

GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR
ADMINISTRATIEF RECHT

XXIV

ALGEMENE BEGINSELEN
VAN
BEHOORLIJK BESTUUR

PRAE-ADVIEZEN UITGEBRACHT
DOOR
PROF. DR I. SAMKALDEN
EN
PROF. MR G. J. WIARDA
VOOR DE ALGEMENE VERGADERING
OP 30 MEI 1952



BIBLIOTHEEK
RIJKSUNIVERSITEIT
UTRECHT

H. D. TJEENK WILLINK & ZOON N.V. — HAARLEM

PRAE-ADVIES VAN PROF. MR G. J. WIARDA

I

De motieven, welke het bestuur van de Vereniging voor Administratief Recht hebben bewogen om voor dit jaar het onderwerp „algemene beginselen van behoorlijk bestuur” aan de orde te stellen, liggen voor de hand. Dit onderwerp heeft immers actuele betekenis gekregen, sinds zowel in het verslag van de Commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming, als in dat van de Commissie van advies inzake administratieve en tuchtrechtspraak van bedrijfsorganisaties de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn opgenomen onder de gronden, waaraan naar de door die Commissies voorgestelde wetsontwerpen beschikkingen van administratieve organen in het algemeen en besluiten of handelingen van bedrijfsorganisaties door de in die ontwerpen voorgestelde beroepsinstanties zullen worden getoetst.

Deze achtergrond bepaalt het kader, waarin de hierna volgende beschouwingen zich zullen bewegen. Ik zal mij niet van een bestuurlijk oogpunt uit begeven in de vraag, welke de algemene beginselen zijn, waardoor de bestuurder zich behoort te laten leiden, doch uit een rechterlijk oogpunt onderzoeken, welke betekenis aan het hierboven omschreven begrip als rechterlijke toetsingsnorm van een bestuurshandeling toekomt.

De opzet van dit prae-advies is aldus gedacht, dat eerst wat nader zal worden ingegaan op de inhoud van de hierboven genoemde voorstellen, voorzover voor ons onderwerp van belang, en op de betekenis, welke zij hebben binnen het kader van het probleem van de rechtsbescherming tegenover de overheid (I); dat vervolgens wordt nagegaan in welk opzicht bij de rechterlijke beoordeling van bestuurshandelingen reeds thans door rechterlijke organen van verschillende soort maatstaven worden gehanteerd, welke met de in bovenstaande voorstellen bedoelde algemene beginselen van behoorlijk bestuur op één lijn kunnen worden gesteld (II); dat daarna het begrip algemene beginselen van behoorlijk bestuur zelf aan een algemene min of meer theoretische beschouwing wordt onderworpen (III); en dat tenslotte zal worden getracht de verschillende maatstaven, welke als zodanig in aanmerking kunnen komen, in systematisch verband te bespreken (IV).

De Commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming (Commissie-De Monchy) stelt in haar ontwerp I betreffende het beroep tegen administratieve beschikkingen (ontwerp-B.A.B.) de

instelling voor van een algemeen beroep tegen beschikkingen van administratieve organen bij de Kroon, de Raad van State, afdeling voor de geschillen van bestuur, gehoord. In afwijking van hetgeen bij het administratief beroep tot dusver gebruikelijk was en naar sommiger oordeel ook aan de aard van zodanig beroep inhaerent is, zijn echter de gronden, waarop het beroep ingevolge art. 4 van het ontwerp-B.A.B. kan worden ingesteld, beperkt. Volgens dit artikel toch kan voorziening alleen worden gevraagd op grond, dat de aangevochten beschikking feitelijk of rechtens met de toepasselijke wettelijke voorschriften strijdt, of wel strijdig is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Kan men in het algemeen zeggen, dat, wanneer binnen de administratie van de beschikking van een lager orgaan beroep op een hoger orgaan is opengesteld, dat hoger orgaan in de beoordeling van die beschikking alle gezichtspunten mag betrekken, die ook het beschikkend orgaan in aanmerking had te nemen, naar de voorstellen van de Commissie-De Monchy zijn voor het beroep ingevolge het ontwerp-B.A.B. die gezichtspunten beperkt tot wettelijke voorschriften en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De redenen voor deze beperking blijken uit het verslag. Enerzijds heeft men niet gewild, dat de Kroon voortaan op alle lagere organen, hetzij van het Rijk, hetzij van de andere openbare lichamen een contrôle zou hebben uit te oefenen, welke het gehele beleid bestrijkt; men vreesde, dat een dergelijke algemene en onbeperkte contrôle binnen de boezem der administratie op bepaalde gebieden haar werkzaamheid zou kunnen verlammen en bovendien in vele gevallen onuitvoerbaar zou zijn; ten aanzien van provinciën, gemeenten en waterschappen achtte men bovendien een dergelijk ingrijpen in beleidsvragen in strijd met de aan deze corporaties toekomende en grondwettelijk gewaarborgde autonomie.

Anderzijds was men van mening, dat een formulering, welke de gronden van het beroep beperkte tot strijd met wettelijke voorschriften, ook al zou op het voetspoor van het bepaalde in art. 58 der Ambtenarenwet daarnaast als zelfstandige beroepsgrond „détournement de pouvoir” worden genoemd, te eng was. Vandaar de formulering, welke ook strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur onder de beroepsgronden begrijpt, formulering, waarbij men blijkens de in het verslag gegeven voorbeelden behalve aan „détournement de pouvoir” mede heeft gedacht aan ongelijke behandeling van geheel gelijksoortige gevallen, — een motivering, welke de beslissing niet kan dragen, — een voorbijzien van belangrijke omstandigheden, die tot een andere beslissing had moeten leiden. Tegenover het doelmatig beleid, waarvan de Commissie geen toetsing heeft gewenst, wordt de openbare bestuursmoraal gesteld; „niet dat een aangevochten beschikking van ondoelmatig beleid getuigt, maar dat zij blijkt niet voorbereid of overwogen

te zijn op een wijze, als de openbare bestuursmoraal eist, zij grond voor een voorziening als hier bepleit."

De Commissie van advies inzake administratieve en tuchtrecht-spraak bedrijfsorganisaties (Commissie-Van der Grinten), wier opdracht onder meer bestond in het instellen van een onderzoek naar de vraag, of het gewenst is beroep mogelijk te maken van handelingen van organen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en zo ja, op welke wijze dit beroep dient te worden geregeld, heeft voor het beroep tegen de besluiten en handelingen van deze lichamen — anders dan de Commissie-De Monchy voor het beroep tegen beschikkingen van administratieve organen — gekozen voor rechtspraak uit te oefenen door een onafhankelijk rechterlijk college, dat de naam zal dragen van College van Beroep voor het bedrijfsleven. Deze keuze drong tot beperking van de voorgestelde controle tot een controle op de rechtmatigheid van de aangevochten besluiten en handelingen. Men heeft blijkens de omschrijving van de beroepsgronden in art. 5 van het voorgestelde wetsontwerp echter een rechtmatigheidscontrole in zeer ruime zin gewenst: beroep kan immers worden ingesteld terzake dat a) het besluit of de handeling met een algemeen verbindend voorschrift strijdt, b) het lichaam bij het nemen van het besluit of bij het verrichten van de handeling van zijn bevoegdheid kennelijk een ander gebruik heeft gemaakt dan tot de doeleinden, waarvoor die bevoegdheid gegeven is, c) het lichaam bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit of de handeling heeft kunnen komen, d) het lichaam anderszins heeft besloten of gehandeld in strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. De beide eerste beroepsgronden komen in hoofdzaak overeen met die genoemd in art. 58 van de Ambtenarenwet; de derde is blijkens het verslag geïnspireerd door de jurisprudentie van de Hoge Raad in woonruimte-zaken, terwijl men zich, voor wat de vierde beroepsgrond betreft, heeft willen aansluiten bij de formulering van de Commissie-De Monchy.

Het opnemen van deze laatste grond onder de in art. 5 genoemde beroepsgronden heeft blijkens het verslag aanleiding gegeven tot een meningsverschil, waarbij de meerderheid van de leden der Commissie de minderheid niet van haar gelijk heeft kunnen overtuigen. De minderheid was enerzijds van oordeel, dat onder algemeen verbindende voorschriften mede ongeschreven rechtsregels begrepen kunnen worden, zodat het met name noemen der algemene beginselen van bestuur overbodig is. Anderzijds was zij bevreesd, dat juist door het met name noemen van die beginselen de rechter in de verleiding zou worden gebracht de rechtmatigheidscontrole tot een doelmatigheidscontrole uit te breiden. De meerderheid betoogt hiertegenover, dat, waar de Commissie unaniem van oordeel was, dat de toetsingsbevoegdheid niet tot strikte wet-

matigheid moet worden beperkt, het wenselijk was dit zo duidelijk mogelijk in het wetsvoorstel tot uitdrukking te brengen, terwijl de gekozen formulering er haars inziens geen twijfel over laat bestaan, dat zuivere beleidskwesties niet ter beoordeling zullen staan van de administratieve rechter. De door de Commissie ontworpen Memorie van Toelichting geeft een nader inzicht in de overwegingen, welke tot de formulering van de beroepsgronden hebben geleid. Voorop wordt gesteld, dat, waar de wettelijke voorschriften op het gebied van de bedrijfsorganisatie uit de aard der zaak aan de desbetreffende bestuursorganen slechts vaag omschreven en veelal zuiver discretionnaire bevoegdheden verlenen, het toelaten van beroep enkel op grond van strijd met algemeen verbindende voorschriften — ook indien uitgebreid met détournement de pouvoir — van weinig betekenis en daarom onvoldoende zoude zijn om een redelijke rechtsbescherming te waarborgen. De onder c en d geformuleerde beroepsgronden ontspruiten aan de wens om zonder de rechter op de stoel der administratie te plaatsen hem „in staat te stellen te controleren of de administratie haar taak als een behoorlijke administratie heeft verricht”. De onder c genoemde beroepsgrond stelt de rechter in staat om op te treden in gevallen van kennelijke willekeur; die onder d gaat volgens de Commissie verder en kent geheel in het algemeen de bevoegdheid toe een besluit te toetsen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Als voorbeeld wordt ook hier, evenals in het verslag van de Commissie-De Monchy, genoemd, dat gelijke gevallen niet op ongelijke wijze mogen worden behandeld; voorts wordt gezegd, dat uitsluitend de toetsing aan beginselen met een zekere rechtswaarde is beoogd, waartoe b.v. niet zouden behoren de beginselen van een behoorlijk financieel beheer, op de inachtneming waarvan in gevolge de Wet op de Bedrijfsorganisaties de Kroon en de Sociaal-Economische Raad hebben toe te zien.¹

Inmiddels heeft het begrip algemene beginselen van behoorlijk bestuur eveneens zijn intrede gedaan in het thans bij de Staten-Generaal aanhangige wetsontwerp tot wijziging van de Woonruimtetwet. In het in dat ontwerp voorgestelde gewijzigde art. 8 worden enerzijds de gevallen, waarin men tegen woonruimtevoordringen beroep kan instellen bij Gedeputeerde Staten enigszins verruimd, anderzijds de beroepsgronden beperkt tot schending of verkeerde toepassing van wettelijke voorschriften, onredelijkheid of onrechtmatigheid der vordering of „terzake dat bij de vordering

¹ Nadat deze regels werden geschreven, werd een ontwerp van wet betreffende de administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie bij de Staten-Generaal ingediend. Het ontwerp en de memorie van toelichting zijn bijna woordelijk ontleend aan het rapport van de Commissie-Van der Grinten; het ons hier vooral interesserende artikel 5 werd zonder wijziging overgenomen.

of bij de voorbereiding daarvan is gehandeld in strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.”

De hierboven weergegeven geschiedenis van de introductie van het begrip algemene beginselen van behoorlijk bestuur in ons administratieve recht maakt het duidelijk, dat met de formulering van dit begrip een nieuwe poging is ondernomen om enerzijds een rechterlijke of semi-rechterlijke contrôle op de rechtmatigheid van bestuurshandelingen uit te breiden tot een algemene behoorlijkheidscontrôle, anderzijds deze af te grenzen van hetgeen men doelmatigheids- of beleidscontrôle pleegt te noemen.¹

Het behoeft in een kring van bestuursjuristen weinig betoog, dat men ten einde het probleem van de rechtsbescherming tegenover de overheid tot oplossing te brengen niet kan volstaan met het invoeren van een contrôle op de naleving door de overheid van de op haar handelen toepasselijke wettelijke voorschriften, zelfs al zou een dergelijke contrôle worden opgedragen aan een onafhankelijk rechterlijk college. Een dergelijke beperkte contrôle heeft slechts betekenis binnen het kader van de door wettelijke voorschriften streng gebonden administratie, zoals b.v. die der belastingen en die der sociale verzekering. De werkzaamheid van deze administratie is met die van de rechter in vele opzichten te vergelijken; zij onderzoekt feiten en past daarop het recht toe; initiatief kan zij ontwikkelen door de verbetering van haar organisatie, door het efficiënter maken van haar onderzoek, doch de inhoud van haar beslissingen wordt in beginsel zuiver en alleen door het recht bepaald; en dat recht zal hoofdzakelijk geschreven wettelijk recht zijn. Rechterlijke contrôle op de werkzaamheid van deze administratie levert in beginsel geen moeilijkheden op; zij kan en moet zich beperken tot de vraag, of het recht, en dat is hier in hoofdzaak de wet in de gegeven feitelijke situatie, juist is toegepast.

Het gebied, waarop deze administratie zich beweegt, is echter in vergelijking tot dat van het met discretionnaire bevoegdheden toegeruste bestuur van betrekkelijk geringe omvang. Steeds meer ontwikkelt het karakter van onze administratieve wetgeving zich in deze zin, dat zij ter verzorging van bepaalde belangen bepaalde organen instelt, welke met vaag omschreven, veelal slechts door formele voorschriften beperkte bevoegdheden worden bekleed, terwijl de wijze, waarop zij deze zullen hanteren, aan het eigen oordeel dier organen wordt overgelaten; voorzover de formaliteiten in acht zijn genomen en het handelen geacht kan worden op het betrokken

¹ Deze afgrenzing blijkt op het internationale vlak al tot evenveel moeilijkheden aanleiding te geven als op het nationale. Men vergelijke de omschrijving van de beroepsgronden in artikel 33 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (Schumann-plan), geldende voor het bij dat verdrag ingestelde Hof van Justitie.

belang gericht te zijn geweest is dan aan de wet voldaan. Het zijn de vragen, verbonden aan de verhoging van de rechtsbescherming tegen deze laatste administratie, welke het aan een vorige generatie nog zoveel eenvoudiger toeschijnende probleem van de administratieve rechtspraak steeds moeilijker en bijkans onoplosbaar hebben gemaakt. Het is deze administratie, wier handelen men in de hiërboven besproken voorstellen door de desbetreffende beroepsorganen behalve aan wettelijke voorschriften ook aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur wil laten toetsen.

