijkt de tenuitvoerlegging van de wet leidend en is er nauwelijks ruimte meer voor toetsing aan ongeschreven recht en aan algemene rechtvaardigheidsnoties. De rechter toetst volgens Tak eigenlijk alleen nog maar op ‘regel-maat’ en niet meer op individuele rechtvaardigheid. Deze laatste stelling van Tak riep overigens direct een reactie op van Polak. Deze reageerde met de vraag of de vrije rechtsvinding die Tak lijkt voor te staan wel het medicijn is tegen de negatieve effecten van het ‘neologisme’. Polak stelde dat als gevolg van de keuze voor vrije(re) rechtsvinding derdenbelangen onder druk komen te staan en dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtszekerheid.

Het betoog van de eerste preadviseur, Drupsteen, bood Tak de gelegenheid enkele hoekstenen van zijn model nader toe te lichten. Met name zijn invulling van het begrip 'algemeen belang' kwam daarbij aan de orde.

Het algemeen belang wordt gevormd door die onderwerpen die niet aan individuen kunnen worden overgelaten. Op die punten is de overheid geroepen tot belangenbehartiging; een taak met een exclusief en verplicht karakter. Dit gegeven brengt volgens Tak mee dat besluiten – die het resultaat zijn van deze exclusieve en verplichte belangenbehartiging – niet door een bestuursrechter via een vernietiging op actie van een enkeling mogen worden aangetast, zoals dat thans wel gebruikelijk is wanneer de onrechtmatigheid van een besluit wordt geconstateerd.

Het behoort tot de taak van het bestuursorgaan om het algemeen belang af te wegen tegen particuliere belangen. De rechter heeft volgens Tak enkel de taak om te oordelen over een aantasting van het particulier belang. In Taks denkmodel kan de bestuursrechter slechts oordelen over de subjectieve kant van een besluit, oftewel over de gevolgen die het besluit meebrengt voor een justitiabele die daartegen opkomt. Tegen een rechterlijke toetsing met betrekking tot grondrechten en andere subjectieve rechten bestaan geen staatsrechtelijke bezwaren. De subjectieve rechten ontleent een rechtssubject namelijk niet aan de wetgever c.q. aan wetgeving, maar aan zijn eigen autonomie. Zo vloeit het recht om te bouwen niet voort uit de bouwvergunning, maar uit de persoonlijke autonomie van de mens. Anders dan de vergeldende rechtvaardigheid als leidraad van het burgerlijk recht, beheerst volgens Tak de verdelende rechtvaardigheid het publiekrecht, waarbij hij verwees naar onze Grondwet.

Wanneer dus iemand door de algemeen-belangbehartiging van de overheid bijzonder in zijn belangen wordt geraakt, dient hij op grond van het *égalité*-beginsel voor compensatie in aanmerking te komen. Dit is een ander vergoedingssysteem dan de huidige nadeelcompensatie: in het model Tak is volledige vergoeding tot het evenwichtspunt van de andere leden van de gemeenschap het uitgangspunt. Daarbij hoeven horden als 'onevenredige schade' en 'niet behorend tot het normaal maatschappelijk risico' niet te worden genomen en beschikt de overheid niet over beleidsvrijheid bij de vaststelling van *égalité*-gevallen, zo blijkt uit Taks antwoord op de vragen hiernaar van Schlössels en Heldeweg. Daar staat tegenover dat binnen het denkmodel van Tak voordelen van overheidsbesluiten voor individuele justitiabelen in beginsel mogen, zo niet moeten, worden afgeroomd. Hij wees er op, dat hij daar al in 1978¹ en later nog eens² voor heeft gepleit, zonder dat dit door de politiek is opgepakt. Die moet dan volgens Tak nu ook niet klagen over de onbetaalbaarheid van de vergoedingen.

1 In zijn handboek *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1978, par. 7.4.

2 Onder andere in zijn bijdrage Financiële compensatie terzake van rechtmatige bestuursdaden, *Nederlands Juristenblad* 1980, p. 653-667 (met name op p. 664-667).

2 KRITIEK OP DE THEORIE

Preadviseur Drupsteen uitte fundamentele kritiek op de theoretische uitgangspunten van het denkmodel van Tak, waarbij met name het belang dat Tak hecht aan de *erga omnes* werking van besluiten door hem werd gerelativeerd. Volgens Drupsteen betekent dit in de praktijk voor veel besluiten die aan de bestuursrechter worden voorgelegd niet veel. Wat is de *erga omnes* werking van een gemiddeld subsidiebesluit, zo vroeg hij zich af. Drupsteen stelde daar zelf in ieder geval niet van wakker van te liggen. De meeste besluiten hebben naar zijn mening voornamelijk effecten in het concrete geval. Ook (C.N.J.) Kortmann zag niet in alle besluiten *erga omnes* werking. Als voorbeeld noemde hij het onteigeningsbesluit. Daarbij wordt eenzijdig een verbintenis opgelegd. Waarom zou een bestuursrechter een dergelijk besluit niet aan het recht mogen toetsen en eventueel vernietigen? Tak wees er in zijn antwoord op, dat nu juist besluiten als het onteigeningsbesluit door onze voorouders werden gezien als ‘normbesluiten’ bij uitstek (nutswet).

