



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

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

Citation

Barkhuysen, T., Ouden, W. den, & Schuurmans, Y. E. (2006). Er is niets praktischer dan een zuivere theorie! Verslag van de Leidse studiebijeenkomst rond het wetenschappelijk werk van prof. mr. A.Q.C. Tak. In *Meijers-reeks* (pp. 141-153). Alphen aan den Rijn: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13624>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13624>

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

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.