Robson heeft de houding, welke van met discretionnaire bevoegdheden toegeruste bestuursorganen kan worden gevergd, omschreven als die van een „judicial discretion”¹; door toetsing mogelijk te maken uit een oogpunt van algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft men de „discretion” op zichzelf willen ontzien, maar beoordeling van de vraag, of deze werd gehanteerd op een wijze, welke „judicial” kan worden genoemd, willen mogelijk maken.

II

Alvorens te treden in een onderzoek naar hetgeen onder algemene beginselen van behoorlijk bestuur wel en niet is te verstaan, is het goed ons voor ogen te stellen in welk opzicht reeds thans in de jurisprudentie van de rechterlijke organen, welke over het optreden der overheid in enig opzicht hebben te oordelen, de toetsing aan andere dan strikt wettelijke maatstaven voorkomt. Hoewel ook in de beslissingen van administratieve beroepsorganen zonder twijfel voor het opsporen van algemene beginselen van behoorlijk bestuur zeer belangrijke aanknopingspunten kunnen worden gevonden, laat ik deze thans buiten beschouwing, zowel ter wille van een noodzakelijke zelfbeperking als omdat, zoals gezegd, tot dusver ons probleem zich daar in de hier gestelde vorm niet voordeed; voorzover de wet dit beroep geeft, is het immers tot dusver onbeperkt en zowel op wetmatigheids-, behoorlijkheids-, als doelmatigheidscontrole gericht geweest, zodat de noodzaak deze gebieden onderling af te grenzen, daar nimmer heeft bestaan.

Van de eigenlijke administratieve rechtspraak laat ik ook de

¹ „The idea of a discretion which is to be exercised, not in a capricious and impetuous way, but in a disciplined and responsible manner, is a conception which has had a wide application in English law and politics. It really represents a compromise between the idea that people who possess power should be trusted with a free hand, and not tied down by narrow formulae, and the competing notion that some contingent control must be retained over them in case they act in an unreasonable way. Discretion in public affairs is seldom absolute; it is usually qualified. It must be used judicially, and hence we often hear the expression 'a judicial discretion'.” W. A. Robson, *Justice and administrative law*, sec. ed. 1947, blz. 295.

fiscale rechtspraak en die betreffende de sociale verzekering buiten beschouwing; waar deze beide vormen van rechtspraak betrekking hebben op een wettelijk volledig gebonden administratie, kon en moest zij zich tot een zuivere wetmatigheidscontrole beperken.

Meer materiaal geeft ons in dit opzicht de ambtenarenrecht-spraak. Volgens art. 58 van de Ambtenarenwet kan met betrekking tot besluiten, handelingen en weigeringen ten aanzien van een ambtenaar beroep worden ingesteld in de eerste plaats op grond, dat deze feitelijk of rechtens met algemeen verbindende voorschriften strijden, en in de tweede plaats, dat bij het nemen, verrichten of uitspreken daarvan het administratieve orgaan van zijn bevoegdheden kennelijk een ander gebruik heeft gemaakt dan tot doeleinden, waarvoor die bevoegdheden zijn gegeven; in de derde plaats kan, indien het beroep een disciplinaire strafoplegging betreft, het beroep ook worden ingesteld terzake dat er tussen de opgelegde straf en de gepleegde overtreding onevenredigheid bestaat.

Bij toetsing aan de hierboven gestelde criteria kunnen algemene beginselen van behoorlijk bestuur in verschillende opzichten een rol spelen.

In de eerste plaats bestaat de mogelijkheid, dat de wettelijke voorschriften, waaraan de ambtenarenrechter de aan zijn oordeel onderworpen gedraging heeft te toetsen, zelf een zodanig vaag omschreven norm bevatten, dat de toetsing aan deze norm in wezen is toetsing aan enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, ja zelfs wordt tot toetsing van beleid. Hierbij verdient opmerking, dat de ambtenarenrechter, anders dan de burgerlijke rechter, gewend is om bij toetsing aan wettelijke normen van vage inhoud als dienstbelang, belang der gemeente, billijkheid enz., niet objectiverend, zich af te vragen, of in de gegeven situatie het dienstbelang, het belang der gemeente of de billijkheid tot de aangevochten handeling kon leiden, doch zelfstandig te beslissen of naar zijn oordeel die handeling werkelijk met het dienstbelang, het belang der gemeente, de billijkheid in overeenstemming was. Men vergelijkte in dit verband de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 6 Juli 1937, A.R.B. 1937, blz. 736, 28 Juni 1937, A.R.B. 1937, blz. 781, 19 Mei 1938, A.R.B. 1938, blz. 877; het meest krasse voorbeeld van deze en dergelijke gevallen is de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 6 Juli 1937, A.R.B. 1937, blz. 789 betreffende de vernietiging door de Kroon van het besluit van de gemeenteraad van Winkel tot benoeming van een gemeentesecretaris wegens strijd met het algemeen belang, waarbij de Centrale Raad zich begaf in de beoordeling van de vraag, of die benoeming inderdaad met het algemeen belang in strijd was. Slechts indien uit de wettelijke norm zelf kan worden afgeleid, dat de wetgever haar toepasselijkheid van het oordeel van de administratie

zelf afhankelijk heeft willen stellen, onthoudt de ambtenarenrechter zich van toetsing; vergelijk b.v. de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 15 November 1934, Caljé II, blz. 253.

Aan de niet in enig wettelijk voorschrift neergelegde rechtsbeginselen werd door de ambtenarenrechter aanvankelijk toetsing geweigerd; zo werd bij de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 14 Mei 1936, A.R.B. 1936, blz. 553, beslist, dat de omstandigheid, dat een besluit in strijd zou zijn met de billijkheid geen grond kon opleveren tot nietigverklaring daarvan.

Slechts langs een omweg trachtte de Centrale Raad van Beroep in gevallen, waarin door enig besluit de rechtspositie van een ambtenaar met terugwerkende kracht te zijnen ongunste was gewijzigd, het „algemeen rechtsbeginsel der rechtszekerheid” onder zijn hoede te nemen; men vergelijkte de uitspraken van 31 October 1935, A.R.B. 1936, blz. 168 en 23 Januari 1936 A.R.B. 1936, blz. 369. Eerst in de jongste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep wordt rechtstreeks uitgesproken, dat onder de in artikel 58 bedoelde algemeen verbindende voorschriften mede algemene rechtsbeginselen zijn te rekenen; zo werd bij uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 2 October 1951, A.R.B. 1952, blz. 130, een besluit, waarbij het salaris van een ambtenaar te zijnen ongunste met terugwerkende kracht was verminderd, rechtstreeks nietig verklaard „wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel te rekenen tot de toepasselijke algemeen verbindende voorschriften”.

Groot is het aantal der rechtsbeginselen, welke door de Centrale Raad van Beroep worden gehanteerd, tot dusver niet. In hoofdzaak hebben de desbetreffende beslissingen betrekking op hetgeen de Centrale Raad van Beroep „het algemeen rechtsbeginsel der rechtszekerheid” noemt en wordt dit beginsel toegepast in geval in de rechtspositie van een ambtenaar met terugwerkende kracht wordt ingegrepen. Het lijkt echter niet uitgesloten, dat de verdere hantering van dit begrip de ambtenarenrechtspraak van de Centrale Raad van Beroep steeds meer zal doen evolueren van een wetmatigheids- tot een algemene behoorlijkheidscontrôle. De uitspraak van 3 Juni 1951, A.R.B. 1951, blz. 828 wijst in deze richting. Een tijdelijke onderwijzeres, wier betrekking met een termijn van 6 dagen werd opgezegd, beklaagde zich, dat deze opzegging van de zijde van het beslissend orgaan onzorgvuldig en maatschappelijk onbetamelijk was. De Centrale Raad van Beroep stelde voorop, dat hier geen strijd met enig wettelijk voorschrift aanwezig was, erkende echter daarnaast, dat het denkbaar was, dat dit ontslag in strijd was met een algemeen rechtsbeginsel; hoewel een strijd met zodanig beginsel tenslotte niet werd aangenomen op grond van de bijzonderheden van het desbetreffende geval, is het toch kenmerkend, dat op de kennelijk door de rechtspraak van de burgerlijke rechter op artikel 1401 B.W. geïnspireerde klacht over onzorg-

vuldigheid en maatschappelijk onbetamelijkheid werd ingegaan.

In de tweede grond, waarop de ambtenaar tegen een te zijnen aanzien genomen besluit kan opkomen, het gebruik maken van een bevoegdheid kennelijk tot een ander doel dan dat waarvoor die bevoegdheid is gegeven, heeft de wetgever zelf een zeer belangrijk en in ons administratief recht ook buiten het ambtenarenrecht algemeen erkende beginsel van behoorlijk bestuur tot uitdrukking gebracht. Het daarin gegeven criterium geeft de mogelijkheid tot toetsing van de bestuurshandeling met het oog op de aan de handeling ten grondslag liggende motieven. Deze behoren gericht te zijn op het doel, dat de wetgever voor ogen stond, toen hij de bevoegdheid, op grond waarvan de handeling werd verricht, toekende. Men heeft wel beweerd, dat, indien niet kan worden aangetoond, dat de wetgever bij het toekennen van een bevoegdheid een bepaaldelijk aanwijsbaar doel voor ogen heeft gestaan, toetsing aan het hierbesproken criterium niet mogelijk is. De Centrale Raad van Beroep deelt deze opvatting niet, zoals blijkt uit de uitspraak van 26 October 1939, A.R.B. 1939, blz. 1249, met betrekking tot het voorschrift van art. 66 van de Gemeentewet, dat de Kroon op de meest discretionnaire wijze de bevoegdheid geeft te allen tijde de burgemeester te ontslaan; in dergelijke gevallen kan volgens die uitspraak détournement de pouvoir niettemin worden aangenomen, indien aan de beslissing onredelijke of onoirbare motieven ten grondslag liggen; in casu bleek daarvan overigens niet.

De betekenis, welke deze toetsingsgrond voor de rechterlijke beoordeling van bestuurshandelingen heeft gehad, is echter altijd beperkter geweest, dan men op grond van het ruime veld, dat het onderzoek naar de motieven van een zodanige handeling schijnt te beslaan, zou kunnen nemen. Men kan dit wijten aan de moeilijkheden, welke aan het bewijs van motieven, die, indien onoirbaar, niet tot uitdrukking plegen te worden gebracht, zijn verbonden; het lijkt echter geen ongewettigde veronderstelling, indien ook het peil, waarop hier te lande de overheidsadministratie in het algemeen staat, tot de oorzaken behoort, welke verklaren, dat détournement de pouvoir in de rechtstheorie een belangrijker rol speelt dan in de rechtspraak. Men bedenke daarbij nog, dat het alleen de motieven der administratie zijn, welke op détournement de pouvoir worden getoetst; of de feitelijke grondslag waarop deze motieven berusten, juist is, wordt door de Centrale Raad van Beroep niet onderzocht; indien het beslissend orgaan te goeder trouw van oordeel was, dat het door hem te behartigen belang door zijn besluit kan worden gediend, doch de feiten, waarop hij dat oordeel steunde, in werkelijkheid anders lagen dan hij meende, faalt het beroep op détournement de pouvoir; aldus b.v. de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 9 Januari 1936, A.R.B. 1936, blz. 217.

Wat ten slotte de derde beroepsgrond van art. 58 van de Ambtenarenwet betreft, ook hierin komt, zij het op een beperkt terrein, een zeer belangrijk algemeen beginsel van behoorlijk bestuur tot uitdrukking; het is de toetsing van disciplinaire straffen aan het beginsel der evenredigheid; een even vaag als voor het gehele recht belangrijk beginsel; als algemeen toetsingscriterium voor bestuurs-handeling is het slechts onder het voorbehoud van een strenge zelfbeperking bij de rechter te aanvaarden; de beoordeling van straffen, zij het disciplinaire straffen aan de hand van dit beginsel, is echter een typische rechterlijke werkzaamheid.

Administratieve rechtspraak in de ruime zin van beoordeling van geschillen, welke uit bestuurshandelingen voortspuiten, wordt ook door de burgerlijke rechter¹ uitgeoefend, niet alleen, waar de wet hem deze met zoveel woorden opdraagt, maar in het bijzonder ook met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad in het algemeen, welke, indien een bijzonder beroep daartegen niet is opengesteld, door de rechter op de voet van het gemene recht, met name van art. 1401 B.W., wordt beoordeeld. Men weet, hoe sinds het bekende arrest van 31 Januari 1919, W. 10365, de rechtspraak aan de criteria, welke tot dusver werden gebezigd bij de beoordeling van de rechtmatigheid van schadeveroorzakende handelingen, n.l. de schending van een bepaaldelijk aanwijsbare rechtsplicht of de inbreuk op een bepaaldelijk aanwijsbaar subjectief recht, de zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer betamende tegenover eens anders persoon of goed heeft toegevoegd.

Het was na het arrest van de H.R. van 20 November 1924 N.J. 1925, blz. 89, waarin werd beslist, dat art. 1401 B.W. mede toepasselijk was, indien de rechtsplicht, welke was geschonden, uit het publiek recht voortvloeide, de vraag, of ook het zorgvuldigheidscriterium, waaraan sinds 1919 door de rechter het algemeen maatschappelijk gedrag werd getoetst, mede als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur op de overheid zou worden toegepast. Zoals bekend, heeft de rechtspraak deze consequentie niet aanvaard. In het arrest van de H.R. van 29 Juli 1928, N.J. 1928 blz. 1138 (Strooppot) werd beslist, dat aan de in het maatschappelijk verkeer in het algemeen betamende zorgvuldigheid een overheidshandeling alleen kan worden getoetst, indien de overheid aan dat verkeer op gelijke voet met bijzondere personen deelneemt; en in het arrest van 11 Februari 1934, N.J. 1934 blz. 313 werd een soortgelijke beslissing nog onderstreept door de overweging, dat een mogelijke tekortkoming

¹ Ter voorkoming van misverstand meen ik goed te doen er op te wijzen, dat ik aan geen van de arresten van de Hoge Raad, welke ik in het hierna volgend overzicht ga noemen, persoonlijk heb medegewerkt; aan mijn interpretatie ervan kan dus geen andere betekenis worden toegekend dan aan die van de vele anderen, die daaraan beschouwingen hebben gewijd.

in het beleid van de overheid als zodanig, waarbij geen rechts-plichten worden geschonden, noch inbreuk wordt gemaakt op een burgerlijk recht, niet oplevert een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 B.W.