Heldeweg zette vervolgens uiteen dat de crux van de *erga omnes* werking van besluiten is gelegen in het gelijkheidsbeginsel. Ook bij besluiten die slechts individuele gevallen lijken te raken, heeft zo’n besluit via de eis van het gelijkheidsbeginsel betekenis voor de rest van de rechtsorde. Immers, gelijke gevallen zullen gelijk als in dit besluit moeten worden behandeld.

Voor Tak zit de *erga omnes* werking vooral in het geldigheidszegel van de overheidsakte, die door eenieder dient te worden gerespecteerd. Hij kent rechters die wel wakker liggen als zij dat gezag moeten aantasten.

Een volgend punt van kritiek op het denkmodel betrof het onderscheid tussen objectieve en subjectieve rechtmatigheid van besluiten. Kunnen die soorten strikt van elkaar worden gescheiden, is er niet altijd een verband tussen deze beide kwalificaties? In dit kader kwam aan de orde dat het model van Tak een strikte scheiding impliceert tussen toetsen of een besluit het algemeen belang optimaal dient enerzijds en de toetsing van de subjectieve rechtmatigheid van een besluit anderzijds. Dit onderscheid werd niet door iedereen overtuigend geacht want – zo werd opgeworpen – is het niet zo dat wanneer een besluit niet wordt gedragen door het algemeen belang dit automatisch gevolgen heeft voor de subjectieve rechtmatigheid van dat besluit? Drupsteen stelde dat het kunstmatig is om het algemeen belang en het recht uiteen te trekken. Een rechter die op geen enkele wijze het algemeen belang in zijn beoordeling kan betrekken, wordt vleugellam gemaakt. Destijds werd de willekeurtoets in het arrest van de Hoge Raad inzake de Doetinchemse woonruimtevoorzijding³ gezien als een grote stap voorwaarts in de rechtsbescherming. Daarvan zou in het model Tak worden teruggekomen. Een systeem

3 Hoge Raad 25 februari 1949, NJ 1949, 558.

waarin het bestuur eindverantwoordelijk is voor de handhaving van het objectieve recht door het bestuur, voldoet ook niet aan de eisen van *checks and balances* zo werd door hem gesteld. Het gevaar dat het bestuur handelt in strijd met het objectieve recht is, zo leren de ervaringen, aanzienlijk.

Ook Van der Meulen waarschuwde voor dit laatste gevaar. Voor het bestuur is er geen legitimatie buiten het recht. Voor exceptieve toetsing van besluiten aan het objectieve recht moet dan ook ruimte blijven binnen het door Tak voorgestelde systeem van individuele rechtsbescherming door de rechter. Immers, objectieve onrechtmatigheid van een bestuursbesluit leidt vanzelf tot subjectieve onrechtmatigheid, zo stelde ook Heldeweg. Anders dan de vaststelling van objectieve onrechtmatigheid binnen de bestuurskolom kan een dergelijke vaststelling door de rechter naar zijn mening echter niet leiden tot vernietiging van het gewraakte besluit.

Lastig te plaatsen vonden velen dan ook de stelling van Tak dat zijn denkmodel meer recht doet aan de uitgangspunten van het EVRM dan het huidige stelsel. Gesteld werd dat het EVRM en met name artikel 6 een toetsing aan alle geldende rechtsnormen zou impliceren.

Tak stelde voorop, dat hij wel degelijk ook rechterlijke controle van de objectieve kant van besluiten mogelijk acht, doch alleen in het kader van een procedure over een subjectief belang, en uitsluitend op dezelfde indirecte wijze als bij de controle van lagere wetten aan hogere: toetsing van norm aan norm derhalve, met als mogelijk effect enkel buiten-toepassingverklaring in dat individuele geval. Voorts wees hij er op dat de genoemde willekeur-controle sinds *Praxis en Maxis*⁴ en *Die Wende*⁵ een stille dood is gestorven, zoals hij in zijn handboek uitvoerig heeft geadstrueerd. Daarentegen is in de rechtspraak wel het idee van 'marginale toetsing' overeind gebleven en zelfs versterkt van toepassing bij uitleg van wet en vaststelling van feiten. Het hele begrip 'marginale toetsing' moet volgens hem⁶ in de prullenbak. Tak wees daarbij op ook op kritiek van (M.) Scheltema op dit begrip.⁷

4 ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996, 158.

5 ABRvS 21 april 1998, *JB* 1998, 133; en 30 oktober 1998, *JB* 1998, 280; ABRvS 9 november 1998, *Gst.* 1999, 7092, 8.

6 Zie zijn bespreking van het Hoge Raad arrest GCN/Nieuwegein II (d.d. 23 juni 1998) in *AB-Klassiek*, Deventer: Kluwer 2005, p. 197 e.v.; alsmede zijn handboek *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 373-374.