Niettemin zou het onjuist zijn te menen, dat sindsdien de burgerlijke rechter — buiten het terrein, waarop de overheid op gelijke voet met anderen aan het maatschappelijk verkeer deelneemt — alleen bestuurshandelingen, welke met enig wettelijk voorschrift in strijd waren, als onrechtmatige daden heeft gekwalificeerd. De zelfbeperking, welke deze rechter zich in de beide laatstgenoemde arresten oplegde, heeft hij n.l. nimmer toegepast met betrekking tot bestuurshandelingen, waarbij inbreuk werd gemaakt op een subjectief burgerlijk recht; en als inbreuk op een burgerlijk recht zijn hem dan ook na 1934 practisch alle zaken, waarin op grond van een onrechtmatige overheidsdaad schadevergoeding werd gevorderd, voorgelegd. Het gaat daarbij in het algemeen om gevallen, waarin de overheid krachtens de een of andere publiekrechtelijke bevoegdheid in beginsel tot de aantasting van het desbetreffende burgerlijk recht gerechtigd is, doch de benadeelde bezwaar heeft tegen de wijze, waarop i.c. van die bevoegdheid gebruik is gemaakt; en, waar in dergelijke gevallen de publiekrechtelijke bevoegdheid, waarop de overheid zich beroept, in de desbetreffende wet als een min of meer discretionnaire is omschreven, een meer of minder ruime plaats laat aan het „freie Ermessen”, staat de burgerlijke rechter steeds weer voor de vraag, of hij de bestreden handeling enkel moet toetsen aan de wettelijke voorschriften, welke de desbetreffende bevoegdheid in een meestal zeer wijde kring omgrenzen, dan wel mede zal beoordelen, of binnen die grenzen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht zijn genomen. In het algemeen beantwoordt de rechter die vraag aldus, dat hij, zonder zich te zetten op de stoel der administratie, alle ruimte latend aan een in redelijkheid mogelijk blijvend verschil van inzicht betreffende de wijze, waarop deze laatste haar bevoegdheid heeft te hanteren, niettemin nagaat, of zij in casu een inzicht heeft betoond waartoe een redelijk bestuurder komen kan. Nauwer dan de wetgever begrenst aldus de rechter in menig geval de kring van het „Ermessen”, waarbinnen de bestuurder eigen inzicht zonder voorbehoud kan laten gelden.

De militaire overheid is tegenover de dienstplichtigen onder omstandigheden bevoegd tot maatregelen, welke een bedreiging kunnen vormen voor hun gezondheid; het is aan haar in dit opzicht de belangen der landsverdediging en die der dienstplichtigen af te wegen; niettemin kan er voor de rechter reden zijn om in te grijpen, wanneer die overheid een gedragslijn volgt „die redelijkerwijze niet meer is te beschouwen als uitvloeisel van afweging door de militaire organen van de hun toevertrouwde belan-

gen, doch die kennelijk slechts wijst op door de omstandigheden niet te verontschuldigen misbruik van bevoegdheid" (arrest H.R. 13 November 1936, N.J. 1937, No. 182, De Boer).

Hoe de grenzen moeten worden getrokken, binnen welke de overheid vrij moet zijn naar eigen voor rechterlijke toetsing niet vatbaar inzicht te handelen, is in het algemeen niet te zeggen; die grenzen worden bepaald „door den aard van de taak van de overheid en de omstandigheden waaronder deze moet worden volbracht”; zij zullen „soms zeer eng, soms uiterst wijd kunnen zijn en een binnen deze grenzen vallend verschil van opvatting omtrent wenselijkheid of noodzakelijkheid van een maatregel of omtrent de wijze, waarop deze is ten uitvoer gelegd, mag de rechter niet leiden tot het oordeel, dat onrechtmatig is gehandeld” (H.R. 29 Mei 1940, N.J. 1940, No. 1128, Heldenkermis).

Voorbeeld van een geval, waarin de grenzen, waarbinnen de overheid vrij moet zijn naar eigen inzicht te handelen, zeer eng werden getrokken, vindt men in het geval, berecht door het arrest van 20 December 1940, N.J. 1941, No. 365, betreffende de verkoop door een Ontvanger der Registratie met machtiging van de Kantontrechter van strafrechtelijk in beslag genomen runderen; hoewel deze verkoop een op zichzelf volkomen rechtmatige eigendoms-aantasting was, kon niettemin de wijze, waarop hierbij werd gehandeld — i.c. het verkopen als slachtvee i.p.v. als drachtig stamboekvee — een onrechtmatige handeling tegenover de eigenaar, voor wiens rekening de verkoop geschiedde, opleveren; de aard van de desbetreffende overheidshandeling bracht in dit geval geenszins mede „dat de overheid, de taak, die zij op dit gebied heeft, slechts naar behoren kan vervullen, indien zij vrij blijft om naar eigen inzicht het goed van de hand te doen tegen elke prijs, die zij goedvindt”; integendeel vordert de aard van die taak „dat ook de overheid bij de verkoop van eens anders goed voor diens belangen heeft te waken en dus slechts verkopen mag tegen een prijs, die, de omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, inderdaad redelijk is”. Voorbeelden van gevallen waarin bedoelde grenzen uiterst wijd werden getrokken, doch niettemin in zeer sprekende gevallen voor toetsing ruimte overbleef, vormen de bekende arresten over woonruimte-vorderingen en vorderingen ingevolge het Algemeen Vorderingsbesluit. Ik noem hier slechts de arresten van de H.R. van 25 Februari 1949, N.J. no. 558 en 24 Juni 1949, N.J. no. 559. In het eerste geval, dat de bekende woonruimtevordering te Doetinchem betrof, werd overwogen „dat de waardering in een bepaald geval van in aanmerking komende belangen ter beslissing van de vraag, of voor een vordering grond is te vinden, is overgelaten aan het beleid van de administratie en de rechter daarin niet uit hoofde van een andere appreciatie dier belangen kan tussenkomen”; het tweede geval betrof een vordering van kweldergronden te Gro-

ningen ingevolge het Algemeen Vorderingsbesluit 1940, dat de daargenoemde autoriteiten de bevoegdheid tot vordering geeft, indien naar hun oordeel zulks in overeenstemming is met het algemeen belang; naar aanleiding van dit geval overwoog de H.R., dat in het algemeen de vraag, of in een gegeven geval de vordering in overeenstemming is met het algemeen belang „staat ter beoordeling van de vorderende autoriteiten en dus aan het oordeel van de rechter is onttrokken”. Niettemin werd in beide gevallen overwogen, dat in beginsel toch ruimte overbleef voor rechterlijke toetsing, n.l. voor het geval de vordering als een daad van willekeur zou zijn aan te merken, welke figuur zich voordoet naar de in het eerste geval gegeven omschrijving „als moet worden aangenomen, dat de vorderende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot een vordering heeft kunnen komen en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaats gehad”, — en in het tweede geval indien de vordering „in redelijkheid niet in overeenstemming met het algemeen belang kón zijn.”¹

Het is niet gemakkelijk de beginselen of ongeschreven-rechtregelen te formuleren, waaraan de burgerlijke rechter een bestuurs-handeling pleegt te toetsen, wanneer hij in gevallen, als hier be-

¹ Ik wijs in dit verband op het verschil tussen de rechtspraak van de burgerlijke rechter en die van de ambtenarenrechter, in het bijzonder met betrekking tot de in de wet zelf tot uitdrukking gebrachte vage normen, zoals deze b.v. in het Algemeen Vorderingsbesluit in de verwijzing naar het algemeen belang voorkomen; enerzijds een zich verder distantiëren door bij de beoordeling, of de bevoegdheid overeenkomstig het wettelijk criterium is gehanteerd, niet na te gaan, of hiermede werkelijk het algemeen belang gediend was, — doch het onderzoek te beperken tot de vraag, of objectief denkbaar is, dat door zodanig gebruik der bevoegdheid het algemeen belang gediend kan zijn geweest; anderzijds het zich bij zodanig onderzoek niet laten weerhouden door een wettelijke formulering als „naar het oordeel van”, welke de strekking heeft de op grond van de desbetreffende bevoegdheid verrichte handeling, zoveel mogelijk aan rechterlijke beoordeling te onttrekken, of naar de Engelse uitdrukking „judge-proof” te maken.

Men vergelijkte deze rechtspraak met die betreffende de verbindendheid van gemeenteverordeningen, in het bijzonder die, waarbij ter beoordeling daarvan de inhoud der verordening wordt getoetst aan de vage normen van artikel 168 der Gemeentewet; dat toetsing van de verordeningen van lagere organen ook mogelijk is, indien de desbetreffende verordeningbevoegdheid aldus is omschreven, dat het gebruik ervan met het oog op bepaalde belangen van het oordeel dier organen afhankelijk is gesteld, blijkt uit het arrest van de H.R. van 13 Maart 1951, N.J. 1951, no. 481, dat in dit opzicht t.a.v. een verordening van een bedrijfsschap een beslissing geeft, welke afwijkt van die van het arrest van 12 Maart 1928, N.J. 1928, blz. 833 betreffende de toetsing van een provinciale verordening aan artikel 140, 1e lid van de Provinciale wet.

Op burgerrechtelijk gebied vindt deze rechtspraak een equivalent in die betreffende het bindend advies en de beslissingen van verenigingsorganen in geschillen tussen het bestuur en de leden; zie Asser-Scholten, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, blz. 150.

doeld, gesteld wordt voor de vraag, of een aantasting van burgerlijke rechten, welke, als steunende op een publiekrechtelijke bevoegdheid in beginsel rechtmatig was, door de wijze, waarop die bevoegdheid werd gehanteerd, onrechtmatig moet worden geoordeeld. Evenmin als het zorgvuldigheids criterium, dat het particuliere „freie Ermessen” beperkt, zich in een aantal wel omschreven regelen laat neerleggen, zijn de beginselen, door welke de rechter zich laat leiden bij de toetsing van het „freie Ermessen” der overheid voor gedetailleerde systematisering vatbaar. Het blijft casuïstiek, kan dat misschien ook niet anders zijn, indien inderdaad naar de opmerking van Smits¹, meer in het bijzonder ten aanzien van het zorgvuldigheids criterium gemaakt, de rechter hierbij steeds de regel opstelt met het oog op het geval, dat voor hem ligt.

Het dichtst bij het ook in het gewone maatschappelijke verkeer geldende zorgvuldigheids criterium ligt het beginsel, dat ten grondslag ligt aan het hierboven genoemde arrest van 20 December 1940², betreffende de verkoop van in beslag genomen runderen tegen een aanmerkelijk lagere prijs dan deze normaal konden opbrengen; het maakt duidelijk, dat in een situatie, als in dat arrest omschreven, de overheid ook bij het hanteren van haar publiekrechtelijke bevoegdheden met betrekking tot de belangen van haar onderdanen de zorgvuldigheid in acht heeft te nemen, welke in het gewone maatschappelijke verkeer kan worden geëist van iemand, die door de een of andere omstandigheid in een situatie verkeert, waarin hij over de eigendommen van anderen beschikkingen moet treffen.

Het over de gehele lijn van het administratieve recht aanvaarde beginsel, dat bevoegdheden slechts mogen worden gehanteerd in overeenstemming met het doel, waarvoor zij werden gegeven, vindt erkenning in een arrest van de H.R. van 14 Januari 1949, N.J. no. 557 betreffende de burgemeester, die zich bij een woonruimtevoordering had laten leiden door motieven, liggende op het gebied van de prijsbeheersing, en ook in het hierboven reeds genoemde arrest van 24 Juni 1949³ betreffende de Groningse kweldergronden, welke in het belang der voedselvoorziening werden gevorderd, terwijl naar de stelling van de eisende partij in werkelijkheid daarbij andere doeleinden werden nagestreefd.

Moelijker te omschrijven is het beginsel, bij de niet inachtneming waarvan in de jurisprudentie van willekeur wordt gesproken; het is een criterium, dat in het bijzonder wordt toegepast bij de beoordeling van beschikkingen, bij het nemen waarvan de administratie een grote mate van vrijheid heeft, en welke tot stand plegen te komen na afweging van meestal tegenstrijdige belangen,

¹ W.P.N.R. 3690.

² Zie blz. 66.

³ Zie blz. 66-67.

belangen van de gemeenschap tegenover die van particulieren, ook van belangen van particulieren onderling. Naar de omschrijving van het arrest van 25 Februari 1949¹ (Doetinchem) wordt van willekeur gesproken, wanneer bij afweging van de verschillende in aanmerking komende belangen de beschikkende autoriteit in redelijkheid niet tot een beschikking heeft kunnen komen „en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaats gehad”; het arrest van 23 December 1949, N.J. 1950, no. 245 (Gasselternijeveen) — het eerste arrest waarin de H.R. de beslissing, waarbij een feitelijke rechter een woonruimtevoordering op grond van willekeur onrechtmatig had geoordeeld, dekte — wordt duidelijker nog gezegd, dat een belangenafweging, welke in redelijkheid — dat is naar het inzicht van redelijk oordelende mensen — niet tot de gegeven beslissing heeft kunnen voeren, te dezen met niet-afweging gelijk moet worden gesteld.

Nauwkeurig aan te geven, waarom in het ene geval het resultaat, waartoe de afweging de vorderende autoriteit voerde, zodanig is, dat redelijk denkende mensen daartoe niet hadden kunnen komen, en in het andere geval over dat resultaat ook tussen redelijk denkende mensen verschil van inzicht kan bestaan, is niet mogelijk. Wil men het algemeen beginsel, waaraan in dit en dergelijke gevallen het optreden der administratie wordt getoetst, positief omschrijven, dan komt men niet verder dan het poneren van de algemene stelling, dat de overheid bij het nemen van haar beschikkingen alle in aanmerking komende belangen moet afwegen, en zowel bij het toekennen van het aan elk dier belangen toekomende gewicht, als bij het hanteren van de weegschaal de redelijkheid behoort te betrachten.

Naast de beginselen, bij het niet in acht nemen waarvan de overheid zich het verwijt van onzorgvuldigheid, détournement de pouvoir of willekeur op de hals haalt, onthult ons het arrest van de H.R. van 28 Juni 1951 N.J. no. 528 nog een ander even algemeen als belangrijk beginsel, voor de omschrijving waarvan men niet beter kan doen dan aan te sluiten bij hetgeen in de Engelse en Amerikaanse literatuur op ons onderwerp als „fair play” wordt omschreven; het is het bestuursfatsoen, dat vooral bij de voorbereiding van de beschikking en bij de rechtsstrijd, welke daaruit kan ontstaan, een rol speelt. — Het arrest betrof een geval van een met woonruimtevoordering bedreigde huiseigenaar, die zich hiertegen zocht te beveiligen door aan de Kamer van Koophandel een verklaring te verzoeken als bedoeld in art. 1, onder 6, van de Woonruimtetwet, volgens welke hij zijn huis nodig had als bedrijfsruimte, bij verkrijging van welke verklaring ingevolge art. 7 lid 4 dier wet voordering niet mogelijk zou zijn. De Kamer van Koophandel zond,

¹ Zie blz. 66.

overeenkomstig de dienaangaande geldende voorschriften, het verzoekschrift om advies naar het gemeentebestuur, doch deze hield het eerst geruime tijd onder zich en ging daarna met grote spoed tot vordering over. De H.R. oordeelde, dat de vrijheid van de administratie niet insluit dat zij „in een gegeven geval haar bevoegdheid tot vordering zou mogen beïnvloeden door, onder omstandigheden als te dezen door het Hof aangenomen, te beletten, dat degeen, over wiens rechten het gaat, ten volle gebruik kan maken van de in de Woonruimtetwet gegeven mogelijkheid om voor zijn bedreigde pand vrijstelling van vordering te verkrijgen”, en achtte de vordering onrechtmatig. Ook al zouden er in dit geval mogelijk omstandigheden aanwezig zijn geweest, die het optreden van het gemeentebestuur begrijpelijk maakten, toch was het onbehoorlijk om, na eerst te hebben verhinderd, dat de betrokken eigenaar van de Kamer van Koophandel tijdig een beslissing kreeg op zijn verzoek tot de verkrijging van een verklaring, welke de gemeente haar bevoegdheid tot vordering zou hebben ontnomen, deze, toen daartoe naar de mening van het gemeentebestuur aanleiding ontstond, met spoed door te zetten.

Behoort ook het in het Franse administratieve recht bekende beginsel der „égalité devant les charges publiques”, dat medebrengt, dat ook buiten het eigenlijke terrein van de onrechtmatige overheidsdaad bijzondere schade door een in het algemeen belang ondernomen overheidshandeling veroorzaakt, voor vergoeding in aanmerking komt tot de algemene beginselen, welke de burgerlijke rechter hanteert? Men heeft het wel afgeleid uit twee bekende arresten van de H.R., t.w. het z.g.n. vijfde Voorstestroom-arrest van 19 Maart 1943, N.J. no. 312 en het Wateronttrekkingsarrest van 18 Februari 1944, N.J. no. 226. Beide arresten, die tot een vrij omvangrijke litteratuur¹ hebben aanleiding gegeven, hebben gemeen, dat zij betroffen materiële handelingen (niet-beschikkingen) van gemeentebesturen — in het eerste geval de afvloeiing van rioolwater, in het tweede geval het aanleggen en exploiteren van bepaalde duinwaterleidingswerken — waardoor aan particuliere eigendommen belangrijke schade werd toegevoegd. De beslissing kwam in beide gevallen hierop neer, dat weliswaar werd erkend, dat de overheid een gedragslijn heeft gevolgd, welke van het oogpunt der te behartigen gemeentebelangen uit „volkomen gerechtvaardigd en zelfs geboden kon zijn”, doch niettemin werd aangenomen, dat de eventuele nadelige gevolgen, welke daarvan voor de betrokken eigenaar het gevolg konden zijn, door de overheid voor haar rekening moesten worden genomen. In het zich ter gelegenheid van een ernstige inbreuk op een eigendomsrecht, zij het in het algemeen

¹ Men vergelijkte onder meer Drion, W.P.N.R. 3992 e.v.; Scholten, W.P.N.R. 4146; Meijers, W.P.N.R. 4144—4145; Bregstein, R.M. 1951, blz. 273 e.v.

belang geboden, niets aantrekken van de belangen der benadeelde eigenaren werd de onrechtmatige handeling gezien, welke tot schadevergoeding verplichtte. Van zeer verschillende kanten is deze rechtspraak becritiseerd; sommigen hebben erin gezien het langs een omweg binnenhalen van een schadevergoedingsverplichting uit rechtmatige overheidsdaad; anderen zagen het bijzondere kenmerk van deze beslissingen in de omstandigheid, dat hier door de H.R. een niet op enig publiekrechtelijk voorschrift steunende inbreuk op de particuliere eigendom, mits de daarvoor veroorzaakte schade werd vergoed, als geoorloofd werd beschouwd.

Het is hier niet de plaats op de betekenis, welke deze arresten voor het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad hebben, dieper in te gaan. Een algemene erkenning van het beginsel der „égalité devant les charges publiques” is er zeker niet uit te lezen, alleen al daarom niet, omdat in beide gevallen niet het toebrengen van een bijzondere schade zonder meer, doch eigendomsaantasting de grondslag der schadevergoedingsverplichting uitmaakte. Wel kan men eruit lezen, dat een door de omstandigheden geboden eigendomsaantasting, welke een wettelijke grondslag ontbeert, onrechtmatig blijft, indien de overheid zich van de belangen der benadeelden niets aantrekt, doch rechtmatig kan worden, indien de daardoor aangerichte schade wordt vergoed. De aangehaalde beslissingen leren, dat, zoals voor particulieren overmacht een rechtvaardigingsgrond kan zijn voor het inbreuk maken op subjectieve rechten, zeer bijzondere gemeenschapsbelangen dit voor de overheid kunnen zijn, met dien verstande evenwel, dat aan een zodanige inbreuk het onrechtmatig karakter alleen dan wordt ontnomen, indien de overheid de schade voor haar rekening neemt. Inzoverre kan in de besproken arresten een erkenning van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur worden gezien, dat echter door zijn beperking tot de aantasting van subjectieve rechten zonder wettelijke grondslag het algemeen beginsel der „égalité devant les charges publiques” slechts van verre benadert.

Het wellicht belangwekkendste materiaal, dat voor het opstellen van een prognose betreffende de vraag, hoe bij invoering van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als beroepsgrond voor administratieve beschikkingen resp. besluiten en handelingen van bedrijfsorganisaties de toetsing aan die beginselen zal uitvallen, levert de rechtspraak van het Scheidsgerecht voor de Voedselvoorziening, aan welk college volgens art. 140 van de Wet op de Bedrijfsorganisatie ook de berechting van geschillen ter zake van beslissingen en handelingen van zodanige organisaties in het algemeen in afwachting van een definitieve regeling op dit punt is opgedragen.

Het Scheidsgerecht dankt zijn ontstaan aan art. 13 van het Organisatiebesluit Voedselvoorziening 1941, dat de berechting van ge-

schillen tussen een organisatie en een of meer der daarbij aangesloten ondernemers geheel in het algemeen aan dit college toevertrouwt. Merkwaardig is haar rechtspraak, enerzijds omdat deze betreft besluiten en handelingen door bedrijfsorganisaties, verricht op de grondslag van in het algemeen zeer discretionnaire bevoegdheden, anderzijds omdat aan de gronden, waarop tegen zodanige besluiten en handelingen kan worden opgekomen of naar aanleiding daarvan schadeloosstelling kan worden gevraagd, geen enkele beperking is gesteld. Hoewel dus het Scheidsgerecht in dit opzicht in dezelfde positie verkeert als een administratieve beroepsinstantie bij een binnen de administratie zelf geregeld beroep (waarvan het anderzijds echter weer door zijn onafhankelijkheid is onderscheiden) en op die grond niet alleen de rechtmatigheid van het optreden van de desbetreffende organisatie, maar ook het beleid mag controleren, heeft zich zijn rechtspraak in de praktijk door zelfbeperking met betrekking tot de beleidsbeoordeling niettemin ontwikkeld tot een algemene behoorlijkeheidscontrole.

Ik zal op de criteria, welke daarbij in acht worden genomen, niet uitvoerig ingaan, enerzijds omdat mijn mede-praeadviseur deze materie nader staat dan mij, en anderzijds, omdat wij in de beide artikelen, welke de secretaris van dit college, mr F. W. ter Spill, in „Bestuurswetenschappen” 1948 (blz. 249 e.v.) en 1949 (blz. 288 e.v.) heeft gepubliceerd, een uitstekende analyse van deze rechtspraak bezitten.¹ Naast de toetsing van wettelijke voorschriften toetst het Scheidsgerecht de aan zijn oordeel onderworpen besluiten en handelingen in de eerste plaats aan de beleidsregels, welke de bedrijfsorganisaties zelf bij de vervulling van haar taak plegen te volgen, regels, waaraan het Scheidsgerecht weliswaar niet is gebonden, doch welke het niettemin in het algemeen als grondslag van zijn rechtspraak aanvaardt, teneinde het beleid der bedrijfsorganisaties zoveel mogelijk te ontzien. Volgens Mr Ter Spill wordt het algemene beleid nimmer, en worden de daarop gebaseerde beleidsregels slechts uiterst zelden aangetast, zij het dat de toetsing aan die regels ruim wordt opgevat en, wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven, in het bijzonder de toepassing ervan in een gegeven situatie „klaarblijkelijk met de billijkheid in strijd zou zijn”², daarvan wordt afgeweken. Hoewel een behoorlijk bestuur zijn beleid zoveel mogelijk naar algemene richtlijnen zal bepalen, spreekt het vanzelf, dat deze nooit volledig zijn, en dat, hoezeer het ernaar mag streven zijn „Ermessen”

¹ Men vergelijkte verder Van Bemmelen, N.J.B. 1951, naar aanleiding hiervan Riphagen in N.J.B. 1951, blz. 467 en Zonderland, N.J.B. 1951, blz. 570 en wederom Van Bemmelen, N.J.B. 1952, blz. 117; voorts Arbitrale Rechtspraak, de nummers December 1933, no. 180, October 1942, no. 286, Februari 1949, no. 338, Januari 1952, no. 373.

² Bestuurswetenschappen 1949, blz. 310.

te reguleren, steeds een ruim terrein zal overblijven, waarin van geval tot geval moet worden beslist. Krijgt het Scheidsgerecht zodanige gevallen te beoordelen, dan toetst het deze aan de billijkheid, waarbij de volgende beginselen, welke wij ook elders reeds ontmoetten, leidinggevend zijn: 1° het gelijkheidsbeginsel, dat wil, dat in gelijke omstandigheden werkende bedrijfsgenoten op gelijke wijze worden behandeld; 2° het evenredigheidsbeginsel, volgens hetwelk aantasting van het bijzonder belang alleen dan gerechtvaardigd wordt geacht, indien deze in de juiste verhouding staat tot het algemeen belang, dat men door die aantasting wilde dienen; 3° het beginsel, dat van bevoegdheden alleen gebruik mag worden gemaakt voor het doel, met het oog waarop deze werden toegekend; 4° het beginsel, dat redelijke verwachtingen, door de organisatie bij de bedrijfsgenoten, opgewekt, moeten worden gehonoreerd.

Vergelijking van de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep, en de burgerlijke rechter enerzijds en het Scheidsgerecht voor de Voedselvoorziening anderzijds, doet zien, hoe de beide eerstgenoemde rechters, wier taak uitsluitend rechtmatigheidscontrole meebrengt, ook het vrije beleid aan algemene maatstaven van behoorlijkheid en redelijkheid zijn gaan toetsen, terwijl de laatstgenoemde rechter, uitgaande van een alomvattende beleidscontrole, zich bij de beoordeling van dat beleid tot de toetsing aan behoorlijkheid en redelijkheid is gaan beperken; het zijn tenslotte de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, welke in al deze drie vormen van rechtspraak naast wettelijke voorschriften de toetsingsmaatstaven opleveren.

Er zijn natuurlijk verschillen en nuances. De Centrale Raad van Beroep schijnt van een legistisch uitgangspunt voorzichtig op weg naar toetsing aan een voorlopig beperkt en strikt omschreven aantal regelen van ongeschreven recht; de rechtspraak van de burgerlijke rechter wordt gekenmerkt door een streven naar objectivering, begrijpelijk enerzijds, omdat de grenzen van behoorlijkheid en redelijkheid vloeiend zijn en aan verschil van inzicht onderhevig, anderzijds, omdat hij door zijn lijdelijkheid minder goed dan een zelfstandig onderzoekende administratieve rechter kan komen tot de vaststelling van het voor een definitief oordeel benodigde feitenmateriaal en daarom eerder dan zulk een rechter geneigd zal zijn tot de beslissing, dat in de feitelijke situatie, zoals deze hem is voorgelegd, redelijk denkende mensen tot een verschillende beslissing kunnen komen; voor het Scheidsgerecht voor de Voedselvoorziening bestaat die reserve nauwelijks, en al ontziet ook deze rechter het algemene beleid, het concrete beleid toetst hij vrijelijk aan hetgeen hijzelf in elk bijzonder geval redelijk en billijk acht.

In deze situatie is de invoering van het begrip algemene begin-

selen van behoorlijk bestuur als algemeen toetsingscriterium voor administratieve beslissingen en besluiten en handelingen van bedrijfsorganisaties geenszins revolutionnair; het betekent slechts een nieuwe formulering van een geheel van maatstaven, waarmede reeds thans in verschillende vormen van rechtspraak getracht wordt de behoorlijkheid en redelijkheid van administratieve handelingen te beoordelen, zonder daarbij te treden in overwegingen van doelmatigheid of algemeen beleid.

Mocht de wetgever de voorstellen van de Commissie-De Monchy, voorzover betreft de administratieve beschikkingen in het algemeen, en van de Commissie-Van der Grinten, voorzover betreft besluiten en handelingen van bedrijfsorganisaties, volgen, dan kan men verwachten, dat de rechtspraak van de Kroon, de Raad van State, afdeling van de geschillen van bestuur gehoord, en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven bij de toetsing van de aan haar beoordeling opgedragen gedragingen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur in meer of mindere mate zullen aansluiten aan de maatstaven en normen, welke daarbij reeds thans door rechters van verschillende aard worden toegepast; waarschijnlijk is verder dat die toetsing ruimer zal zijn dan tot dusver mogelijk was binnen het kader van de slechts een beperkt terrein beslaande rechtspraak van de ambtenarenrechter en minder geobjectiveerd dan die van de burgerlijke rechter, wiens lijdelijkheid veelal verhindert in de feitelijke situatie een juist en volledig inzicht te krijgen; dit zal ook daarom het geval zijn, omdat voor de Kroon de toetsing aan wet en algemene beginselen van behoorlijk bestuur een beperking is vergeleken bij de toetsingsbevoegdheden, welke haar tot dusver toekwamen in de gevallen, waarin zij als hoogste beroepsinstantie was aangewezen; en omdat het College van beroep voor het bedrijfsleven de voortzetting zal zijn van een beroepsorgaan, dat zich tot een volledige beleidscontrole bevoegd rekende, al kwam ook de rechtspraak van dat orgaan in de praktijk op een, zij het uiterst ruim opgezette, behoorlijkscontrole neer.