7 M. Scheltema, annotatie onder *NJ* 1993, 232: 'Het is verwarrend dat in dit verband nog wel het begrip "marginale toetsing" wordt gebruikt. Soms wordt daarmee bedoeld dat de rechter de beleidsvrijheid van het bestuur moet respecteren, zodat de beoordeling van de rechter een andere moet zijn dan die van het bestuur. Dat laatste is – indien inderdaad beleidsvrijheid bestaat – juist. Maar dat neemt niet weg dat ook dan het bestuur aan het recht gebonden is en tot dat recht behoren ook de beginselen van behoorlijk bestuur. Wanneer de rechter nagaat of het bestuur het recht heeft gerespecteerd, zal hij dus niet "marginale" aan de wet of aan die beginselen toetsen, maar direct en zonder enige terughoudendheid'. Zie in deze zin ook B.M.J. van der Meulen, 'Maidenspeech en laatste woord, Marginale toetsing is een illusie', *Markt & Mededinging* 2005, p. 161-163.

Konijnenbelt maakte zich zorgen over de, zoals hij dat noemt, ‘zwarte doos van de bestuurlijke controle’. Welk deel van het bestuur zou moeten zorgdragen voor toetsing van de objectieve rechtmatigheid van het besluit als zodanig? Vertegenwoordigende lichamen zijn immers niet geschikt om besluiten met betrekking tot individuele gevallen te toetsen aan het recht. De Raad van State zou hierin, zoals voorheen bij het Kroonberoep, een rol kunnen spelen, maar de vraag is dan waar zijn legitimatie voor intensieve(re) toetsing van bestuursbesluiten op berust. Loopt bovendien het systeem van de decentrale eenheidsstaat geen gevaar wanneer rechtmatigheidscontrole wordt toevertrouwd aan (hogere) bestuursorganen?

In zijn reactie op deze vragen stelde Tak voorop, dat de constitutionele legitimatie van de Raad van State om zich middels vernietigingen *erga omnes* uit te spreken, met gevolgen zoals de bomkap in Schinveld, al uiterst dubieus moet heten. Daarom zinspeelde hij op het aanpassen van ons huidige constitutionele systeem met de mogelijkheid om, zoals in Frankrijk, de Raad van State (nog nadrukkelijker dan nu het geval is) als echte top van de administratie aan te wijzen. Eén en ander zou wel nader moeten worden uitgewerkt.

Schlössels wierp vervolgens vragen op over het verband tussen het specialiteitsbeginsel en het *égalité*beginsel. Hij meende dat waar er bij het nemen van een bepaald besluit op grond van het specialiteitsbeginsel geen rekening kan worden gehouden met bepaalde belangen, het niet vanzelfsprekend is dat deze belangen in beeld zijn bij de toepassing van het *égalité*beginsel. Tak, daarentegen, stelde dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen belangenbehartiging en het rekening houden met bepaalde belangen. Het specialiteitsbeginsel ziet op de belangenbehartiging en beoogde rechtsgevolgen; het *égalité*beginsel daarentegen ziet op niet beoogde rechtsgevolgen in de vorm van schade aan subjectieve belangen waarmee rekening kan en moet worden gehouden in de vorm van compensatie.

Heldeweg beklemtoonde dat Taks theoretische model veel positieve kanten heeft. Hij zag als groot voordeel, dat daarmee de juridisering (voor ‘het moment X’) zou kunnen worden beperkt. Daarvoor is wel noodzakelijk dat er ten aanzien van de objectieve rechtmatigheidscontrole voor een simpel systeem wordt gekozen. In ieder geval zou niet voor een partijenproces moeten worden geopteerd en er zouden verder ook geen procesrechtelijke belemmeringen moeten worden opgeworpen.

Dit werd onderstreept door Tak, die de huidige juridisering juist wijt aan blokkades binnen het thans bestaande systeem, dat wél gekozen heeft voor een partijenproces met procesrechtelijke barrières.

Op de vraag van Heldeweg naar het karakter van de publiekrechtelijke rechtsvaststelling van de individuele rechtspositie van de burger, en of dit eigenlijk wel gezien kan worden als verlening van enig subjectief recht, antwoordde Tak, dat hij hier zeker geen subjectieve rechten in de traditionele

zin des woords in onderkent, maar dat helaas dit laatste project van de Maas-trichtse school niet kon worden afgerond.

Op de vraag, of in het subjectieve proces door de rechter ook op bevoegdheidsgebreken getoetst dient te worden, antwoordde hij, dat dit gezien de wetmatigheidsleer zijns inziens een absoluut gebrek betreft, doch dat de huidige bestuursrechtspraak – z.i. ten onrechte – niet van non-existente besluiten wil weten.⁸ Hij is van mening dat dit soort objectieve gebreken wel dient te worden getoetst, maar gelijksoortig als bij toetsing van wettelijke voorschriften: als norm aan (hogere) norm derhalve.⁹

Op de opmerking van Heldeweg, ten slotte, naar aanleiding van de casus van de jetski's (naar voren gebracht in de bijdrage van Schlössels aan deze bundel), dat de overheid toch niet geroepen is om de belangen van de omwonenden te behartigen door dit soort hinder te voorkomen, wees Tak op de plicht tot afweging van *alle* rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen van art. 3:4 lid 1 Awb, al is hij persoonlijk nog altijd méér gecharmeerd van een benadering als van de Hoge Raad in het klassieke arrest *Vermeulen/Lekkerkerker*.¹⁰

M.W. Scheltema is benieuwd naar de uitwerking van de visie van Tak op de kwestie van uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid.