III

Aan de hand van de hierboven weergegeven stof, ontleend aan de praktijk van enige rechterlijke colleges, welke elk op eigen terrein hebben getracht de weg te vinden, die tussen wetmatigheds- en doelmatighedscontrole tot een algemene behoorlijkscontrole leidt, zullen wij thans trachten ons nader te bezinnen op het begrip algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Wanneer, zoals in art. 4 van het ontwerp-B.A.B. en art. 5 van het wetsontwerp administratieve rechtspraak bedrijfsorganisaties strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur naast strijd met wettelijke voorschriften wordt gesteld, zou men de indruk

kunnen krijgen dat met deze omschrijving slechts is bedoeld aan de beoordelende instantie de bevoegdheid te geven de aan zijn oordeel onderworpen beschikkingen en handelingen niet alleen aan geschreven maar ook aan ongeschreven rechtsnormen te toetsen. Die indruk zou echter niet juist, althans niet volledig juist zijn. Hoewel het handelen in strijd met een ongeschreven regel van bestuursrecht, van bestuursrechterlijk gewoonterecht dus, altijd tevens zal zijn in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in de zin van de hierboven genoemde wetsvoorstellen, dekken deze beide begrippen elkander toch niet. Zoals een rechtsbeginsel iets anders is dan een rechtsregel, is een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur iets anders dan een regel van (ongeschreven) bestuursrecht en vergt het werken met zodanige beginselen van de rechter een andere instelling dan van hem wordt gevraagd bij de toepassing van geschreven of ongeschreven rechtsregels.

Rechtsbeginselen zijn — en ik inspireer mij hier op mijn leermeester Scholten¹ — geen normen, welke rechtstreeks kunnen worden toegepast op een gegeven feitelijke situatie, zoals wettelijke voorschriften deze gemeenlijk inhouden, maar hoogstens wijwijzers, die ons bij de beoordeling van die situatie in een bepaalde richting wijzen. Het zijn, zoals Scholten het uitdrukte, de ethische tendenzen, welke aan de rechtsorde ten grondslag liggen, tendenzen, welke gedeeltelijk uit het positieve recht kunnen worden afgeleid, gedeeltelijk zich met een onmiddellijke evidentie aan ons opdringen. In overeenstemming hiermede zou ik het begrip algemene beginselen van behoorlijk bestuur willen omschrijven als de ethische tendenzen, welke aan ons bestuursrecht, zo geschreven als ongeschreven — met inbegrip dus van de bestuurspraktijk — ten grondslag liggen en ook van deze beginselen kan worden gezegd, dat zij zich uit dat recht en die praktijk gedeeltelijk laten afleiden, gedeeltelijk ook zich met een onmiddellijke evidentie aan ons opdringen.

Dat wij hier inderdaad uitsluitend hebben te denken aan tendenzen van een min of meer uitgesproken ethisch gehalte en niet aan beginselen van bestuurstechniek of efficiency, hebben ook de redacteuren van de beide rapporten, welke tot ons onderzoek de aanleiding gaven, zeer wel gevoeld. Zo wordt in het rapport van de commissie-De Monchy ter nadere omschrijving van het begrip algemene beginselen van behoorlijk bestuur de bestuursmoraal tegenover de doelmatigheid gesteld, terwijl er in het rapport van de commissie-Van der Grinten op wordt gewezen, dat het hier uitsluitend gaat om beginselen, welke een zekere rechtswaarde bezitten.

¹ Vgl. Asser-Scholten algemeen deel, blz. 80 e.v. en Rechtsbeginselen in Verzamelde geschriften I, blz. 395 e.v.

Dat die beginselen niet het karakter hebben van rechtsnormen, hetzij geschreven, hetzij ongeschreven, geen vaste criteria zijn, waaraan een gegeven feitelijke situatie kan worden getoetst, doch tendenzen, die wel de rechtsvinding richting wijzen, doch nooit bepalend kunnen zijn voor haar conclusie, volgt uit de voorbeelden, welke de jurisprudentie ons reeds opleverde: rechtszekerheid, zorgvuldigheid, fair play, gelijkheid, het zijn criteria, welke ons zoeken begeleiden, doch ons vinden niet bepalen kunnen. Mogelijk is zelfs, dat in een gegeven situatie twee of meer algemene beginselen van behoorlijk bestuur in verschillende richting wijzen, zodat de beslissing van de afweging dier beginselen afhankelijk is. Denken wij aan het geval, waarin de administratie staat voor een beslissing, waarbij zij, zich houdende aan de eenmaal gekozen lijn en regel van haar beleid, aan de betrokkene een onevenredig nadeel zou toevoegen; het beginsel der rechtszekerheid, wellicht dat der gelijkheid wijst dan in andere richting dan dat der evenredigheid. Er ontstaat een spanning, waarin het in de gegeven situatie zwaarst wegende beginsel de doorslag moet geven.

Wil men het verschil tussen de houding, welke de rechter behoort in te nemen bij toetsing van een bestuurshandeling aan een rechtsnorm, en de houding, die hem past bij de toetsing daarvan aan een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, onder woorden trachten te brengen, dan kan men zeggen, dat hij ten aanzien van de rechtsnorm behoort te onderzoeken, of de desbetreffende bestuurshandeling met die norm in overeenstemming was, terwijl hij zich met betrekking tot het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zal hebben te bepalen tot de vraag, of die handeling ten opzichte van dat beginsel was verantwoord.

Dit verklaart de beperking, welke de rechter zich bij toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal hebben op te leggen. Zal hij, staande voor een rechtsregel, zich in het algemeen moeten afvragen, tot welke conclusie de toepassing van die regel in een gegeven situatie de administratie had behoren te leiden, met betrekking tot een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is zijn taak beperkt tot de vraag, of met het oog op dat beginsel de administratie tot haar beslissing kon en dus mocht komen. Het is, zoals wij zagen, vooral in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter, dat deze objectivering van het rechterlijk oordeel ten opzichte van de beginselen van behoorlijk bestuur het duidelijkst tot uitdrukking is gekomen; zijn lijdelijkheid — medebrenkende de noodzaak recht te doen op het feitenmateriaal zoals hem dit door partijen wordt voorgelegd — dwong hem daarbij tot een verdere zelfbeperking dan de administratieve rechter; ook deze echter zal bij toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten bedenken, dat deze wèl een richting maar zelden één bepaalde weg wijzen.

Hoever die objectivering zal moeten gaan, hoe groot de ruimte dus, waarbinnen de administratie ook met betrekking tot algemene beginselen van behoorlijk bestuur een door de rechter niet te controleren „Wahlfreiheit”¹ toekomt, is in het algemeen niet te zeggen. Zij wordt, zegt de Hoge Raad in het Heldenkermis-arrest², bepaald „door de aard van de taak der overheid en de omstandigheden, waaronder deze moet worden volbracht”. Meer nog dan door de aard van die taak en die omstandigheden wordt echter m.i. de mate van zelfbeperking, welke de rechter zich ten aanzien van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zal moeten opleggen, bepaald door de aard van het in geding zijnde beginsel zelf, meer in het bijzonder door de kracht van het daarin aanwezige ethisch gehalte: hoe sterker dit spreekt, hoe sterker de evidentie is, waarmede het zich aan ons opdringt, des te verder de rechter in zijn beoordeling kan gaan, hoe eerder hij zijn subjectieve inzicht kan laten gelden; hoe zwakker die evidentie, hoe relatiever de gelding van het beginsel, des te beperkter de taak van de rechter, des te ruimer de vrijheid van de administratie. Men ziet dit duidelijk, indien men van de arresten van de Hoge Raad inzake woonruimte-vorderingen de gevallen, waarin die vorderingen van willekeur worden beticht, vergelijkt met het geval, waarin de onrechtmatigheid hierin bestond, dat de gemeente door haar vóór de vordering aangenomen houding het beroep van betrokkene op art. 7, lid 4, van de Woonruimtetwet had gefrustreerd³; in de eerstbedoelde gevallen zijn het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel in het spel, in het laatste geval dat van de fair play. Eerstbedoelde beginselen zijn ethisch veel minder evident dan het laatste; dienovereenkomstig legde de rechter zich in de zaken van eerstbedoelde soort een aanmerkelijk groter beperking in zijn oordeel op dan in laatstbedoeld geval; de vraag, of de vorderende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid tot de vordering kon komen, waarvan de beslissing in eerstbedoelde zaken afhankelijk was, werd in het laatstbedoelde geval niet gesteld; welke in dat geval de in aanmerking komende belangen geweest mogen zijn, door welke motieven de gemeenten zich ook mogen hebben laten leiden, het fair play-beginsel drong zich hier met een zodanige kracht op, dat de redelijk denkende mensen, die zus en zo kunnen oordelen, niet ten tonele behoeften te verschijnen.

IV

Na de algemene beschouwing over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, welke ik hierboven heb trachten te geven, wil

¹ Over de betekenis van dit begrip i.v.m. het „freie Ermessen”, Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, blz. 10 e.v.

² Zie blz. 66.

³ Zie blz. 69.

ik tenslotte trachten van de bijzondere beginselen, welke als zodanig in aanmerking kunnen komen, in systematisch verband een korte beschrijving te geven. Ik ben mij bewust, dat deze poging steunt op onvoldoende materiaal en inzicht; toch moet zij worden gewaagd, al ware het slechts om de discussie op gang te brengen en een steentje bij te dragen tot het bouwwerk, dat jurisprudentie en wetenschap tezamen zullen moeten optrekken.

De beginselen, welke ik zal noemen zijn, voor zover ik zie, de grondbeginselen van behoorlijk bestuur, ten opzichte waarvan een bestuurshandeling, zowel met betrekking tot haar voorbereiding, vormgeving en uitvoering, als met betrekking tot haar inhoud verantwoord behoort te zijn. Ik noem en behandel dan achtereenvolgens de beginselen van 1. *fair play*, 2. zorgvuldigheid, 3. zuiverheid van oogmerk, 4. evenwichtigheid, 5. rechtszekerheid. Ik zal trachten elk dier beginselen in het kort te karakteriseren aan de hand van enige voorbeelden, in hoofdzaak ontleend aan beschikkingen, in het bijzonder betreffende woonruimtevoordringen. Hier en daar laste ik een verwijzing in naar buitenlands recht teneinde te doen uitkomen, dat men onze problematiek ook elders kent en daar niet zelden tot analoge oplossingen komt. De pretentie van een rechtsvergelijkende studie, welke overigens bijzonder interessant en vruchtbaar zou kunnen zijn, heeft deze blik buiten onze grenzen uiteraard niet.

1. *Fair play*.

Men moge mij verontschuldigen, dat ik het eerste door mij genoemde beginsel samenvat onder een Engelse term, die ons schijnt te verplaatsen naar de wereld van de sport. Ik gebruik deze term, omdat hij op kernachtige wijze aangeeft, dat van de bestuurder een houding wordt verwacht, waarbij aan de bestuurde, over wiens rechten en belangen wordt beschikt, de gelegenheid wordt gegeven zijn standpunt naar voren te brengen en te verdedigen, en het daaraan eventueel tegenovergestelde standpunt van de administratie zelf of van andere belanghebbenden te bestrijden; een houding, waarbij althans wordt nagelaten al datgene, dat de bestuurde zou kunnen verhinderen zijn standpunt binnen het kader van de hem toekomende rechten tot gelding te brengen. Het vraagt van de bestuurder ¹ openheid, eerlijkheid en royaliteit, begrippen, welke door geen Nederlandse term op deze wijze in een greep worden samengevat.

Ik stel het als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur om twee redenen voorop; in de eerste plaats, omdat het vooral een beginsel van procedure, van voorbereiding en vormgeving is en, zoals Donner in zijn prae-advies van 1948 ² betreffende de codificatie van

¹ Natuurlijk ook van de bestuurde; maar over hem hebben wij het hier niet.

² Prae-advies van de Ver. v. Adm. Recht, 1948, blz. 42.

algemene beginselen betreffende het administratieve recht heeft opgemerkt, de moderne ontwikkeling van dit recht heeft meegebracht, dat het vooral de wijze van totstandkoming der beschikking, eerder dan haar inhoud is, welke voor rechterlijke toetsing in aanmerking komt; in de tweede plaats, omdat in dit beginsel het in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelegen ethische element het duidelijkst naar voren komt en het daarom als rechterlijke toetsingsmaatstaf meer dan enig ander beginsel bruikbaar is.

In de Angelsaksische litteratuur, welke op ons onderwerp betrekking heeft, staan de „fundamentals of fair play”¹ op de voorgrond. Wanneer de Engelse rechter administratieve beschikkingen beoordeelt naar aanleiding van de klacht, dat de administratie „ultra vires” is opgetreden, wordt, naast de wettelijke grenzen aan haar bevoegdheden gesteld, mede de „natural justice” in het onderzoek betrokken. „It has been truly said”, lezen wij in het bekende rapport van de „Committee on Ministers’ Powers” van 1932², „that, however much a minister in exercising such functions may depart from all usual forms of legal procedure and from the common law rules of evidence, he ought not to depart from or offend against natural justice”. En onder die „natural justice” worden dan steeds weer verstaan de regels, welke de geadministreerde een behoorlijke procedure en een behoorlijke kans zijn standpunt tot gelding te doen komen, waarborgen.

De Engelse jurisprudentie geeft van gevallen, waarin de vraag, of die „natural justice” al dan niet in acht wordt genomen, aan de orde was, menig voorbeeld. Zij betreffen in steeds verschillende facetten telkens weer de vraag, of en in hoeverre de administratie bij of vóór het nemen van haar beschikkingen in acht behoort te nemen de regels, die in de rechtspraak plegen te worden gevolgd teneinde de rechten en de gelijkheid van de partijen in een proces te waarborgen. Al naar gelang van de omstandigheden en de aard van de taak, welke de overheid heeft te vervullen, worden in dit opzicht aan de administratie meer of minder zware eisen gesteld.³ Leidinggevend is echter steeds weer het beginsel, dat „although the rules of procedure of the courts of Justice may not be followed, the ordinary principles of fair play have to be observed”.⁴

De Amerikaanse opvattingen gaan in dit en andere opzichten nog aanmerkelijk verder dan de Engelse; de Federal Administrative

¹ Zie b.v. B. Schwartz, *Law and the Executive in Britain*, 1949, blz. 312.

² Vgl. over dit rapport o.a. Robson t.a.p. blz. 314 e.v., Schwartz, 212, S. O. van Poelje, *De administratieve rechtspraak in Engeland*, 1937, blz. 272–276.

³ Zie voor een overzicht van deze rechtspraak Robson t.a.p. 377–409; Schwartz t.a.p. 213–277.

⁴ *Errington v. Minister of Health* (1935 1 K.B. 249).

Procedure Act behelst een groot aantal regels, welke in allerlei opzicht, zo met betrekking tot de kennismeming van stukken, de eis dat partijen worden gehoord door hetzelfde orgaan dat de beslissing neemt, de motivering van de beslissing, de fair play in de administratieve procedure trachten te waarborgen. ¹

In zijn hierboven reeds genoemde prae-advies heeft Donner onder de door hem in overweging gegeven bepalingen, welke eventueel voor een codificatie van algemene beginselen betreffende het administratieve recht in aanmerking zouden kunnen komen, onder de nummers 14—24 mede een aantal regels opgenomen betreffende de procedure, de rechten van belanghebbenden om te worden gehoord, inzage te nemen van bepaalde stukken, de motivering enz., welke het fair play-beginsel van de Nederlandse bestuurspraktijk trachten te concretiseren. Dergelijke regels, meer in het bijzonder met betrekking tot de wijze, waarop belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld hun bezwaren tegen een voorgenomen administratieve beschikking kenbaar te maken, vindt men ook in een groot aantal van onze administratieve wetten; men denke aan de Ontheeningswet, de Hinderwet, de Woningwet en de Woonruimtetwet.

Een voorbeeld van een rechterlijke beslissing, waarin een administratieve beschikking — in casu een woonruimtevordering onder het Vorderingsbesluit Woonruimte — werd gewraakt op grond, dat de belanghebbende niet in de gelegenheid was gesteld zijn bezwaren kenbaar te maken, hoewel in de desbetreffende wettelijke regeling geen verplichting daartoe voorkwam, vindt men in een vonnis van de Rb. Assen van 28 Mei 1946, N.J. no. 647. ²

Ook het reeds meermalen genoemde arrest van de Hoge Raad betreffende het geval, waarin een vorderend gemeentebestuur het door zijn houding voor de uitgevorderde onmogelijk had gemaakt een beroep te doen op art. 7, lid 4, van de Woonruimtetwet, bevat naar mijn mening een typische toepassing van het fair play-beginsel. ³

¹ Zie over deze wet Donner in Bestuurswetenschappen, 1948, blz. 219 e.v.

² De klacht van de melkslijter, wiens zaak werd beslist bij het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 25 Mei 1939, N.J. no. 867, dat zijn vergunning was ingetrokken op grond van inlichtingen, waartegen hij niet in staat was gesteld zich te verweren, werd afgewezen op de kennelijk op het Strooppot-arrest berustende grond, dat het hier betrof een klacht tegen het beleid van de overheid bij de vervulling van een publiekrechtelijke taak, welk beleid door de rechter niet kan worden getoetst; zou de rechter zich in dit geval vrij hebben gevoeld dat beleid te toetsen aan algemene beginselen en behoorlijk bestuur, dan ware hij wellicht tot een meer bevredigende beslissing gekomen.

³ Op zuiver burgerrechtelijk gebied vindt men een op het fair play-beginsel gegronde rechtspraak met betrekking tot bindend advies en beslissingen van verenigingsorganen in geschillen tussen bestuur en leden; bindend zijn dergelijke beslissingen voor hen, die volgens overeenkomst of verenigingsverband daaraan in beginsel zijn onderworpen, slechts dan, indien zij zowel wat betreft de wijze

Een sprekend voorbeeld van het niet in acht nemen van dit beginsel is de praktijk welke, naar het gerucht wil¹, in sommige commissies van advies, bedoeld in art. 8, eerste lid van de Woonruimtetwet, bestaat, waarbij een aanvankelijk niet eenstemmig oordeel tot een eenstemmig advies wordt verwerkt teneinde voor de uitgevorderde het in die bepaling geregelde beroep op Gedeputeerde Staten onmogelijk te maken.

2. *Zorgvuldigheid.*

Evenals de fair play is de eis der zorgvuldigheid een beginsel, dat in hoofdzaak zijn rol speelt bij het voorbereidend onderzoek, dat aan een administratieve beschikking vooraf behoort te gaan.

Met zorgvuldigheid bedoel ik hier niet het alomvattende begrip, waarmee de burgerlijke rechter bij de toepassing van artikel 1401 B.W. de algemene eis der betamelijkheid in het maatschappelijk verkeer omschrijft, maar het engere begrip, dat ook met nauwgezetheid, nauwkeurigheid en oplettendheid kan worden aangeduid. Sinds het Strooppot-arrest van 1928 leert men in het algemeen, dat het begrip der zorgvuldigheid in ruimere zin, dat sinds het arrest van 1919 het leerstuk van de onrechtmatige daad beheerst, geen maatstaf kan zijn voor de beoordeling van buiten het kader van het gewone maatschappelijke verkeer verrichte bestuurshandelingen, welke zonder inbreuk té maken op subjectieve rechten belangen aantasten en daardoor schade veroorzaken. Ik kan met deze opvatting vrede hebben, voorzover men daarmee tot uitdrukking bedoelt te brengen, dat de behoorlijkheidsregels, welke in het gewone maatschappelijke verkeer gelden tussen hen, die daaraan deelnemen, niet altijd zonder meer als maatstaven voor de beoordeling van bestuurshandelingen kunnen worden gebezigd. De zorgvuldigheid in engere zin, de nauwkeurigheid en oplettendheid, bij het veronachtzamen waarvan men zich het verwijt van slordigheid of verwaarlozing op de hals haalt, is echter een eis, welke aan een ieder kan worden gesteld, die in welke hoedanigheid en op welke wijze ook in de samenleving zijn rol speelt en zonder twijfel zal de instantie, welke bestuurshandelingen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal hebben te toetsen, mede tot taak hebben na te gaan, of daarbij de normale nauwkeurigheid en oplettendheid is betracht.

Niet alleen het voorbereidend onderzoek, dat de administratie op de hoogte moet brengen van de aard en het gewicht van de belangen, waarover zij heeft te beschikken, ook de afweging dier

van totstandkoming (fair play) als inhoud (objectief beschouwd) voldoen aan redelijkheid en billijkheid; vgl. o.m. H.R. 9 Februari 1923, N.J. 1923, blz. 676 en Asser-Scholten, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, blz. 150; vgl. ook blz. 67 noot.

¹ Vgl. ook H. A. Brasz, Bestuurswetenschappen 1951, blz. 297.

belangen behoort met zorgvuldigheid te geschieden. Doet zij dit niet, dan vervalt zij in de fout, welke door Jellinek, die indertijd van het Duitse recht een diepgaande studie van de verschillende soorten van „Ermessenfehler” maakte¹, als „mangelnde Sorgfalt bei Abwägung der Gründe und Gegengründe” wordt omschreven. De in verschillende arresten van de H.R. betreffende woonruimte-vorderingen veronderstelde niet-afweging van belangen, welke als een daad van willekeur aanleiding kan geven tot het ingrijpen van de rechter, vormt een zorgvuldigheidsgebrek in de hier bedoelde zin, terwijl de in de jurisprudentie daarmede gelijkgestelde belangenafweging, welke in redelijkheid niet tot een gegeven beslissing heeft kunnen voeren, eerder als een schending van het hierna te behandelen evenwichtigheidsbeginsel moet worden beschouwd.

Behalve bij de voorbereiding der beschikking en de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging kan de zorgvuldigheid ook bij materiële bestuurshandelingen, waarbij al dan niet ter uitvoering van een beschikking publiekrechtelijke bevoegdheden worden gehanteerd, een rol spelen. Als voorbeeld kan dienen het reeds eerder genoemde arrest van 1940² betreffende de Ontvanger, aan wie werd verweten, dat hij bij de verkoop van strafrechtelijk in beslag genomen vee voor rekening van de eigenaar in gebreke was gebleven een redelijke prijs te bedingen.³

3. Zuiverheid van oogmerk.

Spelen de beginselen van fair play en zorgvuldigheid, zij het niet uitsluitend, dan toch in hoofdzaak een rol bij de voorbereiding van de bestuurshandeling, met het beginsel, waarbij aan de bestuurder de toets van de zuiverheid van oogmerk wordt aangelegd, betreden wij het gebied van de daarin gelegen beslissing zelf.

Zoals de fair play het in de Angelsaksische litteratuur en jurisprudentie meest op de voorgrond tredende algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is, zo is het beginsel, dat een publiekrechtelijke bevoegdheid slechts mag worden aangewend tot het bereiken van de doeleinden, waarop de wetgever bij de toekenning van die bevoegdheid het oog heeft gehad, het beginsel, dat voor de Franse Conseil d'Etat het aanknopingspunt is geweest voor de beoordeling van de moralité administrative en als gevolg daarvan in de Franse litteratuur het zwaarste, zo niet enige accent heeft gekregen.⁴

Zonder deze eenzijdige nadruk heeft het beginsel echter ook

¹ Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitsprüfung, 1913, blz. 331 e.v.

² Zie blz. 66.

³ Vgl. ook H.R. 3 April 1947, N.J. no. 381.

⁴ Vgl. o.m. mr A. C. J. Mulder, De theorie van de détournement de pouvoir van de Franse Conseil d'Etat, 1922, R. Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration, 1926, blz. 236 e.v. H. Welter, Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, 1929.

elders erkenning gevonden. Zo beschouwt ook Robson als een van de kenmerken van de „judicial discretion”, dat „the holder of it (nl. van enige discretionnaire macht) must honestly endeavour to further the purposes for which power has been given to him, and must be straightforward and honest, and his conduct not undeserving of praise they may be”, terwijl negatief hetzelfde wordt uitgedrukt wanneer hij van de bestuurder eist „that his motives must be straightforward and honest, and his conduct not influenced by extraneous matters”.¹

Ook in het Duitse recht heeft dit beginsel uiteraard zijn plaats en de niet-inachtneming ervan wordt onder de door Jellinek behandelde „Ermessensfehler” omschreven als „die Berücksichtigung eines unsachlichen Gesichtspunkts, ins besondere die Verfolgung eines unsachlichen Zwecks”.²

In ons recht vond het beginsel o.m. erkenning in de artikelen 18 van de Keurenwet, 8 van de Rivierenwet, 6, lid 6, en 9, lid 2, van de Woningwet, terwijl het als rechterlijk toetsingscriterium in de wetgeving het eerst zijn intrede deed bij de wet van 26 Juli 1918, Staatsblad 494, waarbij een bijzondere rechtspraak in distributien en andere crisiszaken werd ingevoerd; de redactie van deze tijdelijke wet heeft in verschillende opzichten tot voorbeeld gediend van de Ambtenarenwet, welke, zoals wij zagen, in art. 58 ook de toetsing op „détournement de pouvoir” overnam.

De rechterlijke colleges, in wier rechtspraak wij onder II voorbeelden van toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur ontleenden, hanteren, zoals wij zagen, alle het hier besproken beginsel. Ook de Kroon maakt er als beroepsorgaan gebruik van.³

In de omschrijving waarmede ik het aanduidde, worden zowel de positieve zijde, n.l. het gericht moeten zijn van de bestuurs-handeling op het doel, dat de wetgever op het oog had bij de verlening van de bevoegdheid tot de verrichting ervan, als de negatieve zijde, n.l. het afwezig moeten zijn van andere doelstellingen als hoofd- of nevenooi merk samengevat; kan niet worden aangetoond, dat de wetgever bij de verlening van een bevoegdheid een bijzondere doelstelling op het oog heeft gehad, dan zal, zoals blijkt uit de op blz. 63 aangehaalde uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, niettemin „détournement de pouvoir” moeten worden aangenomen, indien aan de beslissing onredelijke of onoirbare motieven ten grondslag liggen.

¹ t.a.p. blz. 299, 300.

² t.a.p. blz. 347.

³ Zie o.a. voorbeelden bij mr J. V. Rijpperda Wierdsma, De Rechtsgevolgen van formeel onjuiste en onbevoegd genomen (verrichte) besluiten en handelingen, praeadvies Ver. voor Adm. Recht 1942, blz. 122 e.v. Mr J. R. Stellinga, Grondtrekken van het Nederl. adm. recht, 1951, blz. 195.

De zuiverheid van oogmerk is zonder twijfel een zeer belangrijk beginsel van behoorlijk bestuur; als enige toetsingsmaatstaf is het echter bepaaldelijk onvoldoende, in de eerste plaats, omdat het bewijs steeds uitermate moeilijk blijft¹; in de tweede plaats, omdat ook met de beste bedoelingen zeer onredelijk kan worden gehandeld.

4. *Evenwichtigheid.*

Ook al is een bestuurshandeling voorafgegaan door een onderzoek, waarbij aan de belanghebbenden alle kansen zijn gegeven hun standpunt naar voren te brengen, en dat ook overigens met de nodige zorgvuldigheid, nauwkeurigheid en oplettendheid is ingesteld, al heeft het betrokken administratief orgaan zich bij zijn beslissing uitsluitend laten leiden door het meer of minder algemeen gekwalificeerde belang, met het oog waarop de desbetreffende bevoegdheid gegeven is, — zij moet daarnaast nog verantwoord kunnen worden tegenover het beginsel, dat ik dat der evenwichtigheid wil noemen; zij is tegenover dat beginsel verantwoord, indien bij de aan haar ten grondslag liggende beslissing, aan de belangen, die daarbij in aanmerking behoorden te worden genomen, het juiste gewicht is toegekend en bij de afweging van die belangen de weegschaal behoorlijk is gehanteerd.

In beginsel is de vraag, welk gewicht voor de toepassing van het recht aan bepaalde belangen moet worden toegekend, de vraag dus, of en in hoever dat belang rechtswaarde behoort te krijgen, een vraag van rechtsvorming, een vraag dus, waarvan de beantwoording in de eerste plaats behoort tot de taak van de organen met wetgeving belast. Geeft, zoals in het administratief recht hoe langer hoe meer gebruikelijk wordt, de wetgever ter behartiging van bepaalde onderdelen van de overheidstaak aan een bepaald bestuursorgaan door de toekenning van een discretionnaire bevoegdheid blanco volmacht, dan is het dit bestuursorgaan, aan hetwelk in beginsel de belangenafweging is toevertrouwd, welke bij de behartiging van die taak te pas komt. En het behoort alweer in beginsel niet tot de taak van de met rechtspraak belaste organen, welke dit ook moge zijn, om hierin op grond van een andere waardering dier belangen tussenbeide te komen. Het in de burgerlijke rechtspraak in woonruimte zaken tenslotte ingenomen standpunt dat voor rechterlijk ingrijpen slechts plaats is, indien het betrokken orgaan bij afweging van de verschillende in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot de beschikking heeft kunnen

¹ Kenmerkend is in dit opzicht de uitspraak van een Franse practicus, die zeide: „aussi peut on dire que pour être sanctionné le détournement de pouvoir doit être l'oeuvre d'un cynique ou d'un maladroit.” M. Hersant in zijn schets van de rechtspraak van de Conseil d'Etat in „A comparison of English and French law and legal procedure,” uitgegeven door de Law Society, 1947.

komen; geldt daarom in beginsel voor alle rechterlijke toetsing van op grond van discretionnaire bevoegdheden verrichte bestuurs-handelingen.