Deze antwoordt, dat dit voor hem primair een kwestie is van legitimiteit. Die kan voor gezagsuitoefening door de overheid worden gevonden in wettelijke bevoegdheidsverlening, en voor beheerstaken in de beheersbevoegdheid over de goederen. In beide situaties kan sprake zijn van beleids- of beheersvrijheid. Zoals reeds werd onderkend in de befaamde *Landsmeer*-arresten,¹¹ kan deze vrijheid niet alleen worden gebonden in algemene zin (beleidsregels), maar ook in individuele situaties (middels beschikkingen, eventueel voorafgegaan door afspraken). Zoals uiteengezet in zijn boek over de overheid in het burgerlijk recht¹² vindt bij die afspraken dan een invulling plaats van de op de overheid toegepaste BW-bepaling met (wat de overheid betreft) een puur publiekrechtelijke inhoud.

3 VRAGEN OVER DE UITWERKING IN DE PRAKTIJK

Naast discussie over de theoretische uitgangspunten van Tak, ging op deze studiedag een groot deel van de discussie over de toepassing van de theorie.

8 Vgl. W. Duk & P. Nicolai, 'Nulliteiten in het bestuursrecht', *RMThemis* 1993, p. 3 e.v.

9 Vgl. J. van der Hoeven, Advies van 12 april 1991 naar aanleiding van het Harmonisatiewet-arrest, gepubliceerd in *NJCM-Bulletin* 1992, p. 293 e.v.

10 HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278 (*Vermeulen/Lekkerkerker* of *Mastwijkerplas* of *Kraaien en roeken*).

11 HR 4 januari 1963, *NJ* 1964, p. 202-204.

12 A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1997.

Herhaaldelijk keerde de vraag terug waar het model van Tak nu in de praktijk toe zou leiden. Zou het bestuursprocesrecht vormgegeven naar zijn ideeën leiden tot andere resultaten en tot welke resultaten dan precies? En – zo vroeg onder meer Schlössels zich af – wordt het procesrecht volgens het model Tak niet te ingewikkeld? Kan de rechter daadwerkelijk effectieve rechtsbescherming bieden, zoals het Europese recht vereist?

Ook de casus die Neerhof schetste keerde vele malen in de discussie terug. Hij legde de situatie voor waarin fundamentalistische moslims willen demonstreren naar aanleiding van voor hen beledigende cartoons. In reactie op de kennisgeving verbiedt de burgemeester de demonstratie, omdat hij wanorde-lijkheden vreest. Op welke rechtsbescherming kunnen de beledigde moslims dan rekenen binnen het systeem van Tak? Moeten zij het verbod voorleggen aan een ander onderdeel binnen het bestuur? Bezwaar daarvan is dat dit andere onderdeel ook tot het bestuur behoort en dus niet onafhankelijk kan worden genoemd. Kunnen zij hun zaak voorleggen aan de rechter en kan deze het verbodsbesluit dan toetsen aan de Wet openbare manifestaties en de Grondwet? Mag de rechter het besluit waarin het verbod wordt gegeven niet vernietigen, en, stelt in dat geval de rechtsbescherming van burgers binnen dit systeem wel iets voor? Welk dictum moet de rechter uitspreken om effectieve rechtsbescherming te bieden aan de betreffende moslims? Tak raakte deze vragen later in de discussie wel aan maar gaf niet op al deze vragen een eenduidig antwoord. Wel stelde hij dat het in zijn model past dat het bestuur zelf, onder democratisch toezicht, de doorslaggevende toets verricht.¹³

Op een aansluitende vraag van Pront naar de grondrechtenbescherming van groepen van personen en rechtspersonen in dit verband, verwees Tak kortheidshalve naar zijn annotatie onder de EHRM-uitspraak inzake *Colas Est e.a.*¹⁴

De kritiek van Polak sloot aan op de door de aanwezigen geplaatste vraagtekens bij de toepasbaarheid van de theorie in de praktijk. Het model Tak scoort naar zijn idee slecht op de eis van goede toegankelijkheid van de rechtsbescherming. Wanneer het besluitmodel voor het procesrecht geheel wordt losgelaten, wordt het voor een belanghebbende moeilijker om zijn vordering te definiëren en is het object van het geding minder duidelijk. Daarnaast neemt ook de complexiteit van de tenuitvoerlegging van een uitspraak toe. De vernietiging van een besluit zag Polak juist als een verworven-

13 In reactie op het concept van dit verslag en in aanvulling op hetgeen bij het congres ter sprake is gekomen heeft Tak verzocht zijn denkbeelden terzake te mogen verduidelijken in die zin dat hij er nog op wil wijzen dat ook thans bij fundamentele kwesties als noodverordeningen geen rechterlijke rechtsbescherming vóóraf bestaat, doch slechts achteraf. Verder geeft hij aan wel degelijk voorstander te zijn van rechterlijke rechtsbescherming op dit punt, ook vóóraf, mits beperkt tot de eigen, zich bijzonderlijk onderscheidende, subjectieve rechtens te beschermen belangen van de aanlegger.