De beslissing, waartoe bij afweging der in aanmerking komende belangen het betrokken bestuursorgaan in redelijkheid niet heeft kunnen komen, is de beslissing, welke kennelijk onevenwichtig is, waarbij kennelijk onjuiste gewichten of een kennelijk onjuist ingestelde weegschaal zijn gebezigd. Dit nu kan in tweeërlei opzicht het geval zijn: het is mogelijk, dat er onevenwichtigheid bestaat in de verhouding tussen het algemeen belang, dat de overheid heeft willen dienen, en het bijzonder belang, dat zij daardoor heeft moeten aantasten (a); het kan zijn dat er onevenwichtigheid bestaat in de verhouding tussen de beslissing in het gegeven geval en die in andere daarmee vergelijkbare gevallen (b). In excessieve vorm draagt de verstoring van het evenwicht in het onder a bedoelde geval, voorzover dit geschiedt ten detrimente van particuliere belangen, het karakter van dwingelandij, die in het onder b genoemde geval van willekeur.

a) *Evenwichtigheid met betrekking tot de verhouding tussen het door de administratie gediende belang en het belang, dat zij daartoe moet aantasten.*

Verstoord evenwicht, onevenredigheid tussen het door de administratie gediende belang en het belang, dat zij daarvoor moest aantasten, omvat de eerste groep van gevallen, waarin een bestuurs-handeling met het beginsel der evenwichtigheid in strijd moet worden geacht. De woonruimtejurisprudentie, waarin op grond van „willekeur” — een term, welke m.i. beter past voor de tweede groep van gevallen van evenwichtsstoornis — vorderingsbeschikkingen werden gewraakt, behoren alle tot deze eerste groep. Een goed voorbeeld is het geval van de eigenaar van een zeer grote villa, waarin gedurende zijn internering als politiek delinquent vier gezinnen waren ondergebracht; toen in het desbetreffende pand twee kamers vrij kwamen, welke de inmiddels in vrijheid gestelde eigenaar wilde betrekken om ter plaatse zijn bedrijf te kunnen uitoefenen, werden door het gemeentebestuur zijn belangen achtergesteld bij die van een inwoner van dezelfde gemeente, die in het huwelijk wenste te treden; de rechter achtte hier misbruik van gezag aanwezig; het arrest van de H.R. van 23 December 1949, N.J. 1950, no. 245, was het eerste, waarin het cassatieberoep tegen een rechterlijke beslissing, strekkende tot het ongedaan maken van een woonruimtevordering wegens onevenwichtige belangenwaardering, werd verworpen. Een ander nog sprekender geval was dat van de arts met een drukke praktijk, wiens laboratorium en studeerkamer, welke hij, naar feitelijk werd vastgesteld, voor de uitoefening van zijn praktijk niet kon missen,

werden gevorderd; bij afweging van het belang van de arts, zijn patiënten, het algemeen belang bij een behoorlijke uitoefening van de artspraktijk betrokken, tegenover de belangen, welke tot de vordering hadden geleid, doch volgens de rechter i.c. geen ander gewicht hadden „dan zij in doorsnee hebben in gemeenten, waarin door de oorlog een tekort aan woonruimte heerst en gezinnen op een passende woongelegenheid wachten”, was ook hier, naar de H.R. bij zijn arrest van 15 December 1950, N.J. 1951, no. 57 besliste, de mogelijkheid, dat B. en W. in redelijkheid tot de vordering hadden kunnen komen, uitgesloten.

Op een bijzonder gebied oefent ook de ambtenarenrechter een rechtspraak uit, waarbij het evenwichtigheidsbeginsel op de voorgrond staat; in art. 58, lid 2 van de Ambtenarenwet, wordt immers als grond, waarop een disciplinaire strafmaatregel kan worden aangevochten, genoemd de onevenredigheid tussen de opgelegde straf en de gepleegde overtreding. Het is duidelijk, dat in dit geval objectivering en zelfbeperking veel minder op zijn plaats is dan in het algemeen bij de rechterlijke beoordeling aan de hand van het hier beschreven beginsel; de afweging van de bij de strafoplegging betrokken belangen is immers steeds als een bij uitstek rechterlijke taak beschouwd.

Een veel grotere rol nog dan in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter en die van de ambtenarenrechter op dit gebied speelt het hier besproken facet van het evenwichtigheidsbeginsel in die van het Scheidsgerecht voor de Voedselvoorziening; ik moge volstaan met te verwijzen naar de voorbeelden, welke Mr Ter Spill in zijn analyse van de rechtspraak van dit college daarvan geeft. 1

b) Evenwichtigheid met betrekking tot de verhouding tussen het gegeven geval en andere vergelijkbare gevallen.

Behalve in de verhouding tussen het bij de beschikking gediende en het daardoor aangetaste belang, behoort evenwichtigheid ook te worden betracht in de verhouding tussen het gegeven geval en andere vergelijkbare gevallen. Duidt men het eerst besproken facet van het evenwichtigheidsbeginsel wel aan met evenredigheidsbeginsel — term welke men m.i. met evenveel recht voor het tweede facet zou kunnen gebruiken — dat tweede facet zelf wordt wel als het gelijkheidsbeginsel omschreven. Men vindt het zowel in de Engelse als in de Duitse literatuur behandeld. „The whole system of government administration in England to-day relies on the equality of treatment being meted out, and a potential equality of service being rendered by the executive agent to all who fall within a particular category” schrijft Robson 2, wanneer hij het equality-

1 Bestuurswetenschappen 1949, blz. 303.

2 t.a.p. blz. 267.

beginsel — een der volgens hem meest karakteristieke kenmerken van de judicial mind — toepast op de administratie. Voor het Duitse recht noemt Fleiner de „rechtsgleiche Behandlung der Bürger” tot de „Schranken” welke steeds het „freies Ermessen” beperken.¹

Ook te onzent is naast „détournement de pouvoir” het niet gelijk behandelen van gelijksoortige gevallen veelal het voorbeeld bij uitnemendheid van een handelen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; men treft het aan in de toelichting zowel van het door de Commissie-De Monchy voorgestelde wetsontwerp-B.A.B., als in die van het door de Commissie-Van der Grinten voorgestelde ontwerp administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie.

Niettemin geeft de term gelijkheidsbeginsel hetgeen ik met de eis der evenwichtigheid in de verhouding tussen het gegeven geval en vergelijkbare gevallen tot uitdrukking bedoel te brengen, niet volledig weer. Bij de rechtsbedeling, het suum cuique tribuere is immers differentiatie ten opzichte van ongelijksoortige gevallen evenzeer een eis van recht als het betrachten van gelijkheden van gelijksoortige gevallen. „Een gelijke behandeling is slechts dan rechtvaardig, indien zij werkelijk voor allen hetzelfde betekent . . . De eenvoudige gelijke behandeling moet dus in vele gevallen worden gewijzigd in een gelijkmatige behandeling, waarbij men de feitelijke ongelijkheden gelijk — ongelijk behandelt”, aldus leert de theoloog Brunner de juristen²; vandaar naast het beginsel der gelijkheid dat der „angemessene Differenzierung”³; vandaar dat ik ook hier in de plaats van gelijkheidsbeginsel liever van evenwichtigheidsbeginsel spreek.

Als gelijkheidsbeginsel werkt het evenwichtigheidsbeginsel, wanneer de wijze, waarop een bepaalde bevoegdheid moet worden gehanteerd, geregeld is in een wettelijk voorschrift; gelijke toepassing der wet voor allen, die aan haar zijn onderworpen, is een te vanzelfsprekend beginsel om verder bij stil te blijven staan. Het is echter een kenmerk van de verhoudingen, waarin de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol spelen, dat de wijze, waarop de overheid haar bevoegdheden moet hanteren, niet, althans in zeer geringe mate, door wettelijke voorschriften is geregeld; op zijn best vervangen hier ambtelijke instructies van hiërarchisch hoger gestelde organen, of door de bevoegde organen zelf opgestelde beleidsregels, de wettelijke regel. Gelijkheid ook bij toepassing van deze instructies of beleidsregels is m.i. een eis, welke althans in het algemeen zowel door het evenwichtigheidsbeginsel als door het straks te bespreken beginsel der rechtszekerheid wordt gesteld; in het algemeen, want het zijn juist de ongelijke omstandigheden, welke, althans van het

¹ Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht, blz. 257 e.v.

² E. Brunner, Gerechtigheid (Ned. uitgave), 1948, blz. 35.

³ Vgl. dr R. Briner, Zur Funktion der Gleichheit in der menschlichen Gerechtigkeit (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft), 1949, blz. 27.

gezichtspunt van het evenwichtigheidsbeginsel uit, afwijking van de regel kunnen rechtvaardigen. Juist de vrijheid, welke de administratie ten opzichte van een door haarzelf opgestelde beleidsregel — anders dan tegenover een haar bindende rechtsregel — toekomt, eist dan, dat van de regel wordt afgeweken. Mr Ter Spill geeft daarvan in zijn analyse van de rechtspraak van het Scheidsgerecht voor de Voedselvoorziening, waarin het gelijkheidsbeginsel een belangrijke rol speelt, het aardige voorbeeld van de afwijking van een erkenningsreglement, welke op billijkheidsgronden geboden kan zijn ten opzichte van de ondernemer, die als gevolg van ziekte niet voldoet aan de eis, dat hij gedurende een bepaalde tijd vóór de aanvraag in het betreffende vak is werkzaam geweest.¹ Het evenwichtigheidsbeginsel eist in dit en dergelijke gevallen in plaats van gelijkheid voor de regel de „angemessene Differenzierung”, voorzover althans het beginsel der rechtszekerheid dit gedooft.

Het ligt voor de hand, dat, waar niet alleen geen wettelijke regel, maar ook geen instructies of beleidsregels bestaan, de billijkheid nog vaker een evenwichtige differentiatie dan gelijkheid van behandeling zal eisen. Evenzeer ligt voor de hand, dat, evenals dit het geval was ten opzichte van de verhouding tussen het door een bestuurs-handeling gediende en daardoor aangetaste belang, de toepassing van het evenwichtigheidsbeginsel in de hier besproken gevallen van de rechter objectivering eist. Slechts, indien de behandeling van het ene geval in vergelijking tot de behandeling in andere gevallen niet redelijk kan zijn, is er voor zijn ingrijpen plaats.

Niettemin is het mogelijk, dat ook in zulk een geval van kennelijke onevenwichtigheid — van benadeling als gevolg van een belastende beschikking, of ook wel van bevoordeling als gevolg van een begunstigende beschikking, buiten proportie tot de behandeling in soortgelijke gevallen — de gegeven beslissing op zichzelf gerechtvaardigd was en dus in stand zal moeten blijven. De behartiging van het algemeen belang kan immers meebrengen, dat aan zulk een onevenwichtige behandeling niet valt te ontkomen, dat b.v. van een aantal soortgelijke terreinen, aan verschillende eigenaren toebehorende, één met een bouwverbod wordt belegd, — dat van verschillende in soortgelijke omstandigheden werkende fabrieken één moet worden gesloten, — dat van verschillende onder soortgelijke omstandigheden werkende ondernemers slechts één voor de toewijzing van een of ander contingent in aanmerking kan komen. Voor de gevallen, waarin diensgevolge aanmerkelijk nadeel ontstaat, dringt zich hier als vanzelf op het beginsel van de „égalité devant les charges publiques”, een der rechtsbeginselen, welke in steeds toenemende mate de rechtspraak van de Conseil d'Etat beheerst. Ongelijke behandeling van gelijke gevallen, onevenwichtige differentiatie van

¹ Bestuurswetenschappen, 1949, blz. 301.

verschillende gevallen kan in het belang der gemeenschap noodzakelijk zijn; schade daardoor geleden behoort echter in het algemeen te worden vergoed. Het zou ongetwijfeld te ver gaan, indien men zou willen beweren, dat dit beginsel in ons administratief recht algemeen wordt aanvaard. Grondwettelijk is alleen bij onteigening schadevergoeding gewaarborgd; een groot aantal administratieve wetten kennen bij eigendomsaantasting in andere vormen in meer of minder omvangrijke mate het schadevergoedingsbeginsel; de Woningwet, wier toepassing tot een zeer ongelijke verdeling van lasten kan leiden, gaat echter het schadevergoedingsprobleem uit de weg; dat niettemin het beginsel, dat bij ongelijke verdeling van lasten een schadeloosstelling behoort te worden toegekend, in de rechtsovertuiging leeft, bewijst juist voor de maatregelen ingevolge de Woningwet, welke onevenredige schade kunnen toebrengen, het bestaan van niet door de wet voorgeschreven gemeentelijke schadevergoedingsverordeningen.

Dat ook een niet op wettelijke voorschriften berustende aantasting van de eigendom door de omstandigheden kan worden geboden, doch in dat geval slechts onder toekenning van schadevergoeding rechtmatig kan zijn, leren het reeds eerder genoemde vijfde Voorstroom-arrest en het Wateronttrekkingsarrest, welke, zonder een uitdrukkelijke erkenning van het beginsel van de „égalité devant les charges publiques” te bevatten, niettemin daartoe wel een aanloop vormen.¹

Het onderwerp is als alle vragen in het recht van evenwichtigheid, van gelijkheid, ongelijkheid en evenredigheid buitengewoon moeilijk en kan hier slechts terloops aan de orde worden gesteld.

5. *Rechtszekerheid.*

Als laatste algemeen beginsel van behoorlijk bestuur noem ik het streven naar rechtszekerheid; de rechtszekerheid behoort tot de belangen, welke bij de aan een discretionnaire beslissing ten grondslag liggende belangenafweging in rekening moeten worden gebracht; de hoge rechtswaarde van dit belang is de reden, dat het streven naar de verwerkelijking ervan als zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur genoemd en behandeld behoort te worden.

Waar rechtsregels, betreffende de wijze, waarop de administratie haar bevoegdheden heeft te gebruiken, ontbreken, is de rechtszekerheid een moeilijk te bereiken goed. Zij wordt benaderd, indien instructies of beleidsregels bestaan, waaraan de administratie zich bij het hanteren van haar bevoegdheden pleegt te houden.

In het Engelse en Amerikaanse recht wordt op het bestaan en het volgen van deze naar de tot dusver hier te lande bestaande opvatting alleen voor intern gebruik bestemde regels grote nadruk gelegd.

¹ Zie blz. 70, 71.

„Consistency”, het volgen van een vaste zij het soepele lijn van beleid, is een der eerste eisen, welke volgens Robson aan de door hem van de administratie geveerde „judicial discretion” kan worden gesteld ¹. Nog verder gaat in dit opzicht de eis der „certainty” ², welke slechts te verwelijken is, indien de administratie bereid is de beginselen en regelen, waarop haar beleid is gebaseerd, te publiceren. In de Amerikaanse „Administrative Procedure Act” is sector 3 aan de „public information” gewijd. De administratie wordt daar verplicht behalve haar organisatie ook „the general course and method, by which its functions are channelled and determined” te publiceren.

Het komt mij voor, dat de eis, dat de administratie zich houdt aan haar eigen regels, of zij nu kenbaar zijn door opzettelijke publicatie daarvan, of door een reeks van precedentes, uit een oogpunt van rechtszekerheid ook voor ons recht kan worden gesteld; natuurlijk niet in die zin, dat die regels onveranderlijk zouden moeten worden gehandhaafd, of dat afwijking daarvan nooit geoorloofd zou moeten zijn; doch zó dat handhaving als regel moet worden vooropgesteld en voor afwijking een bijzondere rechtvaardigingsgrond aanwezig moet zijn.

Het rechtszekerheidsbeginsel werkt in zoverre in het algemeen in dezelfde richting als dat der evenwichtigheid; er kan tussen beide een spanning optreden, wanneer juist met het oog op de evenwichtigheid in een bijzonder geval van de beleidsregel moet worden afgeweken.

Het rechtszekerheidsbeginsel heeft echter nog een geheel ander facet dan waarop tot dusver werd bedoeld. De algemene strekking ervan is, dat gerechtvaardigde verwachtingen behoren te worden gehonoreerd; zulke verwachtingen kunnen gebaseerd zijn op het bestaan van een rechtsregel, welke zonder twijfel de sterkste rechtvaardiging daarvan oplevert, of op een beleidsregel, of op een precedent, maar het is ook mogelijk, dat in bepaalde individuele gevallen een voor dat geval gegeven beschikking, een contract of een simpele toezegging de rechtvaardigingsgrond van zulk een verwachting is. Het beginsel der rechtszekerheid brengt mede, dat ook verwachtingen van laatsbedoelde soort worden gehonoreerd; het is echter steeds weer de zeer moeilijke vraag, of en in hoever zij gerechtvaardigd zijn en daarom gehonoreerd moeten worden. Men bemerkt, dat het rechtszekerheidsbeginsel hier het epineuze terrein van de leer der verkregen rechten benadert.

Voorbeelden van een groep van gevallen, waarin een individuele rechtspositie, berustende op een beschikking, met het oog op het beginsel der rechtszekerheid wordt beschermd, vinden wij in de

¹ t.a.p. blz. 258 e.v.

² t.a.p. blz. 268 e.v.

rechtspraak van de ambtenarenrechter, waarin juist dit beginsel in sterke mate naar voren is gekomen; het is naar die rechtspraak, zoals wij zagen ¹, met het beginsel der rechtszekerheid in strijd, indien in de rechtspositie van de ambtenaar te zijnen nadele met terugwerkende kracht wordt ingegrepen. Op de algemene vraag, in hoever met het oog op het belang der rechtszekerheid op een eenmaal gegeven beschikking kan en mag worden teruggekomen, tracht de leer van de z.g.n. materiële rechtskracht der beschikking een antwoord te geven. ²

Met betrekking tot de vraag, of en in hoeverre op een contractuele positie inbreuk kan worden gemaakt door bestuurshandelingen, verricht op grond van publiekrechtelijke bevoegdheden, kwam ik in mijn proefschrift ³ tot de conclusie, dat een administratieve beschikking op grond van het feit, dat zij inbreuk maakt op een overeenkomst, niet kan worden aangevochten; ik inspireerde mij hierbij op de Franse jurisprudentie, die hetzelfde leert. Mede op dit standpunt stond het besluit van de S.-G. van Binnelandse Zaken van 2 September 1941, A.R.B. blz. 827, waarin bezwaren tegen een uitbreidingsplan, ontleend aan een contractuele toezegging, waarmee, naar beweerd werd, dat plan in strijd was, werden afgewezen. Zeer uitdrukkelijk op dit punt is ook het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 28 Juli 1948, N.J. no. 388, volgens hetwelk een overeenkomst geen beletsel vormt tegen het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden, al zou die overeenkomst de strekking hebben gehad de overheid in het gebruik daarvan te beperken. Een typisch voorbeeld van het daartegenoverstaande standpunt levert een vonnis van de President van de Rechtbank te Zwolle van 4 December 1948, N.J. 1949, no. 43, waarbij een woonruimtevoordering, gericht tegen de bewoonster van een gemeentewoning, werd gewraakt op grond van inbreuk op de voor haar tegenover de gemeente bestaande contractuele rechten. Ik blijf bij mijn destijds uitgesproken opvatting, doch voeg hier thans aan toe, dat men, uitgaande van algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan de administratie op dit punt toch een strengere maatstaf moet aanleggen. Aantasting van verwachtingen, gegrond op overeenkomsten met overheidslichamen, eist een bijzondere rechtvaardigingsgrond, welke alleen in een sterk sprekend algemeen belang kan worden gevonden. De beschikking kan contractuele aanspraken doorbreken; zij mag dat alleen doen, wanneer een sterk sprekend algemeen belang dat gebiedt. In hetzelfde verband betoogde ik reeds vroeger — zonder twijfel eveneens onder invloed van de Franse jurisprudentie — dat tegenover deze in be-

¹ Zie blz. 62.

² Vgl. Donner, De rechtskracht van administratieve beschikkingen, 1941, blz. 127 e.v.

³ Overeenkomsten met overheidslichamen, 1939, blz. 162 e.v., 203 e.v.

ginsel geoorloofde aantasting van contractuele rechten schadevergoeding behoorde te staan. Ik meen dit nog; als rechtsgrond gaf ik destijds aan, dat de overheid bij het aangaan van de overeenkomst het risico van de schade, welke ontstaat, indien zij later genoopt zou worden die overeenkomst door een administratieve beschikking te doorbreken, voor haar rekening heeft genomen; op voetspoor van de reeds meermalen genoemde arresten van de H.R. betreffende de verontreiniging van de Voorste Stroom en de onttrekking van water aan particuliere terreinen door de Duinwaterleiding zou men ook kunnen zeggen, dat aan een door een algemeen belang geboden inbreuk op contractuele rechten slechts door vergoeding der daardoor toegebrachte schade het karakter van wanprestatie kan worden ontnomen; tenslotte kan ook hier het beginsel van de „égalité devant les charges publiques” naar voren worden gebracht.

Tenslotte de simpele toezegging of opgewekte verwachting, desnoods ontstaan bij het verlenen van een in beginsel voor intrekking vatbare vergunning. Mits de toezegging afkomstig is van een bevoegd orgaan, zal ook hier in het algemeen moeten gelden wat voor de overeenkomst is gezegd. Ook hier zal een bijzondere rechtvaardigingsgrond voor het doorbreken van de op grond van zulk een toezegging gerechtvaardigde verwachting aanwezig moeten zijn. Hebben b.v. B. en W. een vergunning tot het in gebruik nemen van een woongelegenheden toegezegd aan een eigenaar¹, voor het geval hijzelf in de kosten van nieuwbouw geheel of gedeeltelijk bijdraagt, dan spreekt het vanzelf, dat het met het hier besproken algemeen beginsel van behoorlijk bestuur ten enenmale in strijd zou zijn, indien die vergunning tenslotte zou worden geweigerd. Nochtans kan het ook in deze en dergelijke gevallen zijn, dat met het oog op het algemeen belang anders moet worden beslist. Ook hier zal dan de mogelijkheid van schadevergoeding in overweging moeten worden genomen.

Toezeggingen zullen in vele gevallen afkomstig zijn van organen, die daartoe rechtens niet bevoegd zijn. Dit zal echter de betrokkenen niet altijd even duidelijk kunnen zijn; zo zal het in het bij vonnis van de rechtbank Den Haag van 1 Juli 1948, N.J. no. 504 berechte geval de betrokkene verwonderd hebben te vernemen, dat de toezegging van een ten tijde van het bestaan van het Vorderingsbesluit Woonruimte tot vordering bevoegde burgemeester het volgens de Woonruimtetwet daartoe bevoegde college van B. en W. niet vermocht te binden.

Verwachtingen op dergelijke onvolmaakte toezeggingen gegrond

¹ Vgl. het bepaalde onder A, sub 2, van de beschikking van de Minister van Binnenlandse Zaken van 30 Augustus 1947 nr. A 50912 tot uitvoering van de artikelen 3, 7 en 8 van de Woonruimtetwet 1947.

— en zullen niet zeer vele toezeggingen van administratieve organen dit karakter hebben? — kunnen rechtekens slechts een zwakke betekenis hebben. Het rechtszekerheidsbeginsel dringt zich hier niet op; toch brengt het mede, dat op zijn minst bij de afweging van de belangen, die tot een beslissing voeren, ook met zodanige toezeggingen ernstig wordt rekening gehouden.

Nadat bovenstaande regelen waren geschreven, kwam te mijner kennis het K.B. van 17 Januari 1952, S. 32, waarin twee besluiten van het Amsterdamse gemeentebestuur als „in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur en mitsdien met het algemeen belang” werden vernietigd. Wat was het geval? Een Amsterdamse bouwondernemer, die bepaalde veranderingen wilde aanbrengen in enige hem toebehorende huizen, had daartoe van de gemeentelijke Dienst van Bouw- en Woningtoezicht onder verantwoordelijkheid van B. en W. een z.g.n. voorlopige bouwvergunning gekregen; het afgeven van dergelijke vergunningen berust op een Amsterdamse praktijk, welke ter bespoediging van de uitvoering van bouwplannen, die voor bouwvergunning, eventueel met ontheffing van bepaalde voorschriften der bouwverordening, in aanmerking komen, tijdsverlies als gevolg van het wachten op de definitieve bouwvergunning wil voorkomen; zij komt dus neer op de toezegging tot het verlenen van die bouwvergunning, eventueel met toezegging tot de verlening van de daartoe nodige ontheffingen. In vertrouwen op de in de voorlopige bouwvergunning gelezen toezegging ging de bouwondernemer aan het werk. In de gemeenteraad bleek echter tegen een verbouwing, als hier aan de orde was, bezwaar te bestaan, en in verband daarmee richtten B. en W. aan de bouwondernemer een aanschrijving, waarbij hem werd gelast genoemde percelen, „welke zonder schriftelijke vergunning waren veranderd”, in de vorige staat terug te brengen; beroep tegen deze aanschrijving bij de gemeenteraad werd afgewezen. De Kroon overwoog ter motivering van de beslissing, waarbij de aanschrijving van B. en W. en het besluit van de gemeenteraad werden vernietigd, o.m. het navolgende: „dat B. en W., nadat de gemeenteraad in zijn vergadering van 19 October 1949 bij voorbaat bezwaar had gemaakt tegen het verlenen van een definitieve bouwvergunning, tot de aanschrijving hebben besloten zonder omtrent het verlenen van een definitieve bouwvergunning te hebben beslist en terwijl niet was gebleken van zo ernstige bezwaren uit een oogpunt van huisvesting, dat redelijkerwijs de bouwvergunning had moeten worden geweigerd; dat het in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur en mitsdien met het algemeen belang is de bouwer, die ten tijde, dat hij tot het aanbrengen van de veranderingen overging, mede gelet op de praktijk te dezen te Amsterdam en alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijkerwijze mocht vertrouwen, dat hem bouwvergunning zou worden ver-

leend, te gelasten de aangebrachte veranderingen ongedaan te maken". De in de voorlopige bouwvergunning gelegen toezegging schiep voor de bouwondernemer geen rechten, doch wekte bij hem wel de gerechtvaardigde verwachting op, dat hij op bouwvergunning mocht rekenen en tevens, dat er van de zijde van het gemeentebestuur geen bezwaar tegeh zou worden gemaakt, dat hij in afwachting van het afkomen daarvan vast zijn gang ging. Nu niet bleek „van zo ernstige bezwaren uit een oogpunt van huisvesting, dat redelijkerwijs de bouwvergunning moest worden geweigerd" was het in strijd met een beginsel van behoorlijk bestuur, i.c. dat der rechtszekerheid, deze verwachting niet te honoreren. Anders dan Mr Stellinga¹, die van mening is, dat men de Commissie-De Monchy met deze eerste toepassing van het begrip algemene beginselen van behoorlijk bestuur kwalijk kan gelukwensen, acht ik het vernietigingsbesluit gelukkig, waarbij ik uitga van de veronderstelling, dat de onderhavige bouwplannen niet waren van zodanige aard, dat daarop met het oog op de Amsterdamse bouwverordening en haar ontheffingsmogelijkheden ingevolge art. 6, derde lid der Woningwet, geen bouwvergunning mocht worden verleend en dus ook geen toezegging tot het verlenen daarvan had mogen worden gedaan.

Ik beëindig hier mijn beschouwingen over de vijf door mij op de voorgrond gestelde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het zijn als alle rechtsbeginselen slechts vage begrippen; tendenzen slechts, die, wanneer het begrip der algemene beginselen van behoorlijk bestuur in ons positieve administratieve recht werkelijk zijn intrede zal doen, eerst in de daarop gebaseerde rechtspraak een meer concrete en zich steeds verder concretiserende inhoud moeten krijgen.

Worden de voorstellen, waarin dit prae-advies zijn aanleiding vindt, niet verwerkelijkt, dan valt niettemin te verwachten, dat die beginselen toch, zij het in andere vormen van rechtspraak, als in die voorstellen voorzien, onder welke benaming dan ook, verder worden ontwikkeld en geconcretiseerd zullen worden. Blijft in ons land, zowel als daarbuiten, de administratieve wetgeving zich ontwikkelen in de richting, welke haar heden kenmerkt, dan zullen immers in het administratieve recht fair play, zorgvuldigheid, zuiverheid van oogmerk, evenwichtigheid en rechtszekerheid eerder dan in wettelijke voorschriften, op de verwezenlijking daarvan gericht, in de als zodanig erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur een waarborg kunnen vinden; dan zullen het steeds meer deze algemene beginselen en steeds minder wettelijke voorschriften zijn, welke rechtspraak en wetenschap op dit gebied gaan beheersen.

¹ T.O.A. 1952, blz. 91.