14 EHRM 16 april 2002, *Colas Est e.a. t. Frankrijk*; NJCM-Bulletin 2003, p. 42-44.

heid van het bestuursrecht. De hele rechtsorde en niet alleen de procespartijen kunnen immers zijn gebaat bij een definitieve verdwijning van het besluit. Bovendien is het model Tak in de ogen van Polak niet EVRM-conform, waar dit verdrag een rechtmatigheidstoets door de rechter vereist. Juist ook in een casus als door Neerhof geschetst, blijkt dat het model faalt. In strijd met de eisen van het EVRM heeft de rechter in de casus niet het laatste woord over de rechtmatigheid van het demonstratieverbod. Hij pleitte daarom voor behoud van de rechterlijke vernietigingsbevoegdheid. Mede ook in dit kader benadrukte Polak dat hij zich door Tak ten onrechte in de 'anti-rechtsbeschermingshoek' geplaatst voelde. Hij meende in theorie en praktijk juist steeds naar uitbreiding en verbetering van de rechtsbescherming te hebben gestreefd. Maar Tak predikt een vrije rechtsvinding waar hij zich niet mee kan verenigen.

In reactie op deze kritiek benadrukte Tak het algemeen bekende probleem van de slechte toegankelijkheid van het huidige systeem en wees hij op de grote hoeveelheid zaken die louter betrekking hebben op ontvankelijkheidskwesties, waardoor vaak de gehele rechtsbescherming al aanstonds finaal wordt geblokkeerd. Hij verwees naar zijn bijdragen over de zogenaamde 'verhoogde rechtsbescherming' in het *Nederlands Juristenblad*¹⁵ en *Ars Aequi*.¹⁶ Deze kritiek vond steun in een interventie van Brunia, die stelde, dat de justitiabelen in het huidige bestuursproces eigenlijk geen bevoegdheden hebben en zich afvroeg of dit niet beter zou zijn in het model-Tak. Daarnaast stelde Tak, dat het huidige instrumentarium van de bestuursrechter – en met name het vernietigingsberoep – juist ongeschikt moet worden geacht. Het biedt de burger namelijk niet waar deze behoefte aan heeft. De vernietiging leidt niet tot finale geschilbeslechting en resulteert te vaak in alleen maar 'gepingpong' tussen rechter en bestuur. Tak benadrukte daarbij dat het streven naar meer rechtsbescherming niet steeds bepalend mag zijn. Het resultaat van zijn denkmodel is weliswaar het bieden van een meer effectieve rechtsbescherming, maar de zuiverheid van het systeem staat voorop. Het geheel moet logisch blijven, ook al zou men van mening zijn dat de toepassing van het systeem in een enkel geval niet leidt tot de verlangde rechtsbescherming: 'Desnoods dwars, maar nimmer krom!', immers, 'niets is zo praktisch als een zuivere theorie'.

Blanksma vroeg hoe het gesteld is met de rechtsbescherming ten aanzien van bestuurlijke punitieve sancties in het model Tak. Deze laatste gaf daarop aan dat het hier naar de maatstaven van artikel 6 EVRM gaat om strafrecht, maar verbond aan die kwalificatie geen duidelijke consequenties voor de inpassing

15 Verhoogde rechtsbescherming?, *NJB* 1999, p. 1679-1682, met reactie M. de Werd en naschrift Tak in *NJB* 1999, p. 1976-1978.

16 'Het bestuursproces in de mechanische mierenmaatschappij', in: J. Boot e.a. (red.) *Krom recht. Over misstanden in het recht*, Nijmegen: Ars Aequi 2005, p. 564-571.

in zijn systeem. Zo bleef onduidelijk in welke mate objectieve onrechtmatigheid van het punitieve besluit doorwerkt in de subjectieve toets. Daarop hield Barkhuysen aan Tak voor, dat juist het EVRM, namelijk artikel 13 in combinatie met een materieel recht, van de rechter een afweging vergt van individuele tegen algemene belangen. Deze toetsing kan ook daarom niet beperkt blijven tot de subjectieve controle die Tak voorstaat. Tak antwoordde, dat voor hem de jurisprudentie van het Europees Hof voor wat betreft de wijze van evenredigheidstoetsing, ook tussen doel en middel, overtuigend is, maar dat ook hier de rechterlijke uitspraak in gevolg beperkt dient te blijven tot het door de aanlegger zelf gestelde bijzondere eigen belang.

Onomstreden was dat de toepassing van de theorie van Tak er toe zal leiden dat meer (schade)vergoeding wordt uitgekeerd. Binnen het huidige stelsel gaat, op grond van de zwaarte van het algemeen belang dat zou worden geraakt door de vernietiging van een besluit, het voordeel van de twijfel al uit snel naar het bestuursorgaan. Wanneer subjectieve rechten kunnen worden beschermd, zonder dat daarvoor een vernietiging van het besluit nodig is, zou een bestuursrechter de burger veel eerder reële bescherming bieden in de vorm van een vergoeding.

Volgens onderzoeksgegevens van Tak wordt binnen het huidige stelsel vrijwel nooit op last van een rechter schadevergoeding uitbetaald voor bestuursoptreden bestaande uit gezagsuitoefening. Het zou gaan om nog geen honderdduizend euro per jaar voor alle overheden, inclusief diensten en instellingen. Polak bestreed dit beeld waar het gaat om schadevergoeding op grond van het *égalité*beginsel, waarbij hij verwees naar de casus inzake het doorgraven van de Beerdam,¹⁷ en in het algemeen naar de vele nadeelcompensatieregelingen die in de afgelopen decennia door bestuursorganen zijn opgesteld en op grond waarvan grote bedragen aan burgers worden uitgekeerd. Verder gaf Polak in dit verband aan dat Tak de hele ontwikkeling vanaf de jaren '70 in de bestuurscompensatiepraktijk lijkt te hebben gemist. Hij verwees daarvoor naar de oratie van Van Ravels¹⁸ waarin enige empirische onderzoeksgegevens zijn te vinden. Een en ander mede in reactie op de stelling van Tak dat uitgevoerd scriptieonderzoek zou uitwijzen dat er bijna geen *égalité*vergoedingen aan de orde zijn, hetgeen volgens Polak dus aantoonbaar onjuist is.

Tak reageerde hierop door te stellen dat het hem eigenlijk ging om rechterlijke veroordeling van onrechtmatige gezagsuitoefening, en volstond voor wat betreft de bestuurscompensatie op grond van *égalité* met een vergelijking met de tijden van de *Onteigeningswet* en andere wettelijke regelingen met garantie van rechterlijke bescherming van de aanspraken op volledige vergoeding.

17 Rb. Rotterdam 3 juli 2001, *JB* 2001, 228 m.nt. Schlössels en ABRvS 14 april 2004, *JB* 2004, 207 (daarin zou het uiteindelijk gaan om een schadevergoeding van circa elf miljoen euro).

18 B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

Schlössels benadrukte dat het égalitébeginsel zoals gehanteerd door Tak veel breder is dan binnen het huidige stelsel wordt aangenomen. Uit Taks publicaties doemt het beeld op dat in het geval onrecht dreigt (te weten schade aan subjectieve rechten), de aantasting van de individuele belangen kan worden afgekocht. Is dat werkelijk wat hij beoogt en kunnen we met deze compensatie genoeg nemen? Is het wenselijk dat de bestuursrechter nauwelijks meer toekomt aan zaken waarin wordt opgekomen tegen een bevoegdheidsuitoefening als zodanig? Tak antwoordde op deze vragen dat men niet te bang moet zijn voor een daadwerkelijke (onder)scheiding van machten. Rechters zijn niet de enigen die in onze constitutie geroepen zijn tot (bindende) rechtsuitleg en -vaststelling. Soms kan juist meer rechtsbescherming worden verwacht van het bestuur dan van de rechter, die immers niet kan vaststellen wat het 'juiste' besluit is. Een vergelijkbare oplossingsrichting koos hij bij zijn beantwoording van de vragen naar aanleiding van de demonstratiecasus van Neerhof. Het is volgens Tak in ieder geval geen goede zaak om objectieve rechtsvaststellingen bij uitsluiting aan de rechter toe te vertrouwen, zo blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak inzake *Praxis en Maxis*.¹⁹ Het concept van de marginale toetsing van besluiten is één van de grootste fouten binnen het huidige systeem, aldus Tak. Hij beaamde dat in zijn model, dat gericht is op de bescherming van subjectieve rechten, geen plaats is voor de vernietiging van besluiten. Rechtsherstel hoeft echter niet alleen of in de eerste plaats te worden gezocht in de uitkering van vergoedingen; behalve dat te denken valt aan compensaties *in natura* is wellicht nog belangrijker dat de rechter ook een zogenaamd subjectief declaratoir zou kunnen uitspreken. Daarmee wordt vastgesteld dat een aangevochten besluit inbreuk maakt op de subjectieve rechten van de justitiabele. Hij betreurt ten zeerste dat de Afdeling bestuursrechtspraak weigert om deze voor de justitiabele belangrijke figuur toe te passen.²⁰ In uitzonderlijke gevallen zou de rechter zelfs een verbod kunnen uitspreken om een bepaald besluit jegens de aanlegger ten uitvoer te leggen (bijvoorbeeld een boete of dwangmaatregel of de aantasting van een subjectief recht).

Polak wees in dit kader op de gevaren van een ruimere schadevergoedingspraktijk ten aanzien van 'rechtmatige' overheidsdaden. Die zou kunnen leiden tot een verlamming van het openbaar bestuur. Verder vroeg Polak zich af of van burgers niet kan worden verlangd, dat zij schade tengevolge van maatregelen die in het algemeen belang genomen worden zelf dragen voorzover die tot het normaal maatschappelijk risico behoort en voorzover die niet onevenredig is. Tak keerde zich fel tegen deze opvatting. De betaalbaarheid van overheidsmaatregelen mag volgens hem nooit een excuus zijn voor het passe-

19 ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, p. 93. Zie ook ABRvS 21 april 1998, JB 133; en 30 oktober 1998, JB 1998, 280; ABRvS 9 november 1998, Gst. 7092, 8 ('Die Wende').

20 Vgl. ABRvS 5 september 2002, AB-kort 2002, 703; ABRvS 6 oktober 2004, *Bestuursrecht Actueel* 2004/11, p. 30.

ren van de vereisten van rechtvaardigheid. Tak stelde dat het niet zo hoort te zijn dat het algemeen welzijn op deze wijze wordt bekostigd.

4 HOE NU VERDER?

In antwoord op verschillende vragen naar de toepassing van zijn theorieën merkte Tak op, dat hij reeds een eerste aanzet voor praktische toepassing heeft gegeven in het *Nederlands Juristenblad* van 2004²¹ en in het slothoofdstuk van de tweede druk van zijn al aangehaalde procesrechthandboek. Het komt er in de kern op neer, dat overheidsbesluiten steeds, zoals nu reeds het geval is bijvoorbeeld bij onteigeningen, worden gesplitst in een titelbesluit en een vaststellingsbeschikking. Het titelbesluit is de gezagsbeslissing, die niet voor de rechter, doch alleen binnen de administratie corrigeerbaar is, de vaststellingsbeschikking is beperkt tot de bijzondere gevolgen van dat besluit voor een concrete justitiabele. Deze vaststellingsbeschikking wordt alleen op aanvraag verstrekt (vgl. voorheen de voor beroep vatbare beslissingen in de sociale zekerheid). In tegenstelling tot de titelbesluiten zijn zij wel – en zelfs volledig – in rechte aanvechtbaar. Van deze vaststellingsbeschikkingen zijn rechterlijke controle en correctie volledig mogelijk: de vaststellingsbeschikking kan dus wel door de rechter zelf worden gewijzigd of nietig verklaard. Ter vermijding van iedere politieke associatie dient enkel de onafhankelijke rechterlijke macht tot deze controle en correctie bevoegd te zijn.

Verder benadrukte Tak, dat meer (sociaalwetenschappelijk) onderzoek naar de rechtspraktijk noodzakelijk is, ook voor de vertaling van zijn theorieën naar praktische toepassingen. Zo zou meer inzicht moeten worden verkregen ten aanzien van de vraag hoeveel onevenredig nadeel nu eigenlijk door de overheid in het algemeen belang teweeg wordt gebracht, en hoeveel onevenredig voordeel hier ter afroaming tegenover kan worden gesteld. Ook Schueler bracht naar voren dat de schadevergoedingspraktijk op dit moment wel erg terughoudend van aard is. Eén van de kernproblemen van de huidige (beperkte) overheidsaansprakelijkheid is het feit dat de civiele rechter de vaststelling van de onrechtmatigheid van overheidsbesluiten in beginsel overlaat aan de bestuursrechter (oneigenlijke formele rechtskracht). Daarmee is het verkrijgen van een schadevergoeding voor schade toegebracht door overheidsbesluiten lastig geworden. Zeker nu binnen de *égalité*leer welhaast onneembare horden van 'onevenredige schade' en 'niet behorend tot het normaal maatschappelijk risico' zijn geïntroduceerd, kan het voorkomen dat vermogensrechten zwaar worden aangetast door besluiten, zonder dat dit desgevraagd hoeft te leiden tot een rechterlijke veroordeling tot vergoeding. Tak voegde daaraan toe dat het negatieve effect van de *St. Oedenrode*-jurisprudentie²² evenmin mag worden

21 'Titelbesluit en vaststellingsbeslissingen', *NJB* 2004, p. 795-796.

22 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669 m.nt. Borman.

onderschat. Dat na de vernietiging van een beslissing op bezwaar het primaire besluit gewoon voortleeft, leidt tot grote frustraties bij personen die door dat overheidsbesluit schade hebben geleden. Hier is volgens Tak sprake van een zwart gat in de huidige rechtsbescherming.

Polak relativeerde deze problematiek met een verwijzing naar de uitspraak over de *Heerlense tippelzone*.²³ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in deze uitspraak vastgesteld dat het niet nodig is om met succes een schadeveroorzakend besluit aan te vechten om in aanmerking te kunnen komen voor schadevergoeding op basis van het *égalité*-beginsel. Via de weg van het zelfstandig schadebesluit kan zelfs na een ongegrond bevonden procedure tegen het schadeveroorzakend besluit zelf, 'los' om vergoeding worden verzocht. Tak vroeg zich hierop af, hoe een rechter ooit eerst tot het oordeel kan komen dat er geen onevenredigheid in de belangenafweging (of andere onrechtmatigheid) heeft plaatsgevonden, om vervolgens toch vergoeding toe te kennen wegens onevenredigheid in die belangenafweging. Zijn ongelijke behandeling en onevenwichtige belangenafweging misschien geen toetsingsgronden meer voor de Raad van State, vraagt hij zich af.

Polak onderkende wel, dat aan de huidige rechtsmachtverdeling nadelen kleven. De eis dat de schade veroorzaakt moet zijn door een appellabel besluit vormt een zwak punt in het huidige stelsel. In de toekomst zou volgens hem de bestuursrechter over alle verzoeken om schadevergoeding, gebaseerd op het *égalité*-beginsel, moeten kunnen oordelen. Ten slotte benadrukte hij dat een justitiabele bij de toepassing van het *égalité*-beginsel bij de bestuursrechter niet slechter af is dan bij de civiele rechter. Beide rechters passen dezelfde criteria toe. Het zal niet verbazen dat Tak zich niet in deze stelling van Polak kon vinden. Ter onderbouwing van zijn afwijkende mening verwees hij vanwege het voortschrijdende uur korthedshalve naar hetgeen eerder op de dag al aan de orde was gekomen en naar diverse wetenschappelijke publicaties van zijn hand.

Schreuder-Vlasblom besloot de dag met een woord van dank aan alle deelnemers en de mede-organisatoren. Zij gaf aan dat de studiedag op zijn minst had bijgedragen aan het verbinden van de diverse denkcirkels binnen het wetenschappelijk discours. Zij onderstreepte het belang van het inzicht dat er niet één juiste theorie of uitkomst bestaat. Juist de confrontatie van diverse uitgangspunten biedt zicht op de weg naar verbeteringen.

23 ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95, m.nt. ARN; JB 2004, 12, m.nt. RJNS.

Over de auteurs

Prof. mr. T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam.

Mr. Th. G. Drupsteen is Staatsraad bij de Raad van State.

Mr. M.A. Heldeweg is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Faculteit Bedrijf, Bestuur en Technologie, Universiteit Twente.

Prof. mr. B.M.J. van der Meulen is hoogleraar Recht en Bestuur aan de Universiteit Wageningen.

Mr. drs. W. den Ouden is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

Prof. mr. J.E.M. Polak is hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Prof. mr. R.J.N. Schlössels is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit.

Prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en Staatsraad i.b.d. bij de Raad van State.

Mr. Y.E. Schuurmans is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

Prof. mr. A.Q.C. Tak is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2005 en 2006 verschenen:

- MI-84 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 554 2
- MI-85 G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij straftoemeting*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 107 8
- MI-86 M.E. Koppenol-Laforce (red.), *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk*, Deventer: Kluwer, ISBN 90 13023 22 3
- MI-87 A.P.A. Broeders, *Ontwikkelingen in de criminalistiek. Van vingerspoot tot DNA-profiel B van zekerheid naar waarschijnlijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 576 3
- MI-88 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1302 715 6
- MI-89 T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 130 2811 X
- MI-90a L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel I: normen van vaagheid*, Deventer: Kluwer 2005
- MI-90b L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90 1302 776 8
- MI-91 R. Haveman & H. Wiersinga, *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 116 7
- MI-92 P.C. van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvoorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 131 0.
- MI-93 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 633 6
- MI-94 W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 063 7
- MI-95 F. Hamburg, *Een computermodel voor het ondersteunen van euthanasiebeslissingen*, (diss. Leiden), Antwerpen: Maklu 2005, ISBN 90 4660 020 3
- MI-96 J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2005, ISBN 90 5850 147 7
- MI-97 J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 156 0
- MI-98 A.O. Lubbers, M. Schuver-Bravenboer & H. Vording (red.), *Opstellen fiscaal overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 212 5
- MI-99 V. Van Den Eeckhout, C.J. Forder, E. Hooghiemstra, E. Nicolai & S.K. van Walsum, *Transnationale gezinnen in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 652 2
- MI-100 Jubileumboek
- MI-101 G.C. Coteanu, *Cyber Consumer Law. State of the Art and Perspectives*, (diss. Leiden) 2005, Roemenië: Humanitas 2005, ISBN 973 50 1106 9
- MI-102 BWKJ-21: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis, L. Reurich & G.J.M. Verburg, *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 097 1
- MI-103 A. Tsoutsanis, *Het merkepot te kwader trouw*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 13 03252 4
- MI-104 E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03328 8
- MI-105 A. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept*, (oratie Leiden), Leiden: NJCM-boekerij 2006, ISBN 90 6750 046 1
- MI-106 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 568 X
- MI-107 N.J.H. Huls & Z.D. Laclé, *Meer macht voor de consument?*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 5454 697 2

- MI-108 W. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 54547 12 X
- MI-109 T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 660 0
- MI-110 N. Jungmann, *De Wsnp: bedoelde en onbedoelde effecten op het minnelijk traject*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, ISBN 90 8728 004 1
- MI-111 R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, (diss. Leiden) 2006
- MI-112 J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03837 9
- MI-113 W. Huisman, M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht: nieuwe doelwitten en nieuwe strategieën*, Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 732 4
- MI-114 A.C. Rijkers & H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03851 4
- MI-115 T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 852 2

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek