Geschriften van de Vereniging
voor Administratief Recht LXXXVI

Preadvies

Onwetmatig bestuur

door

Mr. F.W. ter Spill
Mr. A.Q.C. Tak

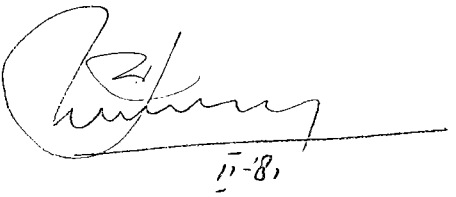
voor de Algemene Vergadering
op 5 maart 1981

H.D. Tjeenk Willink
Alphen aan den Rijn

ONWETMATIG BESTUUR

Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht

LXXXVI



ONWETMATIG BESTUUR

PREADVIES, UITGEBRACHT DOOR

MR. F.W. TER SPILL

EN

MR. A.Q.C. TAK

voor de algemene vergadering

op 5 maart 1981

H.D. TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1981

CIP-gegevens
Spill, F.W. ter – Onwetmatig bestuur: preadvies uitgebracht voor de algemene vergadering op 5 maart 1981 / door F.W. ter Spill en A.Q.C. Tak. – Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink. – (Geschriften van de Vereniging voor administratief recht; 86).

ISBN 90 6092 091 0

Copyright © 1981 F.W. ter Spill, 's-Gravenhage; A.Q.C. Tak, Vianen.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van H.D. Tjeenk Willink bv, gevestigd te Alphen aan den Rijn, die daartoe door de auteursrechthebbenden met uitsluiting van ieder ander is gemachtigd.

Inhoud

I	**Inleiding**	7
I.1	Terreinverkenning	7
I.2	Begripsomschrijvingen	11
I.3	Soorten van onwetmatig bestuur	14
II	**De beschikking contra legem**	16
II.1	Inleiding en rubricering	16
II.2	Bevoegdheidsgebreken	18
II.2.a	Absolute onbevoegdheid	18
II.2.b	Relatieve onbevoegdheid	18
II.2.c	Bevoegdheidsgebrek, onwetmatigheid en onrechtmatigheid	19
II.3	Vormgebreken	22
II.4	Inhoudsgebreken	24
III	**De beschikking sine lege**	29
III.1	Inleiding: buitenwettelijk bestuur	29
III.1.a	Oneigenlijk wetmatig bestuur	35
III.1.b	Bestuur sine lege	40
III.2	Oorzaken van buitenwettelijk bestuur	41
III.2.a	Terugtred van de wetgever	41
III.2.b	De wet ondoelmatig als grondslag voor bestuur?	43
III.2.c	Andere oorzaken	44
III.3	Toelaatbaarheid van buitenwettelijk bestuur	45
III.4	De beschikking sine lege	56
III.4.a	Beschikkingen voor het nemen waarvan een meer bijzonder inhoudelijke wettelijk voorschrift is vereist dan op grond waarvan werd gehandeld	56
III.4.b	Beschikkingen op grond van een bepaald wettelijk voorschrift genomen, voor het nemen waarvan een ander bestaand wettelijk voorschrift gekozen had behoren te worden	63

III.4.c Beschikkingen, genomen op grond van een besluit van algemene strekking dat zelf geen wettelijk voorschrift is, noch daarop gebaseerd is 70
III.4.d Beschikkingen, genomen zonder basis in een wettelijk voorschrift of ander besluit van algemene strekking 75

Noten 80

I Inleiding

I.1 Terreinverkenning

Het onderwerp van dit preadvies, zoals dat het VAR-bestuur aanvankelijk voor ogen stond, was weinig bepaald, althans zeer ruim. Als titel werd genoemd: 'Illegaal besturen'. Daarbij werd gedacht aan de situatie, dat een bestuursorgaan bewust handelt in strijd met het recht. In strijd met het recht: met een geschreven rechtsregel, of ook met een beginsel van behoorlijk bestuur. De bedoeling was, dat een beeld zou worden gegeven van de spanning die kan bestaan tussen 'eisen van de praktijk' en de eis van rechtmatig bestuur, de geldende rechtsnormen. Gevraagd werd een inventarisatie van deze spanningen, zo mogelijk richtlijnen voor toelaatbare en ontoelaatbare normoverschrijdingen, waarborgen tegen ontoelaatbare illegaliteiten en ideeën voor het voorkómen of verminderen van deze spanning.

Het VAR-bestuur was evenwel zelf minder gelukkig met de titel 'illegaal besturen' wegens de diskwalificerende werking die daarvan kan uitgaan. Als alternatief werd genoemd: 'Onwetmatig besturen'. Dit onwetmatig besturen zou zich dan manifesteren in de volgende normen:

a. *besturen contra legem:* Men handelt incidenteel of permanent in duidelijke strijd met de wet;

b. *besturen extra (praeter) legem:* men omzeilt de wet, alhoewel die eigenlijk van toepassing is of in acht genomen zou moeten worden;

c. *besturen sine lege:* men bestuurt zonder wettelijke basis, men oefent bevoegdheden uit zonder die positiefrechtelijk te hebben toegekend gekregen; de bevoegdheden zijn óf in het geheel niet gepositiveerd, óf ze komen aan anderen toe, in wier plaats men zich stelt.

Besloten werd om de preadviseurs zelf die optiek te laten kiezen, die zij het aantrekkelijkst zouden vinden.

Deze grote vrijheid die de preadviseurs werd gelaten bij de nadere afbakening en invulling van het onderwerp stelde ons voor aanzienlijke problemen. Die werden bepaald niet verminderd door onze reeds aanstonds genomen beslissing om te streven naar één gezamenlijk preadvies, een co-productie.

We willen de leden van de VAR het relaas besparen van het door ons doorgemaakte proces dat leidde tot de uiteindelijke keuze van de titel: 'Onwetmatig bestuur'. Duidelijk is ons geworden, dat het in kaart brengen van de diverse soor-

ten van problemen die samenhangen met de relatie tussen wet, recht en bestuurlijk handelen op zichzelf reeds een volledig preadvies zou vragen. We volstaan daarom met aan te geven wat wij onder de titel 'Onwetmatig bestuur' willen verstaan, daarmee impliciet ook verantwoording afleggend van onze keuze.

Om tot afbakening te komen van onwetmatig bestuur lijkt het zinvol eerst te onderzoeken, wat als *wetmatig bestuur* dient te worden aangemerkt. Als zodanig zien wij dat bestuur, dat gevoerd wordt op grond van en met inachtneming van wettelijke voorschriften (in de hierna onder 1.2 gegeven betekenis).

Onder *onwetmatig bestuur* nu willen wij niet alleen verstaan het met de wet strijdige bestuur, maar ook het bestuur dat niet op de wet steunt. Onwetmatig bestuur dan kan bestaan uit twee soorten overheidsgesties:
a. die welke in strijd zijn met wettelijke voorschriften, en
b. die welke niet gesteld worden op grond van wettelijke voorschriften.

In feite dus het besturen *contra legem* en *sine lege*. Het besturen *extra legem* of *praeter legem* werd door ons aanvankelijk als mogelijke derde vorm onderzocht, doch uiteindelijk bleek onvoldoende grond om deze derde vorm te blijven onderscheiden naast de beide eerstgenoemde.

Centraal in ons onderzoek staat de vraag, of *onwetmatig* bestuur ook (steeds) als *onrechtmatig* bestuur dient te worden aangemerkt. Zo zal zowel bij het besturen contra legem als bij dat sine lege worden nagegaan of, en zo ja, in welke gevallen, de overheidsgestie nochtans niet als onrechtmatig is aan te merken. Een vooronderstelling, als zou besturen in strijd met of zonder grondslag in wettelijke voorschriften automatisch betekenen, dat dit bestuur daarom tevens als onrechtmatig zou moeten worden gebrandmerkt, wordt hier derhalve niet gehuldigd.

Het accent van het onderzoek ligt op de beschikking. Wij zijn ons er van bewust, dat we daarmee grote en belangrijke delen van het overheidsbestuur grotendeels buiten beschouwing plaatsen. Zo in de eerste plaats het besturen dat wordt gerealiseerd door middel van het sluiten en (doen) naleven van overeenkomsten en het verrichten van andere 'rechtshandelingen naar burgerlijk recht'. In de tweede plaats blijven in principe ook de zogenaamde 'feitelijke handelingen' buiten beschouwing. En in de derde, en zeker niet de laatste, plaats worden de zogenoemde 'besluiten van algemene strekking' buiten het eigenlijke kader van dit preadvies gehouden.

Hiermee wil niet gezegd zijn, dat wij aan deze vormen van besturen anders dan door middel van beschikkingen geheel voorbij zullen gaan. Met name voor een goed begrip van de *beschikking* sine lege zal het nodig blijken om deze figuur in het ruimere kader van het *besturen* sine lege te beschouwen.

Dat wij niettemin deze beperking gezocht hebben binnen het gebied van onwetmatig besturen, dient te worden verklaard uit enerzijds het streven om tot een consistent preadvies te geraken en anderzijds uit de onmogelijkheid om in het

bestek van één preadvies tot beschouwingen van enige diepgang te geraken als het veld te ruim wordt genomen.

De beperking tot juist het beschikkingsbegrip werd gekozen, omdat de beschikking als bestuursinstrument een zo dominerende en centrale plaats inneemt. Het zijn ook de beschikkingen, ten aanzien waarvan sinds de inwerkingtreding van de Wet AROB de rechtsbescherming als (voorlopig) afgerond kan worden gezien. In principe bestaat n.l. tegen iedere beschikking thans een beroepsmogelijkheid, en wel bij een administratief-beroepsinstantie of bij een administratieve rechter. 'In principe': Afgezien van de door de Wet AROB zelf hierop gemaakte uitzonderingen. De behoefte aan zo'n afgerond systeem van beroepsmogelijkheden zou zeker niet zo sterk zijn gevoeld, als aan het besturen middels beschikkingen slechts een gering belang zou zijn toe te kennen.

Met het voorgaande wil overigens allerminst beweerd zijn, dat het besturen middels andere vormen dan beschikkingen van weinig belang zou zijn, of dat aan een afgerond systeem van beroepsmogelijkheden tegen andere bestuursvormen dan beschikkingen minder behoefte zou zijn. Integendeel, in toenemende mate wordt het belang onderkend van overheidsbestuur door middel van andere vormen dan beschikkingen (privaatrechtelijke vormen, feitelijke handelingen, besluiten van algemene strekking).

De keuze werd dan ook sterk mede beïnvloed door onze wens het probleemveld vooral te benaderen *vanuit de optiek van de administratieve rechtsbescherming*. En, zoals gezegd, deze is bij géén bestuursvorm zo afgerond – wij beweren niet: volledig of optimaal – als bij de beschikkingsfiguur.

Wij zijn ons bewust van het pragmatisme, dat achter onze keuze schuilt. Dit pragmatisme werd ons evenwel min of meer opgedrongen door oppervlakte en vaagheid van het veld van onderzoek, waarop wij zelf de grenzen dienden te trekken.

Misschien zal op het eerste gezicht ons onderwerp schijnen samen te vallen met dat, waarover in 1942 is gepreadviseerd door A. Kleijn en J.V. Rijpperda Wierdsma, onder de titel: 'De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) besluiten en handelingen' (Geschrift VAR VI). Zulks is dan evenwel voor het grootste deel inderdaad schijn.

Het onderhavige preadvies behandelt in zoverre een ruimer onderwerp dan die van 1942, doordat het niet beperkt is tot een onderzoek naar *formeel* 'onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) besluiten of handelingen'. Integendeel, de *materiële* onjuistheid en onbevoegdheid van onwetmatig bestuur zal een belangrijk deel van het onderzoek van ons preadvies uitmaken.

Het accent zal ook niet zozeer worden gelegd op de *rechtsgevolgen* van onwetmatig bestuur dan wel op de *aard* van wat als onwetmatig bestuur wordt aangeduid en de vraag naar de *rechtmatigheid of onrechtmatigheid* van zodanig bestuur. Natuurlijk zal bij constatering van onrechtmatigheid van onwetmatig bestuur niet geheel aan de mogelijke gevolgen van deze onrechtmatigheid worden voorbijgegaan,

doch naar een uitputtende behandeling daarvan, zoals in 1942, zal niet worden gestreefd. Daartoe bestaat ook minder aanleiding gezien het accent dat deze materie in 1942 reeds kreeg, nog gevolgd door het rapport van de in aansluiting op die preadviezen ingestelde Commissie-Beumer (Geschrift VAR XI), en de uitvoerige beschouwingen die het Rapport ABAR aan de mogelijke gevolgen van 'onrechtmatige beschikkingen' wijdt en de rubriceringen die dat rapport daarvan geeft. Slechts weinig nieuwe ontwikkelingen zullen ten aanzien van de rechtsgevolgen kunnen worden gesignaleerd.

Geheel wordt afgezien van de mogelijke gevolgen van onwetmatig bestuur die liggen op strafrechtelijk of staatsrechtelijk gebied (die in 1942 wel werden meegenomen in de beschouwingen).

Bij de gevolgen zullen wij ons derhalve beperken tot die op administratiefrechtelijk gebied en voorts – in mindere mate – tot die op burgerrechtelijk gebied. De gekozen benaderingswijze is immers die vanuit de gezichtshoek van de administratiefrechterlijke of bestuurlijk-toezichthoudende instanties die geconfronteerd worden met onwetmatig bestuur.

Onze accentlegging op de beschikkingsfiguur lijkt op het eerste gezicht een beperking in te houden, vergeleken bij het onderwerp van 1942. Bij bestudering van die eerdere preadviezen zal zulks evenwel niet het geval blijken: Ook Kleijn beperkte zich tot beschikkingen, terwijl Rijpperda Wierdsma geen onderscheid in rechtsgevolgen aanwezig achtte bij de diverse bestuurshandelingen.

Daargelaten de juistheid van deze opvatting, zullen als gezegd ook in dit preadvies niet in extenso worden behandeld de civielrechtelijke besluiten van het openbaar bestuur, de feitelijke handelingen en de besluiten van algemene strekking.

Soms zullen wij wel jurisprudentie van de civiele rechter memoreren, maar dan toch vooral in die gevallen, waarin de rechtmatigheid van een *beschikking* in het geding is. Zeker ligt het niet in onze bedoeling om de onrechtmatige bestuursdaad in extenso te gaan behandelen.

Aan de besluiten van algemene strekking zal niet geheel voorbij worden gegaan, doch de behandeling zal minder deze besluiten als zodanig betreffen dan wel de vraag naar de genoegzaamheid als grondslag voor het nemen van beschikkingen van met name die besluiten van algemene strekking, die niet als wettelijk voorschrift kunnen worden aangemerkt, noch zelf op zodanig voorschrift gebaseerd zijn. Hierbij dient overigens wel te worden bedacht, dat voor bijvoorbeeld de ambtenarenrechtspraak en de economische-ordeningsrechtspraak, alsmede veelal ook voor administratief beroep, de besluiten van algemene strekking (voorzover geen wettelijk voorschrift zijnde) niet, althans niet expressis verbis, van de rechtsmacht cq. beroepsmacht zijn uitgesloten, zoals wel het geval is voor de rechtspraak op grond van de Wet AROB (art. 2, lid 2, sub a).

Ook blijven in principe buiten beschouwing de *handelingen*, die bijvoorbeeld bij de Ambtenarenwet 1929 en bij de Wet ARBO wél appellabel zijn gesteld en voorts vaak onderwerp kunnen vormen van een 1401 BW-procedure. Ook in administratief beroep zijn zij niet zelden appellabel gesteld.

Keuze en afbakening van het onderwerp liggen derhalve in relevante opzichten duidelijk anders dan in 1942. Maar zelfs voorzover de onderwerpen in 1942 en vandaag elkaar nog wel overlappen lijkt het gewettigd de materie nogmaals aan de orde te stellen.

In de eerste plaats kan daartoe worden gewezen op de geruime tijd die sinds het uitbrengen van de eerstgenoemde preadviezen is verstreken. Diverse ontwikkelingen hebben zich in die tijd voltrokken. Daarbij valt allereerst te denken aan de uitbreiding van de administratieve rechtspraak, zoals die door het in werking treden van de Wet ARBO, de – inmiddels al weer vervallen – Wet BAB en de Wet AROB is gerealiseerd. Ook de wijzigingen van het administratief beroep, met name van het Kroonberoep in 1976, mogen niet onvermeld blijven.

In de tweede plaats dient hier de ontwikkeling van de jurisprudentie te worden gememoreerd, inzake met name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Tenslotte moet het feit worden vermeld, dat de praktijk van overheidsingrijpen middels niet op de wet steunende beschikkingen pas geruime tijd na het uitbrengen van genoemde preadviezen tot ontplooiing is gekomen. Het beschikken sine lege zal derhalve in dit preadvies een veel belangrijkere plaats innemen dan de beschouwingen over het ontbreken van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag in de preadviezen van 1942 kregen.

Uit het voorgaande volgt, dat wij ons in principe wensen te beperken tot dat onwetmatig bestuur, dat door de administratie wordt uitgeoefend door middel van het nemen van beschikkingen.

I.2 Begripsomschrijvingen

Alvorens over te gaan tot omschrijving van de in ons preadvies gebezigde begrippen, lijken enige prealabele opmerkingen nodig voor een juiste waardering van de te geven definities.

Het is bij wetenschapsbeoefening gebruikelijk te streven naar min of meer afgebakende begripsvorming. Voorzover zulks bedoeld is als hulpmiddel voor communicatie, kan men daar vrede mee hebben. Uitsluitend vanuit dit doel dienen ook de hier gegeven begripsafbakeningen te worden begrepen. Te ver voert het ons evenwel om deze begrippen vervolgens te gaan bezigen als etiketten, die geplakt worden op allerlei besluiten en handelingen, met als konsekwentie, dat daardoor bepaalde rechtsgevolgen en rechtsbeschermingsmogelijkheden geacht worden al dan niet in te treden resp. geopend te worden. Zo is met name na de inwerkingtreding van de Wet BAB, resp. de Wet AROB, het beschikkingsbegrip als etiket bepalend geworden voor de rechtsbeschermingsmogelijkheden. Hiermee is afgeweken van oudere stelsels (onder andere op het gebied van de sociale verzekering, de ambtelijke rechtspositie en de economische ordening), waarin de competentie van de respectieve administratieve rechters vooral werd bepaald door aanduiding van hun rechtsmacht *naar rechtsgebied.* In de genoemde nieuwere wetten daarentegen wordt de rechtsmacht bepaald door *aard en soort van (overheids-)besluiten naar*

juridische begrippenkaders, welke besluiten verder in beginsel op alle mogelijke terreinen van overheidsbestuur kunnen worden genomen.

Deze benaderingswijze lijkt alleen houdbaar, als het mogelijk is om te komen tot juridische begrippen, die zich door een duidelijk eigen identiteit onderscheiden. Het is echter zeer de vraag, of aan de gangbare juridische begrippen in het algemeen een dergelijk duidelijk onderscheidend vermogen kan worden toegekend. Om bij ons voorbeeld te blijven: Is het nu werkelijk mogelijk om een duidelijke scheidslijn te trekken tussen begrippen als 'wetgevende macht', 'uitvoerende macht', 'rechterlijke macht', 'feitelijke handelingen en besluiten', 'rechtshandelingen naar burgerlijk recht', 'besluiten van algemene strekking', 'wettelijke voorschriften' en 'beschikkingen'? Zo wordt bijvoorbeeld al ruim een eeuw door prominente rechtsgeleerden vergeefs getracht een wetenschappelijk verantwoord en praktisch bruikbaar criterium te vinden voor het vermeende onderscheid tussen wat heet 'publiekrecht' en 'privaatrecht'. Niettemin nam de AROB-wetgever het begrip 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' laconiek op als niet vallend onder het begrip 'beschikking'. Ook het onderscheid tussen wettelijk voorschrift en beschikking is niet zo duidelijk als wellicht op het eerste gezicht lijkt. Nieuwe bestuursvormen zoals nota's, plannen, 'planologische kernbeslissingen', subsidieregelingen zonder materieel-wettelijke grondslag, circulaires, directieven, aanwijzingen, richtlijnen voor bijvoorbeeld gronduitgifte of toewijzing van woongelegenheid, algemene verklaringen van geen bezwaar, etc., etc., hebben de ontoereikendheid, wellicht zelfs ondeugdelijkheid, aangetoond van een juridisch begrippenkader dat zich fixeert op wettelijke voorschriften, beschikkingen, rechtshandelingen naar burgerlijk recht en feitelijke handelingen. Na diverse en uiteenlopende pogingen van de zijde der rechtswetenschap tot etikettering (traditiegetrouw) van dit soort ongrijpbare handelingen ('ambtelijke bijbel', 'instructienorm', 'spiegelrecht', 'pseudo-wetgeving', 'concrete norm', 'bestuur per circulaire', 'rechtsfiguren sui generis', etc.) heeft de wetgever, eerst in de Wet BAB en nu in de Wet AROB, als een soort 'deus ex machina' het begrip 'besluit van algemene strekking' geïntroduceerd. Ook dit begrip ontbeert echter, evenals de andere genoemde juridische begrippen, een wezenlijk onderscheidend vermogen. Het is geen toeval, dat men in de parlementaire geschiedenis van zowel de Wet BAB als de Wet AROB vergeefs speurt naar sluitende definiëringen van de in die wetten toch expliciet genoemde uitzonderingen van het beschikkingsbegrip: de 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' en het 'besluit van algemene strekking'.

Maar gaat het dan eigenlijk wel aan om deze ondeugdelijke etiketten beslissend te doen zijn voor o.a. de vraag naar rechterlijke rechtsbescherming? Dient daarvoor niet veeleer bepalend te zijn het gevolg dat een bepaald handelen of besluiten (al dan niet expliciet beoogd) heeft of zal hebben voor de rechtsposities?

Als pijler van onze democratie kan men zien, dat bij kwesties over *algemene gevolgen* voor rechtsposities *in het algemeen* het in aanmerking komende vertegenwoordigende lichaam – en zeker niet de rechter – het beslissende woord dient te hebben. Bij geschil over *bijzondere gevolgen* voor rechtsposities van *bijzondere personen* hoort het finale oordeel evenwel bij een onafhankelijke rechter (al is het slechts over het vraagstuk van financiële compensatie – schadevergoeding) en ze-

ker niet bij het handelende bestuur zelf. Dit is een wezenlijke pijler van onze rechtsstaat.

Het element 'gericht op rechtsgevolg' in de omschrijving van het beschikkingsbegrip in artikel 2 Wet AROB lijkt onvoldoende basis voor de afbakening van deze staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling. Immers, wat is *niet* gericht op rechtsgevolg bij besluiten van de overheid? Slechts een gekunstelde interpretatie kan hier nog uitkomst bieden voor de zo begeerde 'beleidsvrije ruimte' van het bestuur.

Het lijkt dan ook tijd, dat wij ons bezinnen op de vraag, of het niet wenselijk is, dat bij de bepaling van de (soort van) gevolgen ten aanzien van alle mogelijke bij het overheidsbesluiten/-handelen betrokken personen bepaalde besluiten/handelingen 'gesplitst' worden in 'algemene gevolgen voor rechtsposities in het algemeen' en 'bijzondere gevolgen voor rechtsposities van bijzondere personen'. Aan ieder overheidsbesluit kan immers een element van algemeen belang niet worden ontzegd, ook niet aan beschikkingen derhalve. Evenzeer is van vele algemeen luidende overheidsbesluiten evident, dat bepaalde personen daarvan gevolgen ondervinden in hun belangen en rechtsposities, die zich rechtens relevant onderscheiden van de gevolgen die daarvan door anderen worden ondervonden.

Met het voorgaande is getracht het gevaarlijke aspect van de generaliserende werking van juridische begripsvorming te belichten, met name wanneer aan begrippen automatisch rechtsgevolgen worden gekoppeld.

Wanneer wij dan toch een poging zullen doen om te komen tot begripsafbakeningen in het kader van dit preadvies, geschiedt dat slechts in het belang van een goede communicatie over het onderwerp. Zo zegt ons begrip 'beschikking' bijvoorbeeld niets over de vraag naar de rechtsbescherming ten aanzien van het overheidsbesluit, dat wij als beschikking aanduiden.

Zoals aan het slot van I.1 samenvattend is geconstateerd, vormt het onderwerp van ons onderzoek in principe het onwetmatig bestuur, dat door de administratie wordt uitgeoefend door middel van het nemen van beschikkingen.

Daarbij valt dan onder *'administratie'* te verstaan: *'enig administratief orgaan' in de zin van de Wet AROB.*

Ook voor het begrip *'beschikking'* wordt *aansluiting gezocht bij die wet.* Daarbij worden de uitzonderingen van artikel 2, lid 2, sub a en b (resp. besluiten van algemene strekking en rechtshandelingen naar burgerlijk recht) overgenomen. Evenzo worden overgenomen de uitzonderingen, genoemd in artikel 5, sub a t/m c en sub e t/m 1. Niet daarentegen nemen wij in ons beschikkingsbegrip de beperkingen over inzake het vereiste van schriftelijke vorm (artikel 2), noch de uitzondering van artikel 5, sub d (beschikkingen, waartegen krachtens wettelijk voorschrift een andere administratiefrechtelijke voorziening openstaat of voor klager opengestaan heeft).

Voor goed begrip van het element *'onwetmatig'* dient te worden uiteengezet, wat wij onder *'wet'* of liever, *'wettelijke voorschrift'* wensen te verstaan. Wij verstaan hieronder in dit preadvies *iedere algemeen luidende, naar buiten werkende regel, die ten aanzien van burgers en overheid bindende kracht heeft, welke hij ontleent aan het feit, dat hij bij of krachtens Grondwet of wet in formele zin is vastgesteld overeenkomstig hetgeen daartoe is voorgeschreven;* ook dus in dit opzicht, dat hij is vastgesteld door een daartoe bevoegd verklaarde instantie. (Bij deze omschrijving is afgezien van de mogelijkheid, dat aan een voorschrift bindende kracht wordt ontzegd, bijvoorbeeld terzake van collisie.)

Onder wettelijk voorschrift in de door ons gebezigde zin valt dus *niet* te verstaan een voorschrift, dat door een niet met wetgevende bevoegdheid bekleed orgaan is vastgesteld inzake de wijze, waarop dat overheidsorgaan van een hem verleende discretionaire bestuursbevoegdheid gebruik maakt (circulaire- en andere beleidsregelingen, 'pseudo-wetgeving', enz.).

Ook vallen onder wettelijk voorschrift, naar de hier gebezigde omschrijving, *niet* de algemene regelen die niet op enige wettelijk voorgeschreven wijze zodanig zijn geformaliseerd, dat zij uit de wijze van totstandkoming en de vorm waarin en de wijze waarop zij zijn afgekondigd, herkenbaar zijn als produkten van wetgeving. Dit soort regelen pleegt nochtans met name door de ambtenarenrechter in voorkomend geval wel als 'algemeen verbindende voorschriften' te worden aangemerkt. Naar het hier aangehangen begrippenstelsel zijn dergelijke algemene regels echter veeleer aan te merken als besluiten van algemene strekking, niet zijnde wettelijke voorschriften.

Tenslotte rekenen wij *niet* tot de wettelijke voorschriften die legislatieve produkten die zich naar de vorm weliswaar als wet of verordening aandienen, doch die niet geacht kunnen worden naar buiten werkende regels te bevatten in de zin van: (althans mede) tot de burger gericht. Het betreft hier veelal wetten, de interne overheidsorganisatie, bevoegdheidsverdeling, controle en ambtelijke werkwijze regelend.

Een 'wettelijk voorschrift' wordt derhalve niet alleen gekenmerkt door de vorm, maar ook door de eigenschap van een inhoudelijke of potentieel inhoudelijke regeling, gericht tot de burger.

Aldus is de reikwijdte van dit begrip in vergelijking met vele andere definiëringen daarvan vrij beperkt.

I.3 Soorten van onwetmatig bestuur

Het begrip 'wetmatig bestuur' heeft in de literatuur een zekere geladenheid, zoals wij onder III.1 nog zullen zien. Doordat ons begrip wettelijk voorschrift niet steeds samenvalt met het – overigens gevarieerd gebruikte – wetsbegrip, krijgt de onder I.1 gegeven omschrijving van wetmatig bestuur voor ons onderwerp een wat andere, met name beperktere, reikwijdte. Hierop zal nog nader worden teruggekomen. In dit stadium volstaat het om voor dit nuance-verschil te waarschuwen.

Van wetmatig bestuur nu kan worden opgemerkt, dat het in beginsel tevens rechtmatig is. 'In beginsel', namelijk in deze zin, dat het althans voldoet aan één noodzakelijke voorwaarde om als rechtmatig te kunnen worden aangemerkt. Deze voorwaarde behoeft evenwel niet altijd voldoende te zijn om tot rechtmatigheid te besluiten. Dit is bijvoorbeeld niet het geval, wanneer een beschikking weliswaar genomen is op grond en met inachtneming van de wet, maar wel in strijd is met het verbod van het plegen van détournement de pouvoir, van het plegen van willekeur of van het handelen in strijd met enige (ander) in het algemeen rechtsbewustzijn levend algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Onder *onwetmatig bestuur* nu verstaan wij, als gezegd:
a. bestuur in strijd met wettelijke voorschriften, en
b. bestuur dat niet wordt gevoerd op grond van wettelijke voorschriften.

Deze vormen van onwetmatig bestuur worden door ons aangeduid als respectievelijk *bestuur contra legem* en *bestuur sine lege*. Dienovereenkomstig spreken wij ook over *beschikkingen contra legem* en *beschikkingen sine lege*.

Evenals van wetmatig bestuur niet zonder meer mag worden aangenomen dat het steeds ook rechtmatig is, mag van onwetmatig bestuur niet zonder meer worden gesteld, dat het steeds ook onrechtmatig zou zijn.

Dit geldt zowel voor het besturen contra legem als voor dat sine lege. Noch uit het enkele gegeven, dat een bepaalde beschikking in strijd is met een wettelijk voorschrift, noch uit het enkele gegeven, dat een bepaalde beschikking niet op enig wettelijk voorschrift is gegrond, kan dus automatisch tot onrechtmatigheid van die beschikking worden geconcludeerd.

De vraag naar de rechtmatigheid van contra-legem-beschikkingen zal nu eerst aan de orde worden gesteld.

II De beschikking contra legem

II.1 Inleiding en rubricering

Als 'definitie' van beschikken contra legem gaven wij: *beschikken in strijd met wettelijke voorschriften.*

Deze nog min of meer cryptische omschrijving behoeft nadere uitwerking. Hiertoe is het noodzakelijk eerst stil te staan bij het ruimere begrip *'onregelmatige beschikking'*, zoals dat in de literatuur ingang heeft gevonden.[1]

De gebreken, die aan *onregelmatige* beschikkingen eigen kunnen zijn, plegen in drie – soms in vier – categorieën te worden ingedeeld, kortheidshalve aan te duiden als: bevoegdheids-, vorm- en inhoudsgebreken.

Als vierde categorie worden wel genoemd[2] de wilsgebreken (dwang, dwaling of bedrog) aan de zijde van het administratief orgaan dat de beschikking nam. Wij zullen de wilsgebreken buiten beschouwing laten, omdat zij o.i. geen zelfstandige categorie vormen. De constatering van een wilsgebrek als evenbedoeld moet tot het oordeel leiden, dat ófwel een tot een der drie eerdergenoemde categorieën behorend gebrek aanwezig is, ófwel, dat van een beschikking überhaupt geen sprake is.

Het ligt voor de hand deze ten aanzien van onregelmatige beschikkingen gangbare indeling in bevoegdheids-, vorm- en inhoudsgebreken aan te houden voor ons onderzoek naar de mogelijke onrechtmatigheid van contra-legem-beschikkingen, ten aanzien waarvan immers het vermoeden gerechtvaardigd lijkt, dat zij gebrekkig zijn.

In elk van de drie genoemde categorieën plegen vervolgens nadere onderscheidingen te worden gemaakt, die hieronder vermelding en, voorzover nodig, bespreking zullen vinden.

Vooraf dient te worden opgemerkt, dat de begrippen onregelmatige beschikking en contra-legem-beschikking niet, althans niet geheel, samenvallen. Van een contra-legem-beschikking is sprake, wanneer de beschikking strijdig is met enig wettelijk voorschrift; onregelmatig is ook een beschikking die niet met een wettelijk voorschrift in strijd is, maar in aanmerking komt om te worden vernietigd (of nietig verklaard) met toepassing van een der 'overige' beroepsgronden zoals die omschreven staan onder b, c en d van artikel 4 Wet ARBO en artikel 8, lid 1, Wet AROB (verder aan te duiden als resp. a-grond, b-grond enz.). De voor de hand liggende gedachte, dat bij schending van de b-, c- of d-grond ook sprake zou zijn van

contra-legem-bestuur (nl. in strijd met art. 4 Wet ARBO of art. 8, lid 1, Wet AROB), wordt door ons niet gehuldigd, omdat wij aan het begrip wettelijk voorschrift de eis stellen van een *inhoudelijke* regeling. De genoemde artikelen in de wetten ARBO en AROB daarentegen geven slechts een algemene verwijzing naar ongeschreven rechtsbeginselen.

Anderzijds valt de door ons gegeven omschrijving van wettelijk voorschrift (onder I.2) ook niet steeds samen met de betekenis die in de jurisprudentie pleegt te worden toegekend aan de z.g. a-grond ('strijd met de wet'). Met name indien niet kan worden gesteld dat een wettelijk voorschrift naar buiten werkt, is volgens de door ons gegeven omschrijving geen sprake van een wettelijk voorschrift. Ook geen wettelijk voorschrift achten wij die algemene regelingen die niet op enige wettelijk voorgeschreven wijze zodanig zijn geformaliseerd, dat zij uit de wijze van totstandkoming en de vorm van afkondiging herkenbaar zijn als produkten van wetgeving.

Hieruit volgt, dat niet automatisch mag worden aangenomen, dat bij vernietiging van een bepaalde beschikking wegens strijd met 'de wet' of een 'algemeen verbindend voorschrift' of een 'toepasselijk algemeen verbindend voorschrift' tevens sprake zou zijn van een beschikking contra legem in de door ons gebezigde terminologie. De praktijk der rechtspraak geeft echter geen grote verschillen te zien.

Daarentegen zal wel, indien sprake is van schending van een wettelijk voorschrift in de door ons aangehouden betekenis, een eventuele vernietiging van de betreffende beschikking steeds op de a-grond kunnen luiden. Of zulks ook steeds geschiedt, mag overigens worden betwijfeld, zoals in het nu volgende zal blijken.

De toepassing van de 'overige' beroepsgronden, en vooral die van de beginselen van behoorlijk bestuur, heeft sinds de inwerkingtreding van, achtereenvolgens, de Wet ARBO, de Wet BAB en de Wet AROB zo'n grote vlucht genomen, dat men geneigd zou zijn te concluderen, dat de onregelmatigheid van de contra-legem-beschikkingen nog maar van weinig betekenis is naast de onregelmatigheid waartegen die overige beroepsgronden waken, en dat bijgevolg het recht niet meer uitsluitend en zelfs niet in de eerste plaats in de wettelijke voorschriften, maar in het door de overige beroepsgronden bestreken ongeschreven recht is te vinden.

Het is de vraag, of en in hoeverre die conclusie verantwoord is.[3] Hiertoe is een nader onderzoek nodig naar de relatie tussen de drie soorten onregelmatigheden die bij beschikkingen plegen te worden onderscheiden en de vier genoemde beroepsgronden. Nagegaan zal moeten worden, bij welke soorten van onregelmatigheid en onder welke omstandigheden kan worden geconcludeerd tot strijd met een wettelijk voorschrift (in de door ons gegeven enge formulering). Aldus kan wellicht een indicatie worden verkregen van de omvang van de onregelmatigheden, die moeten doen besluiten tot het met een wettelijk voorschrift strijdig zijn van beschikkingen, alsmede van de verhouding waarin die onregelmatigheden staan tot die, welke moeten doen besluiten tot het met ongeschreven recht strijdig zijn van beschikkingen.

II.2 Bevoegdheidsgebreken

Deze kunnen volgens Donner[4] voortspruiten uit zakelijke of plaatselijke onbevoegdheid van het orgaan. De Haan c.s.[5] onderscheiden tussen absolute, dat is zakelijke, en relatieve, dat is plaatselijke of tijdelijke, onbevoegdheid.

Het wil ons voorkomen, dat iedere onbevoegdheid, *voorzover zij zich uitstrekt*, strikt genomen als absoluut moet worden gezien. Bezien vanuit de mogelijke rechtsgevolgen is dan ook de vraag naar de ernst van het bevoegdheidsgebrek belangrijker dan die naar de soort. Niettemin kan de soort van onbevoegdheid een indicatie geven voor de ernst ervan. De ernstigste vorm van onbevoegdheid is wel die, waar de bevoegdheid in zakelijk opzicht geheel en al ontbreekt en ook niet voor andere plaatsen of tijden aan het beschikkende orgaan toekomt, toekwam of toe kan komen, gezien de functie van dat orgaan in ons staatsbestel. In dat geval willen wij spreken van absolute onbevoegdheid. In alle overige gevallen spreken wij dan van relatieve onbevoegdheid, waarbij verdere gradaties kunnen worden gemaakt naar soort en ernst van het bevoegdheidsgebrek.

II.2.a Absolute onbevoegdheid

Van absolute onbevoegdheid is dus sprake, wanneer aan het beslissende orgaan noch bij wettelijk voorschrift, noch bij rechtsgeldige delegatie of mandaat de bevoegdheid tot het nemen van een beschikking als die in kwestie, dan wel van een inhoudelijk daaraan verwante beschikking is toegekend, én als het, gezien de inrichting van het openbaar bestuur, ondenkbaar is, dat een dergelijke bevoegdheid aan dat orgaan zou kunnen worden toegekend.

Van absolute onbevoegdheid zal dus ook steeds sprake zijn, wanneer een beslissing wordt genomen die, naar haar inhoud gezien, volgens de vigerende wettelijke voorschriften door geen enkel overheidsorgaan mag worden genomen.

In dergelijke gevallen is zowel sprake van een bevoegdheidsgebrek als van een inhoudsgebrek. Deze bijzondere vorm van absolute onbevoegdheid kan overigens zeer wel betrekking hebben op een deel van de genomen beslissing. Zo mag volgens de bepalingen van de Vestigingswet Bedrijven 1954 op een vergunningaanvraag door de Kamer van Koophandel en Fabrieken slechts onvoorwaardelijk positief of negatief worden beslist. Wanneer nu een Kamer toch een voorwaardelijke vergunning zou uitreiken, dan kan men zeggen dat ze daartoe niet bevoegd is, maar met evenveel recht kan men stellen, dat ze een inhoudelijk gebrekkige beschikking heeft genomen.

II.2.b Relatieve onbevoegdheid

Van relatieve onbevoegdheid kan in de eerste plaats worden gesproken bij allerlei bevoegdheidsgebreken die verband houden met het niet in acht nemen van één of meerdere beperkingen, waarvan de bevoegdheid van het orgaan afhankelijk is

gesteld, voorzover die beperkingen niet de *inhoud* der beschikking regarderen. Deze soort beperkingen kan onder meer gelegen zijn in:

a. de tijd, gedurende welke het orgaan rechtens kan beschikken;
b. de plaats van de objecten ten aanzien waarvan een beschikking kan worden gegeven;
c. de woonplaats of de kwaliteit van de burger te wiens aanzien een beschikking kan worden genomen;
d. de voorafgaande afgifte van een verklaring van geen bezwaar door een hoger administratief orgaan (bepalend voor het rechtsgeldig kunnen nemen van de beschikking), en
e. de vereiste goedkeuring door een hoger administratief orgaan (bepalend voor het kunnen intreden van de rechtsgevolgen).

Tot de categorie van relatieve onbevoegdheid zouden wij in de tweede plaats willen rekenen de groep van de wellicht meest voorkomende bevoegdheidsgebreken, te weten die, welke zich voordoen wanneer de beschikking wordt genomen *'door het verkeerde orgaan'*.

Afgezien van de gevallen waarin de beschikking genomen is door een orgaan dat zó evident niet daartoe is aangewezen en ook niet zou kunnen zijn, dat van absolute onbevoegdheid moet worden gesproken, doen zich vooral gevallen voor van misvattingen inzake de bevoegdheid en van ongeoorloofde delegatie en mandaat. Voorbeelden zijn: beschikkingen, genomen door de Burgemeester in plaats van door het College van Burgemeester en Wethouders of door de gemeenteraad, of omgekeerd, door Voorzitter of Dagelijks Bestuur van een bedrijfslichaam in plaats van door het Bestuur; door de Directeur van Bouw- en Woningtoezicht in plaats van door het College van B en W, enz.

In zulke gevallen kan van *relatieve* onbevoegdheid worden gesproken, omdat de beschikking afkomstig is van een orgaan van de corporatie of tak van dienst, waarvan aan een ander orgaan het nemen van dergelijke beschikkingen wel is opgedragen. Daarbij menen wij wel de eis te moeten stellen, dat het dan niet ondenkbaar mag zijn, dat de beschikkingsbevoegdheid, op grond van nadere regeling, delegatie of mandaat, door het eerstbedoelde orgaan zou *kunnen* worden uitgeoefend. Moet zulks echter ondenkbaar worden geacht, dan zal o.i. besloten moeten worden tot *absolute* onbevoegdheid.

II.2.c Bevoegdheidsgebrek, onwetmatigheid en onrechtmatigheid

Te onderscheiden vallen:

- bevoegdheidsgebreken die de beschikking contra legem en tevens onrechtmatig doen zijn;
- bevoegdheidsgebreken die de beschikking wel contra legem, doch niet onrechtmatig doen zijn;
- bevoegdheidsgebreken, die de beschikking sine lege en onrechtmatig doen zijn,

en tenslotte:

– bevoegdheidsgebreken die de beschikking wel sine lege, doch niet onrechtmatig doen zijn.

Bij *absolute onbevoegdheid* zal steeds kunnen worden geconcludeerd, dat de beschikking sine lege is genomen. Het betreft dan immers steeds beschikkingen, die, naar hun inhoud gezien, volgens de vigerende wettelijke voorschriften door geen enkel overheidsorgaan kunnen worden genomen. De onrechtmatigheid van zodanige beschikkingen ligt normaliter in de rede.

Bij *relatieve onbevoegdheid* dient te worden onderscheiden tussen de bevoegdheidsgebreken die samenhangen met de (niet-inhoudelijke) beperkingen waarvan de bevoegdheid afhankelijk is gesteld en de beschikkingen genomen 'door een verkeerd orgaan'.

Als wij de beperkingen beschouwen, waarvan de bevoegdheid afhankelijk kan zijn gesteld, blijkt het niet mogelijk om steeds met stelligheid uit te maken, of sprake is van beschikken contra legem dan wel sine lege.

Zo zal de beperking in de *tijd,* gedurende welke het orgaan rechtens kan beschikken, kunnen leiden tot de conclusie van het contra legem genomen zijn van díe beschikkingen, die genomen werden voor het ingaan van of na het verstrijken van de bevoegdheidstermijn, indien op die tijdstippen een ander orgaan bij wettelijk voorschrift tot het nemen van die beschikkingen bevoegd was verklaard.

Niet noodzakelijk evenwel zal zo'n contra-legem-beschikking ook onrechtmatig zijn: Indien bijvoorbeeld dat andere orgaan feitelijk niet meer of nog niet in functie is (was), laat zich wellicht het contra-legem-beschikken onder omstandigheden rechtvaardigen.

Is géén ander orgaan terzake competent, dan kan worden verdedigd, dat het prematuur of over de termijn heen beschikken strikt genomen sine lege geschiedt. Wij geven er evenwel de voorkeur aan om ook in dit geval te spreken van een beschikking contra legem genomen: kennelijk wilde de wetgever buiten de bevoegdheidstermijn helemaal geen beschikkingen van deze aard.

De eventuele onrechtmatigheid zal weer mede van andere factoren afhankelijk zijn, bijvoorbeeld van het karakter van de termijnstelling (fatale termijn of termijn van orde).

Soortgelijke conclusies lijken ons te trekken wanneer de bevoegdheidsoverschrijding betrekking heeft op de *plaats van het objekt* ten aanzien waarvan een beschikking kan worden gegeven of op *woonplaats of de kwaliteit* van de burger te wiens aanzien een beschikking kan worden genomen.

Is een ander orgaan terzake competent, dan zal geconcludeerd kunnen worden tot contra legem. Zo niet, dan zou verdedigd kunnen worden, dat de beschikking sine lege werd genomen. Ook in dit geval geven wij er echter weer de voorkeur aan om te spreken van een beschikking die contra legem is genomen. Kennelijk wilde de wetgever voor die plaatsen of personen dan geen beschikkingen van deze aard.

Ook in geen van deze gevallen van overschrijding van de bevoegdheid zal daarmee reeds de onrechtmatigheid van de beschikking zijn uitgemaakt. Die is ook hier weer mede afhankelijk van andere factoren, zoals het karakter van de wettelijke regeling en de bijzondere omstandigheden van het concrete geval.

Het nemen van beschikkingen *zonder een voorafgaande verklaring van geen bezwaar,* wettelijk vereist voor het rechtsgeldig kunnen nemen van beschikkingen, achten wij evident contra legem. De wettelijke eis van een voorafgaande verklaring van geen bezwaar menen wij als stellig ook naar buiten werkend te moeten aanmerken.

Anders ligt de kwestie ten aanzien van beschikkingen, *waaraan de wettelijk vereiste goedkeuring wordt onthouden.* Het nemen van dit soort beschikkingen geschiedt (geschiedde) bepaald niet onbevoegd. Indien goedkeuring eraan wordt onthouden kan de beschikking geen rechtskracht krijgen, dus niet de beoogde rechtsgevolgen hebben. Indien het orgaan in zo'n situatie alsnog handelt als ware de vereiste goedkeuring wél bekomen, dan zal zodanig handelen licht als onrechtmatig dienen te worden veroordeeld.

De vraag, of zodanig handelen als sine lege dan wel als contra legem moet worden aangemerkt, is niet eenvoudig te beantwoorden. Vanuit bestuurlijke optiek kan men stellen, dat het orgaan daartoe niet bevoegd is en derhalve handelt in strijd met de wet. Dat dus gesproken zou moeten worden van bestuur contra legem menen wij toch te moeten betwijfelen. Het is n.l. zeer de vraag, of de betreffende goedkeuringsvoorschriften geacht kunnen worden een werking naar buiten te hebben. Kwesties als De Bourbon-Naundorff[6] manen tot voorzichtigheid op dit punt. Veeleer lijkt hier de interne bestuursorganisatie in het geding. Ten aanzien van de justitiabele draagt zodanig beschikken o.i. veeleer het karakter van sine lege.

De tweede categorie van relatieve onbevoegdheid betreft, als gezegd, de beschikkingen, genomen *'door een verkeerd orgaan'.*

Bij zeer evidente onbevoegdheid in dit opzicht zal, zoals reeds werd opgemerkt, van absolute onbevoegdheid moeten worden gesproken.

In de overige gevallen (met name misvattingen inzake de bevoegdheid, ongeoorloofde delegatie en mandaat) zal geconcludeerd moeten worden tot het contra legem genomen zijn van de betreffende beschikking. Wij menen tot dit karakter te moeten besluiten gezien de waarborg die de wetgever door het aanwijzen van het wel bevoegde orgaan heeft willen geven dat ook inhoudelijk juist, d.w.z. in overeenstemming met (het doel van) de wet zal worden beschikt.

In zo'n geval van relatieve onbevoegdheid kan de beschikking niet wegens het enkele feit, dat ze onbevoegdelijk is genomen, tevens als onrechtmatig worden gekwalificeerd. Veel zal afhangen van de verhouding tussen het wél en niet bevoegde orgaan, de waarborg die de burger geacht mag worden te ontlenen aan de wettelijke aanwijzing van het wel bevoegde orgaan, het al dan niet eventueel 'sauveren' van de beslissing door het wel bevoegde orgaan, etc.

In bepaalde gevallen van relatieve onbevoegdheid waarin is beschikt door een 'verkeerd' orgaan zal de beschikking worden gehandhaafd.

Zo besliste de CRvB, op basis van de AW'29, bij uitspraak van 9 januari 1962, ARB 1962, 523, dat de geconstateerde onbevoegdheid van het beschikkend orgaan geen reden opleverde om de beschikking nietig te verklaren, althans nu van de beschikking mededeling was gedaan aan het wél bevoegde orgaan en dit de beschikking had onderschreven. Bij uitspraak van 17 maart 1965, ARB 1966, 249, eveneens gewezen in een ambtenarenzaak, besliste de CRvB dat door een achteraf, hangende het beroep, gedane mededeling van het wél bevoegde orgaan, dat het zich achter de onbevoegdelijk genomen beslissing stelde, het aan de beschikking klevende (bevoegdheids-)gebrek niet kon worden teniet gedaan, maar dat – mede gelet op de omstandigheden, dat het bevoegde orgaan de beschikking geheel voor zijn rekening had genomen en dat dat orgaan, als de nietigheid niet voor gedekt zou worden verklaard, eenzelfde beschikking zou nemen – er redenen van algemeen belang waren om de nietigheid voor gedekt te verklaren. Bij zijn uitspraak van 20 februari 1974, AW1973/B58, ed.Cremers II, p.2.2.2/3a-b, besliste de CRvB dat, nu het bevoegde gezag achteraf de bestreden beschikking voor zijn rekening had genomen, de vraag of de beschikking bevoegdelijk genomen was, kon worden daargelaten. Als sociale-verzekeringsrechter besliste de CRvB bij uitspraak van 22 juni 1977, RSV 1977, nr. 305, dat een bevoegdheidsgebrek niet kan worden verholpen door een na het instellen van het beroep gegeven verklaring van het wél bevoegde orgaan, dat het de beschikking alsnog voor zijn rekening neemt. Waarschijnlijk had in dat laatste geval de CRvB goede redenen om aan te nemen dat het bevoegde orgaan, ondanks die hangende het beroep gedane verklaring, in de motivering van de uitspraak aanleiding zou kunnen vinden om anders te beslissen dan bij de beschikking was geschiedt. (Mogelijk kan hierbij ook een rol hebben gespeeld dat bij de Beroepswet de rechter niet de bevoegdheid tot het gedekt verklaren van de nietigheid is gegeven.)

II.3 Vormgebreken

Met een verfijning op Donner[7] en De Haan c.s.[8] zijn we geneigd de vormgebreken[9] te onderscheiden in:

- gebreken in de wijze van totstandkoming (tot het moment van bekendmaking);
- gebreken in de specifieke vorm van de beschikking als zodanig, en
- gebreken in de wijze van bekendmaking.

Van alle soorten gebreken werden de vormgebreken in de preadviezen van 1942[10] het uitvoerigst behandeld.

De discussie naar aanleiding van die preadviezen betrof voornamelijk de vraag, welk rechtsgevolg door rechter of administratief-beroepsinstantie aan het constateren van een vormgebrek moest worden verbonden: non-existentverklaren of het aannemen van nietigheid van rechtswege, gevolgd door niet-ontvankelijk-

verklaring van de appellant, ofwel vernietiging van de beschikking. Een aparte commissie werd vervolgens door de VAR ingesteld om hierover nader rapport uit te brengen, de zgn. Commissie-Beumer.[11]

Geconstateerd kan worden, dat in de jurisprudentie de vernietiging duidelijk de voorkeur heeft gekregen.[12] Dit is vooral toe te schrijven aan de uitbouw van de administratieve rechtspraak (en van het administratief beroep) zoals die sedert 1942 heeft plaatsgevonden.

De gewone rechter heeft niet de bevoegdheid om beschikkingen te vernietigen, zodat hem, wanneer hij wordt geconfronteerd met een beschikking die hij onwetmatig acht en tevens onrechtmatig, niets anders overblijft dan haar tot een onrechtmatige daad, en onder omstandigheden eventueel ook tot nietig van rechtswege, of, eventueel, non-existent te verklaren.

Administratieve rechters en administratief-beroepsinstanties daarentegen hebben wel de bevoegdheid om te vernietigen.[13] Het is begrijpelijk, dat zij de voorkeur geven aan vernietigen boven niet-ontvankelijk verklaren van de appellant terzake van non-existentie of nietigheid van rechtswege van de beschikking. Niet-ontvankelijk verklaren heeft het nadeel, dat er toch iets op-een-beschikking-gelijkends in stand wordt gelaten. Daar komt bij, dat voor degene, die in beroep bij ambtenarenrechter, College van Beroep voor het bedrijfsleven of Afdeling rechtspraak de aangevallen beschikking vernietigd ziet worden, de mogelijkheid in het leven is geroepen, dat hij vergoeding kan krijgen van de schade, die hij als gevolg van de vernietigde beschikking heeft geleden. Hiermee kan hij althans financieel in een toestand worden geplaatst als had de vernietigde beschikking ook daadwerkelijk nimmer gegolden. Immateriële gevolgen kunnen niet ongedaan worden gemaakt, welke gevolgen bijvoorbeeld al geëffectueerd kunnen zijn bij een in kracht van gewijsde gegaan strafvonnis (terzake van het zonder vergunning of ontheffing of eventueel met overschrijding van de gestelde beperkingen verrichten van de in het algemeen verboden handeling). Maar die gevolgen kunnen ook niet ongedaan worden gemaakt bij een uitspraak, houdende niet-ontvankelijk verklaring wegens non-existentie of nietigheid van de beschikking.

Op te merken valt, dat het niet-naleven van een wettelijk voorschrift inzake de totstandkomingsprocedure, of de vorm, waarin de beschikking als zodanig moet zijn gegeven, of inzake de wijze, waarop zij moet zijn bekend gemaakt, kan leiden tot het oordeel, dat er in het geheel geen beschikking bestaat, dus ook geen gebrekkige. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn met diverse beschikkingen op grond van de Wet economische mededinging, zolang zij niet overeenkomstig het vereiste in die wet in de Staatscourant bekend zijn gemaakt. Het is de vraag, of zulks ook niet het geval zou kunnen worden geacht voor de 'voor beroep vatbare beslissing, ten aanzien waarvan bij onderscheidene sociale verzekeringswetten bepaalde vormvereisten zijn gesteld, met name de eis, dat zij gemotiveerd moeten zijn. Een voorlopige weigering van ziekengeld of van werkloosheidsuitkering, gegeven bij een beslissing die niet aan die eisen voldoet, is ongetwijfeld een beschikking, immers een besluit, gericht op enig rechtsgevolg. Van het AROB-beroep is zij uitgesloten, doordat zij genomen is krachtens in de 'negatieve lijst' opgenomen wettelijke voorschriften, *niet* omdat tegen haar *krachtens wettelijk voorschrift* een

andere administratiefrechtelijke voorziening openstaat of opengestaan heeft. Wie tegen een dergelijke voorlopige beslissing beroep instelt, wordt daarin niet-ontvankelijk verklaard. De beroepsrechter zou evenwel, naar aanleiding van een dergelijk beroep, ook de voorlopige beslissing kunnen vernietigen op grond, dat zij niet aan de wettelijk gestelde vormvereisten voldoet.

Door te kiezen voor het niet-ontvankelijk verklaren heeft de beroepsrechter in feite een verplichte bezwarenprocedure in het leven geroepen, die, anders dan bijvoorbeeld bij artikel 7 Wet AROB, niet bij de wet is voorgeschreven.

Schending van wettelijke vormvoorschriften zal doorgaans aan de gebrekkige beschikking het karakter meegeven van contra legem genomen te zijn.

Ook wanneer het vormgebrek niet zwaarwegend genoeg wordt geacht om tot nietigverklaring of vernietiging te besluiten, zal doorgaans sprake zijn van een beschikking contra legem, ook al moet die dan blijkbaar niet als *onrechtmatig* worden veroordeeld.

Niet van beschikkingen contra legem kan evenwel worden gesproken, wanneer de betreffende vormvoorschriften geen werking naar buiten beogen. Zulks doet zich met name voor bij die vormvoorschriften, die de inwendige bestuursorganisatie regarderen. Inbreuken op dit soort voorschriften voeren nóch tot het karakter 'contra-legem-beschikking', nóch tot de kwalificatie 'sine-lege-beschikking'. Door onze omschrijving van wettelijk voorschrift als *een naar buiten werkende regel* valt dit soort beschikkingen buiten het kader van ons onderwerp.

Van verdere beschouwingen wordt hier derhalve afgezien.

II.4 Inhoudsgebreken

Onder de eigenlijke inhoud valt te verstaan *dat gedeelte van de beschikking, waarbij de rechten en verplichtingen van de geadministreerde en eventueel die van de administratie worden vastgelegd.*

Een beschikking is naar de inhoud gebrekkig, wanneer zij inhoudelijk in strijd, althans niet in overeenstemming is met het toepasselijke materiële recht, dat wil zeggen, het geheel van rechtsnormen waaruit valt af te leiden hoe, in het gegeven geval, de beschikking moet of mag of juist niet mag luiden.

Dat 'luiden' moet in beperkte zin worden verstaan; er wordt mee gedoeld op de 'eigenlijke' inhoud van de beschikking. Daartoe wordt bijvoorbeeld niet gerekend de aan het hoofd der beschikking geplaatste naam van het orgaan, dat verklaart de beschikking te hebben genomen, en evenmin de motivering, zowel voor wat de feitelijke- als de rechtsgronden betreft.

Men kan zich afvragen, of de gebruikelijke, en ook hier toegepaste, volgorde waarin de categorieën van gebreken worden besproken – dus die van bevoegdheids-, vorm- en inhoudsgebreken – wel overeenkomt met die, waarin zij naar hun belangrijkheid moeten worden gerangschikt.

Men zou met name kunnen stellen, dat de inhoudsgebreken verreweg de belangrijkste zijn. De primaire bedoeling van de wetgever is immers, dat er *inhoudelijk juiste beschikkingen* worden genomen, dat wil zeggen beschikkingen, waardoor, in de eerste plaats, *het algemeen belang wordt gediend of bevorderd* op de door hem gewenste wijze, en waarbij, in de tweede plaats, *niet méér dan nodig is in de vrijheidssfeer en de belangen van de geadministreerden wordt ingegrepen.*

De *vormvoorschriften*, die bij wettelijke regeling zijn gegeven, zijn functioneel met het oog op die tweeledige, inhoudelijke, doelstelling. Ze strekken, in zoverre ze bepalen, dat de geadministreerde(n) moet(en) worden gehoord, tot waarborg, dat de belangen van de geadministreerden niet nodeloos zullen worden geschaad, en vaak mede tot waarborg van een optimale deskundigheid, bijv. wanneer bepaald wordt, dat een deskundige instantie het orgaan van advies moet dienen. Een dergelijke bepaling kan ook weer strekken ter bescherming van bijzondere belangen, zo wanneer wordt voorgeschreven, dat het advies ter visie moet worden gelegd voor de geadministreerden, die dan vóór het nemen van de beschikking of in bezwaar daartegen de conclusies van het advies kunnen aanvechten.

Ook de *bevoegdheidsvoorschriften* worden gegeven met de bedoeling het nemen van de beschikking op te dragen aan dát, reeds bestaand of eventueel nieuw te creëren, orgaan, waarvan op grond van zijn bekendheid met de materie en de belangen van de geadministreerden kan worden verwacht, dat het *inhoudelijk* juiste beschikkingen zal nemen. Te denken valt bijv. aan de bij artikel 50, lid 8, jo. lid 2, Woningwet aan B en W toegekende bevoegdheid om, na een daartoe van G.S. verkregen verklaring van geen bezwaar, onder de daar bedoelde omstandigheden, bij wijze van 'anticipatie' een bouwvergunning af te geven. Die bevoegdheid van B en W is nadrukkelijk afhankelijk gesteld van voorwaarden die erop gericht zijn te voorkomen, dat inhoudelijk onjuiste beschikkingen worden genomen.

Mede gezien het voorgaande is het begrijpelijk, dat ook de rechter – waaronder hier ook valt te verstaan de administratief-beroepsinstantie – de aangevallen beschikking in de eerste plaats zal beoordelen uit het oogpunt van haar inhoudelijke juistheid.

Hij zal zich in de eerste plaats afvragen: Is de beschikking niet in strijd met de rechtsorde, die de wetgever bij het vaststellen van de wettelijke regeling voor ogen heeft gestaan?

Dit verklaart, waarom in veel gevallen bij schending van een *vormvoorschrift* niet tot vernietiging wordt overgegaan, als vast komt te staan, dat door die schending appellant niet in zijn belangen is benadeeld, of dat het wél in acht nemen van dat voorschrift niet tot een inhoudelijk anders luidende beschikking had kunnen leiden.

Dit verklaart ook, dat in bepaalde gevallen *een onbevoegd genomen* beschikking niet wordt vernietigd, wanneer moet worden aangenomen, dat het wél bevoegde orgaan een inhoudelijk gelijke beschikking zou hebben genomen[14], dan wel wanneer dat orgaan geacht moet worden zich met de inhoud der beschikking te hebben verenigd.

Tenslotte is ook vanuit het gezichtspunt van de geadministreerde de toetsing op inhoudsgebreken het belangrijkst.

Toetsing aan bevoegdheids- en vormvoorschriften heeft altijd slechts een preliminair karakter. Ook als zij tot een vernietiging leidt, blijft de mogelijkheid bestaan, dat nadien door het wél bevoegde orgaan of wél met inachtneming van de vormvoorschriften een inhoudelijk gelijke beschikking wordt gegeven.

Met een vernietiging wegens enig inhoudsgebrek is het pleit definitief beslecht.[15]

Bij vernietiging wegens enig inhoudsgebrek heeft de appellant de zekerheid, dat de beschikking, voorzover hem daarbij een last werd opgelegd of een begunstiging werd onthouden, strijdig was met het materiële recht, en dat hem bijgevolg die last niet alsnog zal worden opgelegd, c.q. dat hem de gevraagde vergunning zal worden verleend.

Waar nu is dat materiële recht te vinden? Alleen in de wettelijke voorschriften of ook in buitenwettelijke normen? En, voorzover het om wettelijke voorschriften gaat, door welke aard worden die dan gekenmerkt, wil tot voorschriften van materieel recht kunnen worden besloten?

De Haan c.s.[16] rekenen tot de 'materiële gebreken' ook strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in welk verband zij niet alleen het rechtszekerheidsbeginsel noemen, maar ook het 'materiële' zorvuldigheids- en het 'materiële' motiveringsbeginsel. Verder willen zij onder de 'materiële gebreken' ook begrepen zien: strijd met het verbod van willekeur en met het verbod van détournement de pouvoir. Echter rekenen zij tot het materiële recht niet de 'wettelijke en buitenwettelijke vereisten ..., waaraan moet zijn voldaan alvorens de beschikking wordt genomen', vereisten, die worden omschreven als: 'voorwaarden ... die bedoeld zijn als waarborgen voor een deugdelijke besluitvorming'.[17] Hieruit valt af te leiden, dat volgens De Haan c.s. tot het materiële recht niet behoren de, al dan niet in wettelijke voorschriften vervatte, rechtsnormen die betrekking hebben op hetgeen in het Rapport ABAR en in dit preadvies wordt aangeduid als de vorm van de beschikking.

Donner[18] wil strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur zonder restrictie geheel tot de inhoudsgebreken gerekend zien. In dat verband noemt hij met name de op grond van dergelijke beginselen in de jurisprudentie aanvaarde vereisten '... dat een beschikking moet kunnen worden gedragen door de feiten, die ter motivering worden ingeroepen, dat die feiten juist en volledig zijn en dat zij met zorgvuldigheid zijn verzameld en gewaardeerd'.

In het Rapport ABAR[19] worden vier categorieën van inhoudsgebreken genoemd, die successievelijk overeenkomen met de vier beroepsgronden, vermeld in artikel 5 Wet ARBO en artikel 8 Wet AROB.

Daarbij wordt noch voor wat betreft de 'algemeen verbindende voorschriften' van beroepsgrond a, noch met betrekking tot de beginselen van grond d voorbe-

houd gemaakt ten aanzien van het inhoudelijke karakter daarvan.

Voorts wordt nog een plaats ingeruimd voor strijd met het algemeen belang, terzake waarvan men 'van een 'inhoudsgebrek' zou kunnen spreken', onder opmerking, dat de vraag, of een beschikking met het algemeen belang strijdig is, alleen ter beoordeling staat van 'het hoger administratief gezag' en niet van de rechter.

Naar onze mening kan een door een 'hoger administratief gezag' geconstateerde strijd met het algemeen belang bezwaarlijk als een inhoudsgebrek worden aangemerkt. Blijkens de vorenaangehaalde zinsneden zijn ook de samenstellers van het rapport zelf niet zonder meer van mening, dat dit wél het geval is. Verschil in beleidsvisie hoeft o.i. immers geen *juridisch* inhoudsgebrek te impliceren.

Nog afgezien hiervan is naar onze mening de in het Rapport ABAR gegeven opsomming van de inhoudsgebreken te ruim.

In de eerste plaats, omdat daaronder (zonder enige restrictie) mede begrepen worden díe 'algemeen verbindende voorschriften', die gegeven zijn ter aanwijzing van het bevoegde orgaan, en díe, welke het karakter hebben van (wettelijke) vormvoorschriften.

In de tweede plaats, omdat van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als inhoudsgebreken niet zijn uitgezonderd het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel (of beter: de twee motiveringsbeginselen[20]). Deze hebben in wezen de functie om de *totstandkoming* van de beschikking te verantwoorden en liggen derhalve in het verlengde van de vormvoorschriften. Men kan bezwaarlijk volhouden, dat schending van een-en-dezelfde, al dan niet in een wettelijk voorschrift vastgelegde, rechtsnorm, *steeds* tegelijk een bevoegheids- of vormgebrek én een inhoudsgebrek kan opleveren. Het oordeel, dat een wettelijk bevoegdheids- of vormvoorschrift is geschonden, kan op zichzelf nog niet leiden tot een oordeel inzake de inhoudelijke juistheid der beschikking.

Hetzelfde geldt voor het geval, dat in rechte wordt geconstateerd, dat de beschikking niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand is gebracht, dan wel dat de administratie haar heeft doen steunen op een motivering die de beschikking niet vermag te dragen of anderszins ondeugdelijk is.

Van een materieelrechtelijk voorschrift is o.i. slechts dan sprake, als aan dit voorschrift, eventueel gelezen in verband met andere toepasselijke voorschriften, voor de administratie – en in de meeste gevallen ook voor de rechter – een stellig oordeel te ontlenen valt omtrent hetgeen, gelet op de als vaststaand aangenomen 'niet-procedurele feiten'[21], moet of mag of juist niet mag worden bepaald, dan wel het oordeel, dat in het geheel geen beschikking mag worden genomen.

Ook buitenwettelijke normen kunnen in deze zin materieelrechtelijk van aard zijn, te weten:

- détournement de pouvoir (gezien het – materiële – 'doel' (dat in de bekende omschrijving van dit begrip bepalend is voor deze kwalificatie);
- de c-grond: het oordeel, dat de administratie niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten een bepaalde beschikking te nemen, impliceert immers, dat zij

een beschikking met een dergelijke inhoud niet had behoren te nemen, en omgekeerd;
- het individuele[22] rechtszekerheidsbeginsel, dat meebrengt, dat bijvoorbeeld een vergunning niet mag worden ingetrokken of een betaling niet mag worden teruggevorderd, en
- het gelijkheidsbeginsel, dat soortgelijke implicaties heeft.

Hoewel we dus enerzijds de opsomming van de inhoudsgebreken in het Rapport ABAR onjuist, immers te ruim, vinden, aanvaarden we anderzijds wel de aan die opsomming ten grondslag liggende conclusie, voorzover die inhoudt, dat de beroepsgronden b en c en de beide laatstgenoemde beginselen als van materieelrechtelijke aard moeten worden beschouwd. Zij moeten worden opgevat als tot de administratie gerichte verboden om détournement de pouvoir of willekeur te plegen, dan wel te handelen in strijd met het (individuele) rechtszekerheids- of het gelijkheidsbeginsel.

III De beschikking sine lege

III.1 Inleiding: buitenwettelijk bestuur

Onder *buitenwettelijk bestuur* of *bestuur sine lege* wordt hier verstaan: Alle bestuur, dat niet zijn grond vindt in enig wettelijk voorschrift (in de betekenis van de onder I.2 daarvan gegeven omschrijving). Op de problematiek van buitenwettelijke *regelgeving* zal hier slechts zijdelings worden ingegaan.[1]

De vraag naar de geoorloofheid van bestuur zonder grondslag in enige wet in formele zin – een naar wij nog zullen zien sterk verwante, doch niet identieke vraagstelling met die naar buitenwettelijk bestuur – is in de literatuur al vaak aan de orde geweest.[2] Daarbij worden verschillende omschrijvingen van dat vraagstuk gegeven. Gesproken wordt van de leer van de wetmatigheid van bestuur[3], het legaliteitspostulaat[4], of ook wel het beginsel van de rechtsstaat.[5]

Volgens Donner[6] kennen wij een *'beginsel van wetmatig bestuur'*, dat een kenmerk is van de liberale rechtsstaat, zoals die zich in de tweede helft van de vorige eeuw heeft ontwikkeld. Hij omschrijft de inhoud van dat beginsel als volgt: 'Inbreuk op en beperking van vrijheid en eigendom van de burger kunnen slechts plaats hebben bij of krachtens de wet'. Het woord 'wet' dient hierbij kennelijk te worden opgevat in de betekenis van 'wet in formele zin'.

Uit de betreffende passages blijkt, dat Donner – en o.i. terecht – van mening is, dat de wetmatigheid van het bestuur een beginsel is in de zin van een *strikte norm,* waaraan moet worden voldaan wil van een rechtsstaat kunnen worden gesproken. Om deze reden kan men hier spreken van de wetmatigheid*seis.*

Hoe ver strekt echter deze eis?

Op te merken valt dan, dat deze wetmatigheidseis zelf in zijn algemeenheid niet expliciet bij de (Grond-)wet is gesteld. Zij geldt in beginsel in abstracto en wordt slechts op bepaalde, staatsrechtelijk strategisch van belang geachte, punten bij Grondwet of wet in formele zin expliciet gesteld. Zo is bij de Grondwet ten aanzien van bepaaldelijk aangeduide onderwerpen met zoveel woorden de eis gesteld, dat zij bij de wet (in formele zin) moeten worden geregeld. Gewezen kan worden op de beperkingen van de grondrechten, het codificatieartikel (art. 164), en op meer specifieke onderwerpen, zoals de rechtspositie van militaire officieren (art. 68), de bezoldiging van de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en de rechterlijke macht (art. 72, lid 2), de ambtenarenpensioenen (art. 72, lid 4), de sa-

menstelling en bevoegdheid van de Raad van State (art. 83), de mogelijkheid om aan de Raad van State of aan een afdeling van die raad de uitspraak over geschillen op te dragen (art. 85), de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid (art. 86, lid 4), de instelling van vaste colleges van advies en bijstand aan de regering (art. 87), enz., enz.

Twijfel, of de wetmatigheidseis wordt gesteld, is mogelijk ten aanzien van de door de Grondwet aan lagere lichamen geattributeerde (autonome) bevoegdheden. De Grondwet doet niet veel meer dan het in algemene zin geven of overlaten van bevoegdheden aan provincies, gemeenten, publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en andere lichamen met autonome bevoegdheden (artt. 143, 153, 159 en 162 Grondwet). En ook de ter uitvoering van deze bepalingen uitgevaardigde organieke wetten beperken zich veelal tot het inrichtings- en bevoegdhedenkader van deze lichamen, zonder dat gesproken kan worden van een inhoudelijke regeling in die wetten van de door die lichamen te behartigen onderwerpen.

Staande kan worden gehouden, dat al de bevoegdheden, die binnen het kader van deze grondwettelijke en formeel-wettelijke bepalingen worden uitgeoefend, in zoverre wel een *formeel-wettelijke* basis hebben, dat gesproken kan worden van een algemene bevoegdheidsattributie bij wet in formele zin. Van *wettelijke voorschriften* in de door ons gebezigde zin is daarom evenwel nog geen sprake.

De vraag naar geoorloofdheid van bestuur zonder grondslag in Grondwet of in wet in formele zin is namelijk, als gezegd, niet geheel dezelfde als die naar de geoorloofdheid van buitenwettelijk bestuur.

Anders dan volgens de zojuist beschreven leer van de wetmatigheid van bestuur (de wetmatigheidseis) is van buitenwettelijk bestuur in de door ons daarvan gegeven omschrijving sprake, als geen *wettelijk voorschrift* kan worden aangewezen, *waarin dat bestuur zijn grond vindt.*

Aldus kan worden opgemerkt, dat, althans in theorie, het te bestuderen terrein van buitenwettelijk bestuur enerzijds ruimer is dan dat van bestuur in strijd met de leer van de wetmatigheid, en anderzijds enger.

Ruimer, omdat ook die bestuurshandelingen en -besluiten als buitenwettelijk moeten worden gekwalificeerd, die berusten op wetten in formele zin, die geen externe werking beogen.

Hiermee doelen wij op wat Koopmans[7] noemt: 'wetten die in feite niet veel meer doen dan bevoegdheden scheppen en procedures in het leven roepen' (zoals de Prijzenwet, Wet op de ruimtelijke ordening, etc.). Inhoudelijk is er in dit soort wetten eigenlijk niets te vinden. Garanties voor de burgers worden uitsluitend geboden in de sfeer van uitdeling van bevoegdheden en het creëren van procedures. Tegen de inhoudelijke kant van de bevoegdheidsuitoefening kan men geen beroep doen op een (materieel-)wettelijk voorschrift, en is men aangewezen op ongeschreven rechtsbeginselen.

Het is echter de vraag, of hierin een wezenlijk verschil ligt met de wetmatigheidsleer. Toegegeven, deze leer richt zich primair op de vraag naar een (formeel-) wettelijke bevoegdheidsgrondslag. Impliciet valt echter in de vertogen over de wet-

matigheidsgedachte ook de eis te beluisteren van een *inhoudelijke* regeling van het achterliggende gedachtengoed: de vrijheidsgedachte, de gelijkheidsgedachte en de rechtszekerheidsgedachte.[8] Zo pleegt belastend bestuur op enkele basis van een begrotingswet of -verordening of Koninklijk Besluit, waarbij aan het beschikkende orgaan de financiële mogelijkheid wordt toegekend tot het verlenen van subsidie, te worden gezien als (ook) in strijd met de wetmatigheidseis.[9] Dat wij dit bestuur tevens als buitenwettelijk (sine lege) zien, zal uit onze omschrijving van met name het begrip wettelijk voorschrift duidelijk zijn. Aan het betreffende besluit moet het karakter van wettelijk voorschrift immers reeds daarom worden ontzegd, omdat het niet naar buiten werkt.[10]

Het terrein van buitenwettelijk bestuur is (althans in theorie) in zoverre weer *enger* te achten dan dat van het bestuur in strijd met de wetmatigheidseis, dat van buitenwettelijk bestuur eerst kan worden gesproken, als zelfs geen *lagere* regelgeving aan te wijzen valt als grondslag voor het betreffende bestuur.

Aangezien evenwel algemeen wordt aangenomen, dat lagere regelgevende bevoegdheid onbestaanbaar is, zonder dat deze wordt ontleend aan attributie of delegatie bij formele wet of Grondwet,[11] is ook in dit opzicht slechts sprake van een theoretisch-, of, zo men wil, definiëringsverschil. Ook de bekende twistvraag,[12] of onze Grondwet bevoegdheid tot materiële regelgeving bij algemene maatregel van (inwendig) bestuur door de Koning van oudsher erkent, maakt voor het object van studie geen verschil. Immers, neemt men aan, dat de Grondwet zulks niet doet, dan is het bestuur op grondslag van zo'n a.m.v.b. zowel in strijd met de wetmatigheidseis als buitenwettelijk in de door ons gegeven omschrijving (gezien onze eis, dat een wettelijk voorschrift moet zijn vastgesteld bij of krachtens de Grondwet of een wet in formele zin). Meent men daarentegen, dat de Grondwet dergelijke a.m.v.b.'s wél toelaat, dan is er ook geen verschil (immers, dan moet de a.m.v.b. geacht worden te zijn vastgesteld krachtens de Grondwet).

Als gezegd wordt dus algemeen aangenomen, dat lagere *regelgevende* bevoegdheid onbestaanbaar is zonder dat deze wordt ontleend aan formele wet of Grondwet.

Moet echter ook worden aangenomen, dat alle *bestuurs*besluiten en -handelingen gebaseerd moeten zijn op een formele wet? Of, om aan te sluiten bij onze omschrijving van buitenwettelijk bestuur, moet dan worden aangenomen, dat alle bestuursbesluiten en -handelingen hun grond moeten vinden in enig wettelijk voorschrift?

Allereerst dient dan te worden geconstateerd, dat, als gezegd, in onze Grondwet geen algemene regel is te vinden, dat de bevoegdheid tot alle overheidsbestuur zijn grondslag dient te vinden in (te herleiden moet zijn op) de Grondwet zelf of een wet in formele zin. Evenmin is daarin een bepaling te vinden, dat alle bestuur gegrondvest dient te zijn op wettelijke voorschriften.

Wel geeft de Grondwet zelf ruime bevoegdheden aan 'de Koning' op terreinen als buitenlandse betrekkingen (art. 58), de krijgsmacht (art. 68), de algemene geldmiddelen (art. 72) en de waterstaat (art. 205). Daarnaast kan worden gewezen op

voorwaarden) zijn verbonden, die door de aanvrager niet gewenst zijn. Bovendien moet worden bedacht, dat zelfs een 'begunstigende' beschikking, die geheel overeenkomt met hetgeen de aanvrager heeft verlangd, het karakter kan hebben van een belastende beschikking voor een andere geadministreerde. Ja, zelfs bij de z.g. 'vrije beschikkingen', ook als daarbij een achterliggende inhoudelijke ver- of gebodsregeling ontbreekt, zoals bij subsidieverlening, kan zulks onder omstandigheden het geval zijn.

Uit het voorgaande blijkt wel, hoe weinig zeker het onderscheid begunstigende/belastende beschikkingen is voor het aanleggen van de wetmatigheidseis. Daarbij wordt hier dan nog afgezien van de (onder III.3 te bespreken) vraag, of het wel juist is om voor de z.g. 'begunstigende' beschikkingen de gelding van de wetmatigheidseis niet alleen *als* beginsel, maar ook *in* beginsel, volledig te ontkennen.

Het is ook zeer de vraag, of de door Donner gegeven omschrijving tot deze splitsing in begunstigend en belastend bestuur noopt. Nog afgezien van de kritiek die men op juridische begripsvorming in het algemeen reeds kan hebben,[22] kan men aan de door Donner gegeven omschrijving ook een andere uitleg toekennen, zoals onder III.3 nog zal blijken. Wij zullen daar nu echter niet op vooruitlopen, doch volstaan met de constatering, dat, voorzover uit de gepubliceerde jurisprudentie blijkt, de administratieve rechters en administratief-beroepsinstanties blijkbaar alle de wetmatigheidseis vooral plegen aan te leggen bij belastend geacht bestuur. Volgens deze jurisprudentie geldt de wetmatigheidseis dus als beginsel en in principe niet voor de z.g., eventueel beperkte of voorwaardelijke, 'begunstigende' beschikkingen en de gehele of gedeeltelijke intrekking ervan. Die beschikkingen worden dan, zoals nog zal blijken, niet van zodanige aard geacht, dat zij uit kracht van een formele wet moeten zijn genomen, ja, zelfs niet uit kracht van een wettelijk voorschrift in de door ons aangehouden omschrijving.

Overigens, doch dit terzijde, komt het wel vaak voor dat, inzake het nemen van dergelijke, als begunstigend aangemerkte, beschikkingen, regelingen ('beleidsregelingen', 'richtlijnen') worden vastgesteld, die in veel gevallen op enigerlei wijze ter kennis van de potentiële gegadigden worden gebracht ('pseudo-wetgeving'), soms bij circulaire, soms zelfs in een officieel mededelingsorgaan. Echter, ook in geval van een dergelijke bekendmaking, zelfs indien deze op ruime schaal en eventueel in een officieel publicatieorgaan is geschied, kan niet worden gesproken van een wettelijk voorschrift in de door ons daaraan gegeven betekenis, nu de tot die regeling behorende voorschriften hun bindende kracht niet ontlenen aan het feit, dat ze bij of krachtens de Grondwet of een wet in formele zin zijn vastgesteld door een daartoe bevoegd verklaard orgaan.

Ook komen bestuursvormen voor, waarbij strikt formeel wel kan worden gewezen op een wettelijk voorschrift als basis voor het handelen of besluiten, maar waarbij toch de vraag rijst, of deze basis wel als deugdelijk kan worden aangemerkt, gezien met name de aard van het betreffende handelen of besluiten in relatie tot de

aard van het als toepasselijk gepretendeerde wettelijke voorschrift, mede gezien eventuele andere wettelijke voorschriften. Ook in zodanige gevallen is o.i. sprake van buitenwettelijk bestuur in de door ons gegeven afbakening van dit begrip. Gezien evenwel de pretentie dat wél gehandeld zou zijn in het kader van enig wettelijk voorschrift, zullen we deze bestuursvormen onder de benaming 'oneigenlijk wetmatig' bestuur behandelen in de nu volgende sub-paragraaf.

De hoofdmoot van het buitenwettelijk bestuur zal evenwel zijn bespreking vinden onder III.1.b.

III.1.a Oneigenlijk wetmatig bestuur

In de preadviezen van Koeman en Konijnenbelt voor de algemene ledenvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging in 1980[23] werd o.a. de inmiddels zeer bekend geworden 'twee-wegenleer' in het voetlicht geplaatst: de leer, dat het de overheid vrij staat om privaatrechtelijke vormen te bezigen bij de behartiging van het algemeen belang, ook indien een publiekrechtelijke regeling aanwezig is.

Echter, ook in ander opzicht kan de kwestie van 'twee wegen' zich voordoen, n.l. als het bestuur ter bereiking van zijn publiekrechtelijk te achten doeleinden kan kiezen uit twee 'publiekrechtelijke' wettelijke voorschriften.

Tenslotte komt het voor, dat voor de behartiging van typisch 'publiekrechtelijk' te achten belangen geen bijzondere regeling bestaat en dat 'derhalve' gebruik wordt gemaakt van de vrijwel onbeperkte mogelijkheden van het privaatrecht ter behartiging van die belangen.

Van oneigenlijk wetmatig bestuur nu zouden wij willen spreken, als het bestuur een weg kiest, die formeel wel de bevoegdheid lijkt te verlenen tot het betreffende handelen, doch waar:

- ofwel de keuze van die weg wegens het bestaan van een andere weg veroordeeld moet worden,
- ofwel de bevoegdheidsgrondslag voor het betreffende handelen ontoereikend moet worden geacht bij gebreke van een meer specifieke regeling terzake (hetgeen zich met name *kan* voordoen bij het kiezen van een privaatrechtelijke weg als een publiekrechtelijke ontbreekt, of als gehandeld wordt op basis van een algemene bestuursbevoegdheid bij gebreke van wat veelal wordt aangeduid als 'een bijzondere wettelijke regeling').

(1) Keuze tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke weg?

Konijnenbelt stelt, dat de z.g. twee-wegenleer van de Hoge Raad – de overheid mag in beginsel vrijelijk kiezen tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke weg – niet zonder meer kan worden omhelsd of afgewezen.[24] Een standpunt zal volgens hem moeten worden bepaald na toetsing op de vier functies van het recht die hij onderscheidt:[25]

- de instrumentele functie (waaronder hij verstaat de behartiging van de publieke belangen);

- de rechtsbeschermingsfunctie (met daaronder voor het publiekrecht het wetmatigheidsvereiste, aangevuld met het verbod van détournement de pouvoir, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het bestaan van diverse beroepsgangen tegen overheidshandelingen);
- de democratische functie (garanties die het recht bevat voor mogelijkheden van beïnvloeding van besluiten waarbij men belang heeft), en
- de organisatorische functie (vooral de bevoegdhedenverdeling over de verschillende openbare lichamen betreffende).

Met Konijnenbelt wordt door ons de opvatting van een volstrekt vrije keuzebevoegdheid tussen publiek- en privaatrechtelijke weg van de hand gewezen. Reeds Van Wijk verkondigde het adagium, dat waar de wet een zwaardere weg voor het bereiken van een bepaald doel opent, de lichtere weg afgesloten moet worden geacht.[26] Konijnenbelt zelf heeft in dit verband vroeger reeds de term 'détournement de procedure' geïntroduceerd.[27]

Het is niet de bedoeling om in dit bestek een herhaling te geven van de genoemde recente preadvisering van Koeman en Konijnenbelt. Volstaan wordt hier met de conclusie, dat volgens de huidige leer van de Hoge Raad de overheid in beginsel op dezelfde voet als particulieren gebruik kan/mag maken van privaatrechtelijke instituten en vormen en dat de normale regels van het privaatrecht in beginsel volledig toepasselijk zijn op het sluiten van overeenkomsten door de overheid en ter bepaling van de rechtsgevolgen daarvan.

'In beginsel': enkele factoren kunnen inbreuk maken op dit uitgangspunt:

a. in een enkel geval schrijft de wet de privaatrechtelijke weg als *enige* voor (bijv. art. 17 Onteigeningswet);

b. in een wat groter, doch nog steeds niet indrukwekkend, aantal gevallen schrijft de wet de publiekrechtelijke weg als *enige* voor (met name op de terreinen van de rechtspositie van ambtenaren en het heffen van retributies);[28]

c. soms geeft de wet uitdrukkelijk blijk van voorkeur voor de publiekrechtelijke weg, zonder de privaatrechtelijke geheel te verbieden (bijv. art. 234 gemeentewet);

d. in vele gevallen moet worden aangenomen, dat de publiekrechtelijke regeling *impliciet* de privaatrechtelijke weg afsluit.

Uiteraard levert de d-categorie in de praktijk de meeste problemen op. Het door G.S. van Zuid-Holland als toetssteen hiervoor gehanteerde[29] artikel 14 Wet Algemene Bepalingen (aan wetten die op de openbare orde of goede zeden betrekking hebben kan de kracht niet worden ontnomen door handelingen *of overeenkomsten*) biedt weinig steun aan de oordeelvorming. Immers, de vraag, welke wetten op de openbare orde of goede zeden betrekking hebben en welke niet, is daarvoor te zeer tijd- en plaatsgebonden.

De Afdeling rechtspraak lijkt grote waarde te hechten aan de vraag, of voor het betreffende handelen ook een andere, door de wet met meer waarborgen omge-

ven, weg (met name een publiekrechtelijke weg) openstond en of appellant door het niet-kiezen van die weg in zijn belangen is geschaad. Zelfs ambtshalve pleegt de Afdeling dit te controleren.[30]

(2) Privaatrechtelijke weg bij ontbreken publiekrechtelijke?

In feite stelt Konijnenbelt door het aanleggen van zijn vier eisen niet alleen de twee-wegenleer ter discussie, doch zelfs ten principale het uitgangspunt van de leer van de Hoge Raad, dat de overheid op gelijke voet als particulieren gebruik mag maken van het privaatrecht. Derhalve wordt óók het privaatrechtelijk handelen der overheid ter discussie gesteld dáár, waar geen publiekrechtelijke weg voorhanden is.

Hij vindt hierbij een medestander in Tak, die erop gewezen heeft, dat ons verbintenissenrecht niet geschreven is voor, noch berekend is op overheidsafspraken.[31] Tak acht een systeem waarbij dergelijke beleidsovereenkomsten, zoals 'gentlemen-agreements', convenanten en (andere) akkoorden, zelfs in de sfeer van partij- en regeerakkoorden voor de rechter afdwingbaar zouden zijn, reeds hierom verwerpelijk, omdat het strijdig zou zijn met de functie van de rechter om zich in te laten met beleidskwesties. Deze soort overeenkomsten, door hem naar analogie met het begrip 'besluit van algemene strekking' gekwalificeerd als 'overeenkomsten van algemene strekking', moet naar zijn mening worden veroordeeld als in strijd met onze constitutie en algemene beginselen als officialiteit van overheidshandelen, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, zeker indien en zolang daarbij (nog) geen waarborgen voor de burger zijn gegarandeerd die tenminste gelijk zijn aan die bij de traditionele vormen van beleidvoering.

In een aantal gevallen heeft de Afdeling rechtspraak gepretendeerd privaatrechtelijk handelen van de overheid als – tenminste mede – publiekrechtelijk aangemerkt: de uitwegkwesties van Maastricht en De Bilt en de kwestie van de Groningse waterleidingen.[32] De Afdeling blijkt 'privaatrechtelijk' handelen niet als zodanig te accepteren, als dat handelen 'naar zijn aard publiekrechtelijk' is.

Moet dan de leer van de Hoge Raad worden afgezworen en ook in Nederland worden overgegaan op het Franse systeem van 'contrats administratifs'?[33]

Scheltema[34] en anderen[35] hebben de laatste tijd wel in die richting gepleit: De Afdeling rechtspraak ware competent te verklaren voor de typische beleidsovereenkomst.

In de eerste plaats zal echter moeilijk zijn uit te maken, wanneer sprake is van een 'typische beleidsovereenkomst'.[36] Staande kan worden gehouden, dat bij iedere overeenkomst, waarbij de overheid partij is, het gezagselement, dat eigen is aan die overheid, latent aanwezig is, omdat de overheid zich nu eenmaal nimmer los kan en mag maken van haar kwaliteit 'als zodanig'.[37] Zouden dan dus *alle* overeenkomsten waarbij de overheid partij is niet aan de jurisdictie van de Afdeling rechtspraak dienen te worden onderworpen?

In de tweede plaats zou het karakter van de Afdelingsjurisdictie wel drastisch veranderen. Men bedenke hierbij n.l., dat ook particulieren in gebreke kunnen

blijven om overeenkomsten, aangegaan met de overheid, na te komen. Dient in dit laatste geval dan toch de civiele rechter competent te blijven? Deze constructie lijkt wel zeer onwezenlijk: Bij niet-nakomen van de overeenkomst door de overheid zou de Afdeling rechtspraak competent zijn; bij niet-nakoming door de particulier de civiele rechter. En hoe zou het dan moeten, als *beide* partijen hun verplichtingen geheel of ten dele niet zouden nakomen? Zou dan niet de konsekwentie moeten worden getrokken, dat de Afdeling rechtspraak competent zou zijn bij zowel niet-nakoming van de beleidsovereenkomst door de overheid als door de particulier? In theorie is deze constructie wellicht verdedigbaar, doch zij lijkt ons toch te zeer op de Franse leer, die hier te lande nimmer vaste grond onder de voet heeft kunnen krijgen.[38]

Op deze problematiek wordt hier verder niet ingegaan, nu de Nederlandse Juristenvereniging Borman en Punt heeft uitgenodigd om in 1981 te adviseren over de gewenste competentie-afbakening tussen administratieve rechter en gewone rechter.

(3) Keuze uit twee publiekrechtelijke wegen?

Het komt ook voor, dat een bepaalde publiekrechtelijke weg wordt gekozen in de plaats van een meer aangewezen andere publiekrechtelijke weg.

Afgezien van de bekende collisiekwesties heeft dit vraagstuk tot op heden minder de aandacht getrokken dan dat van een privaatrechtelijke weg in plaats van een publiekrechtelijke (of bij het ontbreken van een publiekrechtelijke).

Bij collisiekwesties, met name bij eventuele strijd van lagere regelgevingen met hogere, is nog immer de bekende motieftheorie maatgevend voor de oordeelvorming.[39]

Het is de vraag, of ook voor de ruimere kwestie van keuzemogelijkheid of niet uit meerdere publiekrechtelijke wegen deze motieftheorie dienst kan doen, al is zij daarvoor niet ontwikkeld.[40] Wij menen, dat het doel van een bepaald overheidshandelen inderdaad bepalend moet zijn voor het kiezen van de weg die naar dat doel voert. In zoverre kan wellicht de motieftheorie volledig getransplanteerd worden op onze vraagstelling. Maar daarmee is dan ook wel alles gezegd. Wie immers bepaalt, welke weg de juiste is naar een bepaald doel? Rechterlijke bedilzucht in deze lijkt niet op zijn plaats. Niettemin menen wij, dat ook hier enkele algemene uitgangspunten kunnen worden geformuleerd, met gepaste terughoudendheid voor de noodzakelijke bestuurlijke armslag toe te passen bij rechterlijke controle.

Aanknopend bij de door Konijnenbelt[41] ontwikkelde functies van het recht als referentiekader,[42] kan dan van de *organisatorische functie* worden opgemerkt, dat zij wellicht binnen het bestuur van groot belang kan zijn voor correctie van onjuist geachte middelenkeuze, doch, voorzover zij de justitiabele al regardeert, via de andere functies tot uiting zal komen.

Hetzelfde lijkt ons te gelden voor de *instrumentele functie.*

Zo blijven als *rechterlijk* referentiekader over de *democratische functie* en de *rechtsbeschermingsfunctie.* Concreet gesteld: doet het bewuste handelen tekort aan mogelijkheden van beïnvloeding of rechtsbescherming, die een andere publiekrechtelijke weg garandeert?

Voorbeelden van handelen op grond van een bepaald wettelijk voorschrift waar een ander wettelijk voorschrift de basis had dienen te zijn, komen in de jurisprudentie tamelijk veel voor.[43]

(4) Algemene bestuursbevoegdheid of specifieke wettelijke regeling?

Veel minder komt het voor, dat de rechter uitspreekt, dat voor een bepaald handelen een specifiekere (niet bestaande) wettelijke regeling vereist zou zijn dan een algemenere wettelijke grondslag, op basis waarvan werd gehandeld.

In het fluorideringsarrest[44] werd door de Hoge Raad overwogen, dat de toevoeging van stoffen aan het drinkwater, teneinde daarmee een geheel buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel te dienen, van zó ingrijpende aard was, dat, zonder wettelijke grondslag, niet kon worden aangenomen dat een waterleidingbedrijf daartoe *bij de vervulling van de hem in art. 4, lid 1, van de Waterleidingwet opgedragen taak* de vrijheid had. In dezelfde lijn lag reeds het BAB-KB van 14 aug. 1970,[45] waarin werd overwogen dat, zolang de wetgever ter zake van het fluorideren van drinkwater geen andere *speciale* regels had gesteld, de toestemming tot het toevoegen van fluoride slechts zou mogen worden verleend, indien tenminste een voorziening was getroffen voor die aangeslotenen op het waterleidingbedrijf, die blijk hadden gegeven overwegende bezwaren te hebben tegen een dergelijke maatregel.

Achtte de Kroon fluoridering van drinkwater zonder tevens bezwaarden een praktische mogelijkheid te bieden over zuiver drinkwater te beschikken ongeoorloofd (rechtsbeschermingsfunctie), de Hoge Raad ontzegde het waterleidingbedrijf de bevoegdheid om een dergelijke maatregel te nemen zonder een meer expliciete grondslag in de wet (democratische functie).

Hoewel dus in de fluorideringskwestie geen sprake was van een bestaand ander publiekrechtelijk voorschrift voor het bereiken van het beoogde doel, werd toch de bevoegdheidsuitoefening op grond van een formeel wel bestaande bevoegdheid krachtens algemeen geformuleerd wettelijk voorschrift[46] veroordeeld door zowel de Kroon als de Hoge Raad, omdat een *specifiek* publiekrechtelijk voorschrift noodzakelijk werd geacht voor het betreffende handelen uit oogpunt van rechtsbescherming resp. democratische- beïnvloedingsmogelijkheid.

(5) Conclusies

Concluderend zouden wij willen spreken van oneigenlijk wetmatig bestuur, als een bepaald bestuurshandelen veroordeeld dient te worden, omdat

- ofwel voor het betreffende handelen een meer bijzondere (inhoudelijke) wettelijke grondslag dan op grond waarvan werd gehandeld vereist, doch niet aanwezig is,
- of het handelen op grond van een bepaald wettelijk voorschrift verkeerd moet worden geacht, daar een ander bestaand wettelijk voorschrift gekozen had behoren te worden,

(in beide gevallen) uit oogpunt van democratische beïnvloedingsmogelijkheid en/of uit rechtsbeschermingsoptiek.

III.1.b Bestuur sine lege

Onder bestuur sine lege in de eigenlijke zin des woords verstaan wij dus bestuur, dat niet in enig wettelijk voorschrift is gegrond.

Onder III.1 werd terloops reeds ingegaan op de talrijke vormen die dit bestuur kan aannemen. In feite zijn deze vormen onbegrensd.

Een globale verdeling kan worden gemaakt naargelang dit buitenwettelijk bestuur wordt gevoerd:

- door middel of op grond van besluiten van algemene strekking die zelf geen wettelijk voorschrift zijn, noch daarop gebaseerd zijn, of
- zonder zelfs enige basis in een zodanig besluit van algemene strekking.

Door oorzaken, die onder III.2 zullen worden besproken, kennen wij een zeer groot, nog immer toenemend scala van buitenwettelijke bestuursvormen, veelal door middel van of op grond van z.g. besluiten van algemene strekking die zelf geen wettelijk voorschrift zijn, noch daarop gebaseerd zijn; soms zelfs zonder een dergelijke grondslag.

Dit begrip 'besluit van algemene strekking', waarvan onder III.1 een aantal categorieën ten tonele werd gevoerd, is door de wetgever, eerst in de Wet BAB[47] en nu in de Wet AROB[48] als een soort 'deus ex machina' geïntroduceerd. Het poogt een antwoord te geven op het tekortschieten van het traditionele juridische begrippenkader. De traditionele begrippen zijn in toenemende mate ontoereikend gebleken om de variëteit van overheidshandelen te dekken. Nieuwe termen doken daarom op in de literatuur, zoals 'ambtelijke bijbel'[49], 'instructienorm'[50], 'spiegelrecht'[51], 'pseudo-wetgeving'[52], 'concrete norm'[53], 'bestuur per circulaire'[54], 'rechtsfiguren sui generis'[55], etc.

Het denken in termen van 'wetgeving' en 'beschikking' had grote aantrekkelijkheid. Het eerste als een onaantastbaar te achten privilege van de wetgever; het tweede als een daad van (uitvoerend?) bestuur, onderhevig aan rechterlijke toetsing of althans administratief beroep.

De fictie leeft voort in de Wet AROB: beschikkingen zijn wèl onderhevig aan rechterlijke controle, besluiten van algemene strekking niet (waarbij aanvankelijk vooral het accent werd gelegd op daden van wetgeving, die ook onder de uitzondering van art. 2, lid 2, sub a, begrepen zijn[56]). Door de uitzondering niet te beperken tot wettelijke voorschriften, legt artikel 2, lid 2, sub a, een leemte in het systeem bloot: Immers, besluiten van algemene strekking, die zelf geen wettelijk voorschrift zijn, noch daarop gebaseerd zijn, worden nóch door de waarborgen van het wetgevingsproces omringd, nóch zijn zij volgens de Wet AROB onderworpen aan rechterlijke toetsing.

Het zou het bestek van dit preadvies te buiten gaan om te trachten uitputtende beschouwingen aan het b.a.s.-begrip te wijden.[57]

Hier kan worden volstaan met de constatering, dat bestuur door middel van of op grond van besluiten van algemene strekking die zelf geen wettelijk voor-

schrift zijn, noch daarop gebaseerd zijn, als 'sine lege' dient te worden aangemerkt.

De vraag naar de toelaatbaarheid van dit bestuur zal uitvoerigere bespreking krijgen onder III.3. Als aanloop daartoe zal nu eerst iets worden gezegd over de oorzaken van het buitenwettelijk bestuur.

III.2 Oorzaken van buitenwettelijk bestuur

III.2.a Terugtred van de wetgever

Reeds in 1910 sprak Struycken[58] van een 'terugtred van de wetgever', omdat de wetten niet (meteen?) konden worden aangepast aan de kort voor de eeuwwisseling versnelde ontwikkelingen op o.a. technisch, economisch en sociaal gebied. Op deze wel algemeen bekende factoren wordt hier niet nader ingegaan.[59]

Struycken doelde met name op een terugtreden van de landelijke wetgever (Koning en Staten-Generaal). Deze terugtred van de wetgever gaat nog steeds voort.[60] Zij manifesteerde zich aanvankelijk vooral in de z.g. gelede normstelling: een toenemend gebruik van 'raamwetgeving', 'kaderwetgeving' e.d., waarbij dan met ruime gebruikmaking van delegatie van regelgevende bevoegdheid een verfijnde regelgeving op lager niveau werd nagestreefd, uiteindelijk uitmondend in concrete beschikkingen, bijv. in de (uiteraard theoretische) reeks: Wet (in formele zin) → algemene maatregel van bestuur → ministeriële verordening → provinciale (medebewinds)verordening → gemeenteverordening → nadere regelgeving door B&W → beschikking.[61]

Lang niet altijd voert de terugtred van de wetgever echter tot deze gelede normstelling.

Soms wordt iedere regelgeving bewust vermeden. Diverse oorzaken zijn hiertoe aan te wijzen. Vaak wordt beoogd om, alvorens tot normstelling bij wettelijk voorschrift over te gaan, eerst de nodige ervaring op te doen (experimenten, met vaak de gemeenten als 'proeftuinen van Den Haag'). Door dit systeem van 'sequential decision making' wordt dan de effectiviteit van bepaalde maatregelen op met name nieuw te exploreren gebieden getoetst. Als voorbeeld kan dienen de bewuste niet-regelgeving op het punt van de inspraak, met name bij de ruimtelijke ordening.[62]

Ook komt (tijdelijke) niet-regelgeving voor (waaronder ook begrepen niet-bijstelling van regelgeving) wegens de 'politieke geladenheid' van de te regelen materie of de onduidelijkheid van de (heersende) in de maatschappij daarover levende opvattingen. Men denke hierbij aan kwesties als het lidmaatschap van het Koninklijk Huis, schennis van de openbare eerbaarheid ('Deep Throat'), nieuwe samenlevingsvormen, abortus, staking (ook van ambtenaren), enz.

Vaak manifesteert de terugtred van de wetgever zich in het bewust creëren van een algemeen wettelijk kader, teneinde zeer ruime descretionaire bevoegdheden te scheppen voor het bestuur. Diverse wetgevingstechnieken zijn en worden hiertoe

gebezigd, waaronder de z.g. 'kan-wetgeving' en de 'naar-het-oordeel-van'-redacties.[63] De oorzaken liggen dan vaak nagenoeg hetzelfde als bij vermijding van regelgeving, alsmede op het vlak van differentiatie naar persoon, plaats, object, tijd en omstandigheden.[64]

Dat bij de aldus bewust of onbewust ontstane leemten in wettelijke voorschriften een groot terrein braak is komen te liggen voor andere besluitvormen dan middels of op grond van wettelijke voorschriften (met name voor privaatrechtelijke vormen en voor besluiten van algemene strekking, die zelf geen wettelijke voorschriften zijn, noch daarop berusten), behoeft wel geen betoog.

Op de keper beschouwd is deze terugtred van de wetgever eigenlijk een terugtred van de diverse *volksvertegenwoordigingen* voor regeerders en andere bestuurders.

Donner staat uitdrukkelijk stil bij de veranderende rol van zowel regeerders als volksvertegenwoordigers.[65] 'Het kabinet, dat in de wettenstaat slechts een met 'uitvoering' belaste commissie uit de parlementaire meerderheid kon lijken, groeide, als top van de weer zo belangrijk geworden ambtenorganisatie, uit tot een regering', zo constateert hij. Toch zou het volgens hem voorbarig zijn om ons staatsbeeld te doen beheersen door de pogingen tot regerings- en bestuursplanning en om algehele aanpassing van de staatsinrichting te roepen.[66]

De Haan c.s. lijken wat dit betreft een andere opvatting toegedaan.[67] Donner evenwel acht het verschijnsel niet nieuw: Het roept het mercantilisme en cameralisme van de absolute vorstenstaat in herinnering.[68] Bepaald beklemmend komt het vervolg van zijn betoog over: 'Getergd door dat streven om het volksleven te sturen en te bevoogden, heeft een vorig geslacht, geleid door de ideeën van rechtsstaat en democratie, constitutionele instellingen opgericht teneinde het staatsbedrijf in de hand te houden en zulk streven een teugel aan te leggen. Tussen 'de werkelijkheid' en die instellingen heeft – uiteraard! – altijd spanning bestaan, doch het is onbegrip haar weg te willen werken door 'aanpassing' der instellingen en het is onwijs om haar te overdrijven.' Troost en hoop moeten wij kennelijk putten uit het slot van deze overwegingen: 'Wie aan de democratische rechtsstaat hecht, zal de spanning verfrissend vinden en haar willen doorstaan. Zonder in paniek te raken, zal hij zich inspannen om het evenwicht der constitutionele instellingen en de daardoor geboden ruimten voor vrijheid en overleg te bewaren en te vernieuwen'. Aan het bloedige karakter van de Franse revolutie, die nodig bleek voor vestiging van rechtsstaat en democratie, en van de wereldoorlog, die nodig bleek voor herstel daarvan, lijkt Donner hier overigens wat al te gemakkelijk voorbij te gaan.[69]

Wat daar verder van zij, de verschuiving van invloed van volksvertegenwoordiging naar bestuur is onmiskenbaar. Waardoor werd zij – en met haar (de toename van) het buitenwettelijk bestuur – veroorzaakt?

Oostenbrink komt in zijn oratie[70] tot de conclusie, dat wie zou dromen van een geheel gesloten wetsstelsel, dat steeds in alle situaties voorziet, zal merken dat zijn droom bedrog is, vooral in een wereld die nationaal en internationaal steeds complexer wordt, die in tal van stroomversnellingen schijnt te zijn geraakt en

waarin crises tot het leven van alle dag schijnen te zijn gaan horen. Hij constateert, dat we aan een systematische juridische en bestuurlijke heroriëntatie, een goede wetsevaluatie en een adekwate wetgevingssystematiek nog steeds niet zijn toegekomen. Toch zijn die volgens hem meer nodig dan ooit. We spreken tegenwoordig liever van een streven naar een rechtmatig dan van een streven naar een wetmatig bestuur.[71] Nu kan een goed wetmatig bestuur een rechtmatig bestuur wel dienen, maar een verouderde, niet aangepaste en niet gehandhaafde wetgeving werkt volgens hem onrechtmatig bestuur en wetsverachting in de hand.

In dezelfde richting gaan de gedachten van de Haan c.s., die bovendien vanuit hun overheersend instrumentele benadering van het recht pogen te komen tot een systematische en bestuurlijke heroriëntatie, een goede wetsevaluatie en een doelmatige wetgevingssystematiek. Na eerst geconstateerd te hebben[72], dat geleidelijk aan allerlei bestuurstaken ter hand zijn genomen, die helemaal niet op bijzondere wetten berusten, doch uitsluitend 'op de algemene bestuursbevoegdheid ontleend aan de Grondwet en organieke wetten, en op de jaarlijkse begrotingswetten die echter geen materiële beleidsregeling inhouden', wordt opgemerkt, dat vooral het subsidiebeleid op deze wijze tot ongekende omvang kon uitgroeien 'omdat subsidies op zichzelf begunstigende beschikkingen zijn, waarvoor men, anders dan belastende, zoals verplichtingen en vergunningen, het zonder een bijzondere wettelijke grondslag kon stellen.'

De kardinale overwegingen luiden dan: 'Zoals de liberale grondrechten met de invoering van de sociale rechtsstaat en de daarbij behorende sociale grondrechten in feite niets van hun betekenis verloren hebben, zo heeft ook het beginsel van de wetmatigheid van bestuur, hoewel in een legalistische periode ontstaan, o.i. niet aan belang ingeboet. Het streven dient er meer dan ooit op gericht te zijn het overheidsbeleid en daarmee het bestuur over de gehele linie een wettelijke grondslag te geven.' 'Dit alles betekent echter niet', zo vervolgen de auteurs,[73] 'dat de hier voorgestane wettelijke regeling van het beleid uitsluitend de weg van wettelijke voorschriften, al dan niet geledingsgewijs, zou moeten volgen. Immers, die weg is reeds in vele gevallen een doodlopende gebleken, omdat voorschriften vaak een te verstarrend effect hebben om een goede beleidsontwikkeling mogelijk te maken. Maar voorschriften zijn inmiddels niet meer de enige juridische bestuurstechniek. Daar is een andere techniek naast gekomen, meer flexibel en dus in vele gevallen beter als sturingsmechanisme voor maatschappelijke ontwikkelingen. Dat is de planning ...'

III.2.b De wet ondoelmatig als grondslag voor bestuur?

Hiermee belanden wij bij een tweede oorzaak van het buitenwettelijk bestuur: De wet is volgens velen geen geschikt 'instrument' voor een modern 'slagvaardig' overheidsbestuur.

Het pleidooi van Böhtlingk voor een verruiming van het materiële wetsbegrip tot alle algemene regels[74] is nooit goed aangeslagen. Zijn intentie was om het gehele overheidsbedrijf aldus onder de heerschappij van algemene regels te brengen. Zowel Logemann[75] als Van der Burg[76] achten deze uitbreiding van het materiële wetsbegrip tot alle algemene regels niet goed werkbaar. Ook Steenbeek waar-

schuwt tegen de misvatting van de laatste tijd, dat er nieuwe wetten moeten komen.[77] Hij wijst op het gevaar van wetgevingsconstipatie. Steenbeek erkent echter geen concrete voorstellen te kunnen doen om de democratische legitimatie van de wet weer te versterken (al noemt hij inschakeling van vertegenwoordigers van belangengroepen en openbaarheid van voorstellen), maar hij meent er toch op te moeten wijzen, dat gezocht moet worden naar *nieuwe* vormen, waarin de bevolking of belanghebbende delen daarvan behoorlijk kunnen participeren.

Het thema 'macht en onmacht van de wetgever' stond recentelijk nog centraal in de bundel opstellen, die werd uitgegeven ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de K.H. en het 15-jarig bestaan van de faculteit der rechtsgeleerdheid te Tilburg.[78] Met name de bijdrage over 'wetgeving en beleidsinstrumentarium' van de leden van de vakgroep staats- en administratiefrecht[79] trekt in dit verband de aandacht. Daarin worden overigens, naast de beperkte macht van de wetgever, ook de beperkte macht van de 'nota's producerende overheid' en de beperkte bruikbaarheid van de financiële instrumenten waarover de overheid beschikt in de sociaal-economische sfeer belicht.[80]

In ieder geval lijkt het een gegeven, dat wettelijke voorschriften in vele gevallen als ondoelmatig moeten worden gekwalificeerd voor het voeren van overheidsbestuur. Een tweede belangrijke oorzaak van het toenemende buitenwettelijk bestuur is hiermee aangegeven.

III.2.c Andere oorzaken

Volledigheidshalve dient er nog de aandacht op te worden gevestigd dat ook andere oorzaken dan terugtred van de wetgever en ondoelmatigheid van de wet kunnen leiden tot buitenwettelijk bestuur.

In het algemeen zal zulks zich voordien bij onvoorziene situaties of exceptionele toestanden. Gevallen als de bekende kwestie van de Burgemeester van Maurik,[81] de methode Koppejan, de afzetting van de Indonesische ambassade e.d., kunnen onder deze rubriek worden gerangschikt.[82] In het totale beeld van het buitenwettelijk bestuur zijn zij echter – hoe opzienbarend ook op zichzelf beschouwd – van ondergeschikt belang.

Anders ligt zulks ten aanzien van de Londense wetsbesluiten, op basis waarvan vele bestuurshandelingen zijn gesteld, waarvan de wetmatigheid na de oorlog inzet vormde tot brede discussie in het parlement.[83]

Het wil ons voorkomen, dat het weinig zinvol is om ten aanzien van dit soort oorzaken te trachten meer specifieke conclusies te ontwikkelen dan dat:

- in normale tijden bij onvoorziene situaties, indien het bestuurlijk handelen niet kan wachten op regeling van die omstandigheden bij wettelijk voorschrift, dan wel zodanige regeling wegens het incidentele karakter niet zinvol moet worden geacht, zoveel mogelijk dient te worden gehandeld naar analogie met wettelijke voorschriften die voor verwante situaties wél zijn gegeven, en
- in abnormale tijden waar zulks mogelijk is gehandeld dient te worden op basis

van geschreven, en waar zulks niet mogelijk is, op basis van ongeschreven regels van noodrecht.

Uiteraard zal juist in dit soort omstandigheden inachtneming van algemene beginselen van behoorlijk bestuur een eis van de eerste orde zijn.

III.3 Toelaatbaarheid van buitenwettelijk bestuur

Hoewel als gezegd de kwestie van buitenwettelijk bestuur strikt genomen niet geheel samenvalt met die van bestuur zonder grondslag in formele wet of Grondwet, ligt de vraag naar de toelaatbaarheid toch nagenoeg hetzelfde.

Zoals onder III.1 werd opgemerkt, plegen de rechterlijke- en beroepsinstanties een wettelijke grondslag te eisen voor belastend geacht bestuur, doch niet voor begunstigend geoordeeld bestuur.[84]

De Nederlandse jurisprudentie vertoont in deze grote verwantschap met de Duitse.[85] Onze Oosterburen maken onderscheid tussen 'Eingriffsverwaltung', waarvoor volgens het Bundesgericht een wettelijk voorschrift (zelfs wet in formele zin) vereist is, en 'Leistungsverwaltung', waarvoor zulks niet zou gelden.[86]

Het is echter de vraag, of deze opvatting onder de Duitse rechtsgeleerden nog steeds als (over)heersend mag worden gezien. Op een in juni 1980 te Madrid gehouden congres sprak Jellinek zulks tegen: 'However, according to the legal interpretation prevailing in the Federal Republic of Germany today, there is a 'reservation of the law' in as far as all *essential* decisions must be taken by the legislative itself in fundamental normative domains – in particular in the field of the excercise of basic rights, irrespective of whether the state interferes or whether it renders services'.[87]

In ons land zet met name Oostenbrink zich af tegen de opvatting, dat de wetmatigheidseis bij 'Leistungsverwaltung' niet essentieel is.[88] Hij verwerpt de opvatting, dat het hier niet zou gaan om direkte ingrepen van de overheid in het leven van de burger, maar veel meer om prestaties en misschien zelfs gunsten van de kant van de overheid. Een dergelijke leer staat volgens hem op gespannen voet met de realiteit. Ook Steenbeek wijst erop, dat in de praktijk het verlenen van aanspraken – *waarop de burger meer en meer aangewezen raakt* – gepaard gaat met het opleggen van verplichtingen.[89] En hij constateert[90]: 'Voorschriften (de tegenwoordig gangbare term i.p.v. voorwaarden) verbonden aan concrete vergunningen reguleren ook: zij reguleren natuurlijk in de eerste plaats de rechtspositie van de vergunninghouder, en dan zijn wij op het terrein van de beschikking, maar zij reguleren ook doordat die voorschriften bij herhaling plegen te worden gesteld'. En Tak spreekt in dit verband over het normkarakter van de beschikking (normvestigend, normbevestigend, normveranderend of normafschaffend).[91] Van der Burg stelt de vragen: Als de belastingen worden geheven overeenkomstig de wet en met inachtneming van het draagkrachtbeginsel en het gelijkheidsbeginsel te zamen en in onderling verband, moet dan niet verzekerd worden, dat de door de belastingheffing

verkregen overheidsgelden zo eerlijk mogelijk worden uitgegeven? Moet niet duidelijk worden vastgesteld, dat alle burgers gelijkelijk kunnen delen in de voorzieningen die met belastinggelden worden gefinancierd?[92]

Inderdaad laat, zeker in de huidige tijd en onder de huidige opvattingen over de taak van de overheid, volledig begunstigend bestuur zich nauwelijks voorstellen. Afgezien nog van de vrijwel altijd aan dergelijk bestuur verbonden beperkingen of voorwaarden, valt te bedenken dat beëindiging van de begunstiging, ook vóórtijdig, nimmer uitgesloten mag worden geacht en dat zulks als belastend kan, zo niet *zal* worden ervaren. Bovendien is het z.g. begunstigend bestuur wel sterk uit de sfeer der liberaliteit gehaald, nu, zoals Steenbeek treffend opmerkt, de burger op het verlenen van aanspraken meer en meer aangewezen is geraakt.

De vraag, of voor een bepaald bestuurshandelen een wettelijke grondslag dient te worden geëist, lijkt ons dan ook aan de hand van andere maatstaven te moeten worden beantwoord dan die van het z.g. begunstigend of belastend karakter van dat handelen. Beter lijkt het om voor de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid aanknoping te zoeken bij de oorzaken van het buitenwettelijk bestuur.

Uit de onder III.2 gegeven schildering van oorzaken van buitenwettelijk bestuur doemt dan vooral het volgende beeld op: Enerzijds dient de democratische invloed, die door de terugtred van de wetgever wat verloren is gegaan, te worden hersteld, anderzijds moet worden gewaakt tegen een teveel aan wettelijke voorschriften.

Hoe uit deze impasse te geraken?

Alvorens hier op in te gaan, lijkt het zinvol om de voor- en nadelen van wettelijke regeling nader te bezien.

Als nadelen (c.q. beperkingen) van wettelijke regeling werden recentelijk op het reeds eerder genoemde Madridse congres door Wagener genoemd:[93]

- 'the content of laws has significantly changed
- the administration works largely with the help of plans and programmes
- there are too many laws which are too complicated
- there is too much emphasis upon solving specialized problems
- the employment opportunities for lawyers in the administration are being reduced, and finaly
- many laws cannot be implemented because citizen-action groups and similar organisations prove obstructive.'

Voor recente argumenten *pro* wettelijke regeling geven De Haan c.s. voldoende stof.[94] Als redenen voor het door hen gewenste streven om het bestuur over de gehele linie een wettelijke grondslag te geven noemen zij:

- de behoefte aan rechtsbescherming;
- de doelmatigheid van het bestuur zelf (doelmatigheidsmotief);
- de behoefte aan eenheid van het bestuur (eenheidsmotief);
- de democratisering van het bestuur (democratisch motief), en

- het bevoegdheidsmotief: niet alleen waar rechtstreekse dwang tegenover burgers aan de orde is, maar ook waar dat niet het geval is, ligt het in een staat waarin de burgers zo zeer afhankelijk zijn van overheidsgeld en overheidsdiensten, allerminst voor de hand dat de overheid dit geld en die diensten in volledige vrijheid, dus zonder wettelijke regeling van het daaraan ten grondslag liggende beleid, zou kunnen besteden resp. verlenen. Hierom wordt ervoor gepleit om de buitenwettelijke regelingsbevoegdheden toch op de een of andere manier binnen de sfeer van wettelijke regeling te trekken, met alle souplesse die daaraan eigen moet zijn.

Zowel bij De Haan c.s. als bij Steenbeek valt het geluid te beluisteren, dat de uitkomst uit het spanningsveld van wél of niet wettelijk regelen gezocht dient te worden in *andere vormen* van regelstelling, met garandering van volksinvloed en garantie van rechtsbescherming.

Het wil ons voorkomen, dat bij dit pleidooi voor andere vormen dan wettelijke voorschriften door althans Den Haan c.s. één aspect uit het oog verloren dreigt te worden: het rechtsgehalte, dat aan wetten eigen is, althans behoort te zijn. Steenbeek geeft blijk daar meer oog voor te hebben. De bekende passage uit Koopmans' bijdrage in *Honderd jaar rechtsleven:* 'De wetgever streeft niet meer primair naar codificatie maar naar *modificatie',*[95] dreigt volgens Steenbeek zo sterk te worden belicht, dat een ander element in de regulering (hij kiest deze vage term bewust), te weten de rechtsverwerkelijking, in de schaduw dreigt te geraken. Wat eruit komt moet voor ons allen recht kunnen zijn, zo betoogt hij, niet alleen maar een serie in de vorm van regelen gegoten beleidsinstrumenten, maar inhoudelijk een rechtswaarde biedend. Boven het als instrumenteel aangemerkte recht ligt nog een andere, fundamentele rechtssfeer die wij, ter realisatie van rechtsstaat en democratie beide, trachten tot zijn recht te doen komen door daarin het referentiekader te plaatsen, waarbinnen het instrumentele recht zich heeft te bevinden. Het bezien van administratieve wetgeving louter als instrument zou een onverantwoorde blikvernauwing betekenen. Karikaturaal beschouwd zou zulks neerkomen op middelen die geheiligd worden door het doel. Het geven van regelen, materiële wetgeving dus, is echter ook het nemen van rechtsbeslissingen. Er wordt – dat is de bedoeling – geldend recht geschapen, welk recht ook als zodanig moet kunnen worden geaccepteerd. Een stellen van regelen waarbij deze eis miskend wordt werkt averechts en daarmee is op den duur niemand gediend. Ons rechtssysteem en onze rechtsorde moeten ons te kostbaar zijn om er roekeloos mee om te springen.[96]

Het leek een goede zaak om hier de opvattingen van Steenbeek wat uitvoeriger te releveren. Immers, de z.g. instrumentele visie op het recht[97] (eigenlijk moet dit natuurlijk zijn: op rechtens interessante verschijningsvormen, zoals wet, beschikking, overeenkomst, enz.) houdt o.i. het risico in, dat de juridisch-normatieve functie van met name de wet uit het oog wordt verloren. Dan is de wetsvorm slechts een instrument voor het voeren van overheidsbeleid, niets méér. Ook de andere tot nu toe juist voor het recht interessante vormen als beschikking, over-

eenkomst, e.d. dreigen door deze visie hun juridisch-normatieve functie te verliezen. Ontegenzeggelijk dreigt thans te véél in wettelijke vorm te worden vastgelegd; dáárom te veel, omdat talloze rechtens nauwelijks of niet interessante maatregelen in een wettelijke vorm aan het volk worden opgelegd. De nog steeds de burger aangeboren eerbied voor de wet als leidraad van het recht wordt daarmee wel zeer zwaar op de proef gesteld.

Zien wij het goed, dan zijn twee elementen wezenlijk voor wetgeving:

a. het democratisch gehalte, d.w.z. dat het te regelen onderwerp van zodanig belang moet worden geacht, dat het onderworpen behoort te zijn aan een expliciete uitdrukking van de volkswil *(democratisch postulaat),* en

b. het rechtsgehalte, d.w.z. dat het produkt algemeen kan worden ervaren als recht, dat dan ook eerbiediging en naleving verdient; en dat niet louter, omdat het 'van bovenaf' is gedecreteerd, doch omdat het rechtswaarde heeft *(rechtspostulaat).*

Koopmans[98] onderscheidt als 'ideeëngoed, dat destijds achter het denken over de wet stak' het *'democratisch element'* en het *'rechtsstatelijk element'*. Het democratisch element kwam in de 19e eeuw tot uiting in de gedachte, dat de gedragsregels waar de burgers zich aan te houden hebben, ook opgesteld zullen zijn door hun eigen vertegenwoordigers. Het rechtsstatelijk element kwam in de codificatiebeweging tot uitdrukking: de rechtszekerheid, afwezigheid van willekeur en gelijke behandeling van de burgers waren hierbij de dragende gedachten volgens Koopmans. Het democratisch element is volgens hem echter verwaterd, niet alleen, omdat de band tussen kiezer en gekozene 'lang en dun' is geworden, maar ook doordat de uitgebrachte stem 'niet meehelpt om de burger de indruk te geven, dat hij invloed uitoefent op de vele tientallen regelingen en besluiten die in de komende vier jaar over hem zullen worden uitgestort'. Het rechtsstatelijke element, van oudsher verwoord in de leuze van een 'government of laws, not of men', is op losse schroeven komen te staan, doordat het langzamerhand wel degelijk gaat om 'men': niet de Koningen en baronnen, waartegen men zich in de 17e en 18e eeuw geprobeerd heeft af te zetten, maar de grote en keine bureaucraten van dit moment.

Ongetwijfeld is er goede reden op Koopmans' pessimisme te delen. Niettemin hoeft men daarom nog niet zonder meer in een feitelijke situatie, die ongewenst moet worden genoemd, te berusten. Koopmans ziet de situatie kennelijk wel als onvermijdelijk: de wetgever kan het niet (meer) aan.

Allereerst moet hierbij worden aangetekend, dat hij uitsluitend het oog gericht heeft op de landelijke wetgever. Wij zien evenwel ook voor lagere wetgevers een duidelijke plaats ingeruimd. Bovendien staat Koopmans de wettelijke vorm voor ogen bij alle overheidsbestuur, terwijl wij juist vanuit de beide genoemde postulaten trachten te komen tot beperking van de wetsvorm tot dát overheidsbestuur, waarbij de beide postulaten ook daadwerkelijk tot die vorm nopen.

Geconstateerd moet dan worden, dat vooral het rechtspostulaat van oudsher verbonden is aan de wetsvorm, nog vóórdat sprake was van democratische produkten. De wetsvorm dient daarom te worden gereserveerd voor de als zeer wezenlijk ervaren rechtsregels. Het lijkt dan ook juister om de eis van wetmatigheid van bestuur niet aan te leggen aan de hand van de maatstaf 'belastend of begunstigend bestuur', maar aan de hand van het criterium of er sprake is van 'fundamental normative domains' (Jellinek), 'in particular in the field of the excercise of basic rights, irrespective of whether the state interferes or whether it renders services'. Ook Steenbeek vindt, dat voor de formele wet materie van wezenlijk belang moet worden gereserveerd. Ingrepen in de persoonlijke vrijheid en in de vrijheid om naar eigen inzicht over zijn goed te beschikken moeten door de wet zelf worden gemaakt.[99]

Voor ons begrip buitenwettelijk bestuur is daarmee echter nog niet de vraag beantwoord, welke onderwerpen bij wettelijk voorschrift, dus eventueel ook in lagere wetgeving, geregeld moeten worden. Steenbeek komt tot de slotsom[100], dat 'voor het overige' het thans gangbare patroon van kaderwetgeving met delegatie of attributie onvermijdelijk en aanvaardbaar is, doch blijkt[101] daarbij wel te zoeken naar 'dragende denkbeelden bij de materiële wetgeving'. Als zodanig noemt hij: de doelen zelf, de proportionaliteit (de regelgeving moet niet over haar doel heenschieten, geen verplichtingen opleggen die niet redelijkerwijs noodzakelijk zijn om het doel te kunnen bereiken), de afwezigheid van willekeur, en uniformiteit (zij het, dat binnen onze gedecentraliseerde eenheidsstaat differentiatie ook als een belangrijk goed moet worden beschouwd).

Wij menen, dat het democratisch postulaat en het rechtspostulaat in principe ook gelden voor de lagere materiële wetgeving. Daarom zullen wij de vraag naar wat in wettelijke voorschriften zijn beslag dient te krijgen en wat (evt. zelfs bij voorkeur) in andere vormen zou kunnen worden geregeld, eerst onderzoeken aan de hand van de vraag, bij welke onderwerpen het democratisch gehalte zodanig is, dat althans expliciete uitspraken van de respectieve volksvertegenwoordigingen mogen worden verlangd (democratisch postulaat). Vervolgens kan dan aan de hand van het rechtsgehalte (rechtspostulaat) worden bepaald, welke onderwerpen in wettelijke voorschriften dienen te worden geregeld en welke in een andere vorm van volksuitspraak kunnen worden neergelegd.

a. Democratisch postulaat

Hoog democratisch gehalte van besluitvorming lijkt wel het meest gewenst bij beslissingen over wat als algemene belangen moet worden aangemerkt en bij het afwegen van algemene belangen tegen elkaar. Hier behoort het accent dus bij de betrokken *volksvertegenwoordiging* te liggen.

Vanuit dit democratisch postulaat dient aan *het bestuur* – zeker in normale omstandigheden – geen ruimere zelfstandige beslissingsbevoegdheid te worden gelaten, dan inzake

- gedelegeerde afweging van algemene belangen, binnen objectieve grenzen, gesteld door de volksvertegenwoordiging, en
- die kwesties, waar bijzondere belangen van particulieren (kunnen) confligeren met belangen van erkend algemene aard.

Aan *de rechter* tenslotte dient slechts bevoegdheid te worden toegekend tot *rechtsafweging*. In principe is deze bevoegdheid beperkt tot kwesties waarin *bijzondere belangen* botsen, hetzij met elkaar, hetzij met het door eerstgenoemde instanties geobjectiveerde algemeen belang.[102]

Niettemin brengt de onvolkomenheid der mensen met zich mee, dat de rechter – zeer incidenteel – ook kan worden geroepen tot een controle op de wetgever, zowel v.w.b. het formele aspect van dienst produkten (Van den Bergh-arrest[103]), als v.w.b. de materiële kant daarvan (Pocket-books II[104]). Rechterlijke controle op het bestuur is onvermijdelijk intensiever, wegens de noodzakelijke controle op het rechtsgehalte van de weging van bijzondere belangen tegen algemene, welke weging immers steeds in eerste instantie door het bestuur geschiedt. Ook hier dient door de rechter uiteraard slechts het rechtsgehalte der beslissing te worden gecontroleerd.

Er schuilt iets onbevredigends in ons systeem, waarin zowel volksvertegenwoordiging als rechter iets te zeggen hebben over het rechtsgehalte van het produkt wetgeving (ook al verbiedt art. 131 lid 2 Grw rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet). Hierdoor lijken competentiegeschillen mogelijk.

We lijken ons evenwel geen zorgen te hoeven maken over *impasses* als gevolg van een eventueel verschil van inzicht van wetgever enerzijds en rechter anderzijds over het rechtsgehalte van wetten. Daarvoor houdt de rechter zich te strikt aan het verbod van art. 11 Wet A.B. om 'de innerlijke waarde of billijkheid der wet te beoordelen' (al lijkt bepaalde jurisprudentie van de belastingrechter het wat minder nauw met dit verbod te nemen[105]). Veel meer dreigt echter een soort van *'negatief competentiegeschil':* Blijkens recente uitlatingen van de President van de Hoge Raad[106] laat de wetgever niet alleen teveel over aan bestuurlijke organen, doch zadelt hij zelfs de onafhankelijke rechter op met een deel van zijn taak. Dubbink vraagt zich af, hoe lang de rechter die taak nog voor zijn verantwoording zal kunnen nemen.

Ook Steenbeek wijst op de wrevel die zich schijnt te richten tegen de taakvervulling van de vertegenwoordigende colleges.[107]

Merkwaardig genoeg – of misschien is het ook wel voor de hand liggend – blijken die vertegenwoordigende lichamen het vooral af te laten weten bij die onderwerpen, waar juist het rechtsgehalte essentieel is. 'Juist dit element van rechtsverwerkelijking blijkt voor de formele wetgever in kwesties waar het spant ongehoorde moeilijkheden te kunnen opleveren', aldus Steenbeek. 'Men neme kwesties als het stakingsrecht; de abortus provocatus; de euthanasie. Welk recht moet daar worden geschapen? Welk recht is daar op zijn plaats en aanvaardbaar?'[108] In dezelfde zin luiden de klachten van Dubbink[109] en Tak[110] over het te-

kortschieten van de volksvertegenwoordiging. Het heeft er alle schijn van, dat wij in de huidige tijd de vrees van Struycken voor 'de rechter op de stoel van de administratie'[111] moeten gaan verleggen naar de constatering van 'de rechter op de stoel van de democratische volksvertegenwoordiging'.

b. Rechtspostulaat

Ook al accepteert men als democratisch postulaat, dat de volksvertegenwoordigingen behoren te beslissen over wat als belangen van het algemeen moet worden aangemerkt en over de afweging van deze belangen tegen elkaar, dan blijft nog de vraag te beantwoorden, wanneer zulke beslissingen *in wetsvorm* moeten worden genomen (waarbij onder 'wetsvorm' tevens begrepen dient te worden de voor de diverse verordeningen voorgeschreven vorm).

Als gezegd achten wij het rechtsgehalte der te nemen beslissingen voor deze vorm bepalend. Wanneer echter dient te worden geconcludeerd, dat de te nemen beslissing van een zodanig rechtsgehalte is, dat zij in wetsvorm dient te worden neergelegd?

Veelal[112] pleegt zulks bij inbreuken op de persoonlijke vrijheid en de eigendom het geval te worden geacht. Het rechtsgehalte wordt dan zelfs zo hoog aangeslagen, dat een wet in formele zin wordt geëist voor de normatieve begrenzing van die inbreuken.

Lang niet altijd wordt echter aan die eis voldaan. Het lijkt overigens ook de vraag of deze eis wel voor alle mogelijke inbreuken van deze aard mag worden gesteld. Tal van ordemaatregelen raken stellig de persoonlijke vrijheid en soms ook de eigendom, zonder dat deze maatregelen bij formele wet zijn geregeld (men denke in dit verband aan de gemeentelijke anti-kraakverordeningen, die veelal juist uit optiek van overheidsbemoeienis met eigendom tot stand zijn gebracht.[113] Als men al meent te mogen aannemen, dat niet voldaan hoeft te worden aan de eis van wetgeving *in formele zin* bij bepaalde bemoeienis met de persoonlijke vrijheid en/of eigendom, dan dient o.i. toch minstens te worden vastgehouden aan de eis van lagere *wetgevingsvorm*.

Maar ook buiten de inbreuken op de persoonlijke vrijheid en eigendom kunnen rechtsgoederen van hoge rechtswaarde op het spel staan. Wanneer zulks wel, en wanneer zulks niet het geval moet worden geacht, is in abstracto moeilijk aan te geven. Het wil ons voorkomen, dat deze vraag vooral van rechtsfilosofische aard is. In wezen is hier (weer) de oervraag van de rechtsgeleerdheid aan de orde: wat is de aard en de functie van het recht in de samenleving? Het antwoord daarop behoort als gezegd vanuit de rechtsfilosofie te worden gegeven.

Als algemene richtsnoeren voor het hier beoogde juridische gehalte kunnen naar ons oordeel dienen het rechtszekerheidsbeginsel en het rechtvaardigheidsbeginsel, het laatste mede te garanderen door het creëren van adekwate rechtsbeschermingswaarborgen.

Verder op deze kwestie in het kader van dit preadvies in te gaan, zou niet verantwoord zijn. Men kan verschillend over de vraag naar het rechtsgehalte oordelen. De vraag evenwel, wanneer het rechtsgehalte van een te regelen materie zodanig moet worden geacht, dat regeling bij wettelijk voorschrift noodzakelijk is, is overgelaten aan het oordeel van de respectieve volksvertegenwoordigingen. Zij zoeken hun steun bij de beantwoording van deze bepaald niet gemakkelijk te beantwoorden vraag echter beter in hun persoonlijke, c.q. partijpolitieke levens- en maatschappijbeschouwing, en dan bij voorkeur in de (rechts-)filosofie, dan in de (partij-)politieke wind van de dag.[114]

Terugkerend nu naar de vraag naar de toelaatbaarheid van buitenwettelijk bestuur, menen wij voorop te moeten stellen, dat de noodzaak van matigheid bij het creëren van wettelijke voorschriften met zich meebrengt dat, wanneer de te regelen materie niet intrinsiek vraagt om regeling bij wettelijk voorschrift, andere besluitvormen toelaatbaar zijn, ja, zelfs de voorkeur verdienen, mits aan bepaalde randvoorwaarden is voldaan.

Een materie vraagt intrinsiek om regeling bij wettelijk voorschrift, indien *zowel* het democratisch postulaat *als* het rechtspostulaat zulks vereisen.

Het democratisch postulaat alléén is daartoe ontoereikend te achten. Niet alles, wat van een zodanige orde is, dat een uitspraak van de volksvertegenwoordiging nodig is, is tevens rechtens genoegzaam relevant. Anderzijds hoeft niet iedere kwestie, waarbij het rechtsgehalte zeer hoog moet worden geacht, aan het oordeel van de volksvertegenwoordiging te worden onderworpen. De hierboven geschilderde taakverdeling tussen volksvertegenwoordiging en bestuur brengt immers met zich mee, dat de beslissing kan worden overgelaten aan het bestuur, indien de kwestie ligt op het niveau van vaststelling van de bijzondere belangen van individuele burgers. Voor de volksvertegenwoordiging is dan in principe alleen een functie voor de algemene kaderstelling en de algemene controle op het bestuur. De ultieme garantie voor de burger dient in dit soort gevallen te worden gezocht in een adekwate mogelijkheid van rechterlijke rechtsbescherming. Ook het rechtspostulaat alléén is derhalve ontoereikend te achten voor de eis van regeling in wettelijk voorschrift. Voor die gevallen, waarin bijzondere belangen van de burger op het spel staan, de kwestie van hoog juridisch gehalte moet worden geacht en toch algemene regeling van die kwestie bij wettelijk voorschrift wegens het incidentele karakter van het geval onjuist moet worden geacht, zal doorgaans de bekende 'hardheidsclausule' uitkomst kunnen bieden. Naast de algemene strekking van de betreffende wet bieden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hier een zekere leidraad voor de bestuurlijke en rechterlijke oordeelvorming.[115]

Evenmin is, als gezegd, de wetsvorm geëigend voor die gevallen, waarin het democratisch postulaat wél noopt tot een uitspraak van de volksvertegenwoordiging, doch het rechtspostulaat niet. In dergelijke gevallen behoren andere vormen dan wettelijke voorschriften te worden overwogen; ja, zelfs zullen zij de voorkeur verdienen.

Daarmee is niet gezegd, dat zo'n uitspraak van de volksvertegenwoordiging

minder belangrijk is. Vaak zal zij bovendien een zeker 'uitstralingseffect' hebben dat ook juridisch wel degelijk relevant is. Daarom zullen die andere vormen van besluitvorming dienen te voldoen aan bepaalde minimale eisen van:

a. verantwoorde besluitvorming, en
b. rechterlijke rechtsbeschermingsmogelijkheden waar zulks nodig mocht blijken.

De Haan c.s. komen met de concrete gedachte om voor het *plan* een ruimere plaats in te ruimen in ons staatsbestel. Zij zetten zich af tegen Kortmann, die in zijn preadvies over Planning en Staatsrecht[116] tot de conclusie komt, dat de planning op gespannen voet staat met het staatsrecht, en wel t.a.v.:

a. de verhouding tot het parlementaire stelsel;
b. de decentralisatie, en
c. de rechtsbescherming.

Het lijkt ons niet juist om hier de discussie weer te geven, die vele pagina's zou beslaan.[117] Belangrijker lijken de conclusies die de Haan c.s. trekken ten aanzien van de rol van de wetgever bij het planningsbestuur. Zij onderscheiden daarbij de volgende functies voor de wetgever:[118]

- het afdwingen van planmatig bestuur;
- verdeling en coördinatie van bevoegdheden;
- wettelijke regeling van plaats en invloed van parlement, provinciale staten en gemeenteraad;
- wettelijke regeling van invloed van belanghebbenden en deskundigen;
- wettelijke toekenning van uitvoeringsmiddelen;
- regeling van de rechtsbescherming in de vorm van een beroepsmogelijkheid of een schadevergoedingsregeling;
- regeling van de verslaglegging t.b.v. de evaluatie.

Reeds eerder werd geconstateerd, dat De Haan c.s. naar ons gevoelen te weinig oog hebben voor het rechtspostulaat. Het ontbreken van een criterium, dat de wetsvorm gereserveerd dient te blijven voor onderwerpen, waarvan het rechtsgehalte in combinatie met het democratisch postulaat regeling in wetsvorm vereist, wordt in de conclusies door ons dan ook als een wezenlijk gemis ervaren. De verwijzing naar een wettelijke regeling van plaats en invloed van parlement en andere vertegenwoordigende lichamen, achten wij te vrijblijvend, of, zo men wil, normatief te onbestemd. Meer inhoudelijk achten wij de – niet gestelde – eis, dat voor de 'regeling' van onderwerpen, waar niet het rechtspostulaat, doch wel het democratisch postulaat een expliciete uitspraak van de volksvertegenwoordiging vereist, waarborgen worden gecreëerd die dit democratisch postulaat volledig tot zijn recht doen komen.

Verdeling van bevoegdheden door 'de wetgever' achten ook wij op haar plaats, zij het, dat daarbij o.i. kan worden volstaan met de eis, dat iedere bevoegdheid steeds terug te voeren valt op een wettelijke grondslag (die overigens zeer ruim geformuleerd mag wezen).

Dat de wet daarnaast ook de 'uitvoeringsmiddelen' zou moeten toekennen, vermogen wij niet in te zien. Indien de figuur van het plan toelaatbaar kan worden geacht wegens het i.c. ontbreken van het rechtspostulaat, dan zien wij niet in dat de volksvertegenwoordiging toch *in wetsvorm* de uitvoeringsmiddelen van dat plan zou dienen toe te kennen. Waarom zulks dan ook niet bij het plan zelf mogen geschieden?

Een rechtsbeschermingsmogelijkheid achten ook wij als gezegd steeds noodzakelijk. Of die steeds *apart* geregeld dient te worden, mag worden betwijfeld. In vele gevallen zullen de algemene competentie van de civiele rechter en de ruime aanvullende competentie van de Afdeling rechtspraak toereikend kunnen worden geacht. Wanneer het oog vooral is gericht op de kwestie van de financiële compensatie terzake van rechtmatige bestuursdaden, valt o.i. eerder te denken aan algemene regeling van deze materie in een Wet algemene bepalingen van administratief recht.[119]

De coördinatie van de bevoegdheden (is niet bedoeld de coördinatie van de uitoefening daarvan?), de invloed van belanghebbenden en deskundigen en de verslaglegging (niet alleen overigens t.b.v. de evaluatie, doch ook uit oogpunt van openheid van bestuur), lijken alle verband te houden met de ruimere kwestie van een adekwate garanties biedend besluitvormingsproces. Daarvoor zijn in de literatuur[120] en in het Rapport van de Commissie-Van Maarseveen[121] reeds voorzetten te vinden, die stellig nadere uitwerking behoeven en toepassing verdienen.

Blijft tenslotte de vraag, of 'de wetgever' (in de zin dus van 'de in aanmerking komende volksvertegenwoordiging in samenwerking met het dagelijks bestuur') planmatig bestuur ook moet afdwingen. Deze vraag zouden wij in het midden willen laten, omdat de beantwoording ervan o.i. niet primair door juristen gegeven dient te worden. De *wetsvorm* achten wij hiertoe in ieder geval geen strikt vereiste.

Eén element nog wordt door ons in de opsomming van De Haan c.s. gemist: de bestuursbevoegdheden dienen in ieder plan door de in aanmerking komende volksvertegenwoordiging voldoende nauwkeurig en objectief te zijn afgebakend. Maar misschien moeten we deze eis bij de auteurs lezen uit de 'verdeling en coördinatie van bevoegdheden', evt. in combinatie met de 'wettelijke toekenning van uitvoeringsmiddelen'?

Meer principieel lijkt het ons, dat, wanneer aan de gestelde eisen wordt voldaan, de bestuurskundig geladen term 'plan' voor het beoogde algemene besluit te eng, te beperkt, moet worden geacht. Waar het om gaat is, dat buitenwettelijke bestuursvormen, die op de aangegeven wijze worden gecontroleerd, een reële uitweg bieden uit het gesignaleerde spanningsveld; het spanningsveld, waarbij enerzijds de eis wordt gesteld, dat regeerders en volksvertegenwoordigers tezamen de hoofdbeslissingen nemen over alles wat de burgers regardeert, en anderzijds een overvloed aan wettelijke voorschriften de leefbaarheid van de samenleving en de normatieve werking van deze produkten stellig niet ten goede komt. Op goede gronden kan de vraag worden gesteld, waarom wij vaak zo angstvallig vast willen houden aan de *wetsvorm*. De tijd lijkt aangebroken, om op zoek te gaan naar nieuwe vormen, waarin de hoofdbeslissingen genomen worden door regeerders en

volksvertegenwoordigers tezamen, doch waarbij in die gevallen, waarin het juridisch-normatieve aspect (het rechtspostulaat) zwakker is of zelfs geheel en al ontbreekt, andere vormen dan die van wettelijke voorschriften de voorkeur verdienen, mits daaraan materieel garanties worden gegeven die voldoen aan het democratisch postulaat (en aan de individuele rechtsbescherming, waar die nodig mocht blijken).[122] En wat is er dan op tegen om bestuurlijk handelen, dat op deze nieuwe vormen is gebaseerd, te accepteren, is het niet als 'wetmatig', dan toch ook niet als onrechtmatig, mits dat bestuur in een algeheel wettelijk bevoegdheidskader is gelegaliseerd en door genoemde waarborgen gelegitimeerd? In principe lijkt dan *elke vorm* van de nu bekende 'besluiten van algemene strekking' voor dit buitenwettelijk bestuur aanvaardbaar – dus niet alleen het plan.

Resumerend vatten wij nu samen aan welke eisen buitenwettelijk bestuur in de vorm van of op grond van besluiten van algemene strekking, die zelf geen wettelijk voorschrift zijn, zal moeten voldoen om voor ons toelaatbaar te zien:

1. De wetsvorm dient gereserveerd te blijven voor besluiten tot aanwijzing van enig belang als algemeen belang en tot het vaststellen van prioriteiten tussen algemene belangen, mits het rechtsgehalte van zodanige besluiten de wetsvorm vereist.
2. Voor besluiten van algemene strekking die geen wettelijk voorschrift hoeven te zijn diene het democratisch postulaat tot richtsnoer v.w.b. de wijze van vaststellen ervan en de daartoe bevoegd te verklaren instantie.
3. De bevoegdheid tot het vaststellen van dergelijke besluiten van algemene strekking dient steeds gebaseerd te zijn op een wettelijke grondslag (die evenwel ruim geformuleerd mag zijn).
4. Voor het totstandbrengen van dergelijke besluiten van algemene strekking dient een adekwate garanties biedend besluitvormingsproces te worden ontwikkeld en gesanctioneerd.
5. Bij ieder dergelijk besluit van algemene strekking dienen de daarin toegekende bestuursbevoegdheden voldoende nauwkeurig aangegeven en objectief begrensd te zijn.
6. De rechtsbescherming tegen zowel het totstandbrengen van zo'n besluit van algemene strekking als tegen de op zo'n besluit gebaseerde 'uitvoeringsmaatregelen' dient voorzoveel nodig gelijkwaardig verzekerd te worden als tegen beschikkingen, genomen op basis van een wettelijk voorschrift.

Is aan deze voorwaarden voldaan, dan bestaat o.i. geen bezwaar tegen dergelijk buitenwettelijk bestuur. Men bedenke daarbij overigens, dat in de praktijk thans op ruime schaal buitenwettelijk wordt bestuurd *zonder* soortgelijke garanties als bovengeformuleerd. Deze buitenwettelijke bestuurspraktijken worden veelal (impliciet) geaccepteerd in de jurisprudentie. Nóch het democratisch postulaat, nóch het rechtspostulaat, nóch de rechtsbescherming van de justitiabele kunnen bij de huidige bestuurspraktijk en jurisprudentie adekwaat gegarandeerd worden geacht.

III.4 De beschikking sine lege

Na de voorgaande beschouwingen, die het buitenwettelijk *bestuur* in het algemeen tot onderwerp hadden, zullen wij thans de *beschikking* sine lege nader onder de loep nemen.

Als definiëring van het begrip 'beschikking sine lege' gaven wij onder I.2: 'een beschikking die niet zijn grond vindt in een wettelijk voorschrift'.

Wij rekenen onder deze omschrijving ook te vallen de beschikkingen, genomen in het kader van wat wij (onder III.1.a) als 'oneigenlijk wetmatig bestuur' aanduidden.

De beschikkingen sine lege in deze ruime betekenis kunnen derhalve worden onderverdeeld in:

a. beschikkingen, voor het nemen waarvan een meer bijzonder inhoudelijk wettelijk voorschrift is vereist dan op grond waarvan werd gehandeld (oneigenlijk wetmatige beschikkingen);

b. beschikkingen op grond van een bepaald wettelijk voorschrift genomen, voor het nemen waarvan een ander bestaand wettelijk voorschrift gekozen had behoren te worden (eveneens oneigenlijk wetmatige beschikkingen);

c. beschikkingen genomen op grond van een besluit van algemene strekking dat zelf geen wettelijk voorschrift is, noch daarop gebaseerd is (beschikkingen sine lege in engere zin), en

d. beschikkingen genomen zonder zelfs enige basis in zodanig besluit van algemene strekking (eveneens beschikkingen sine lege in engere zin).

III.4.a Beschikkingen voor het nemen waarvan een meer bijzonder inhoudelijk wettelijk voorschrift is vereist dan op grond waarvan werd gehandeld

Deze categorie beschikkingen sine lege kan zich, zoals onder III.1.a bleek, in de volgende gevallen voordoen:

1. Als ten onrechte een privaatrechtelijke weg wordt gevolgd bij ontbreken van een publiekrechtelijke.
2. Als beschikt wordt op grond van een algemene bestuursbevoegdheid, terwijl voor het beschikken een specifiek publiekrechtelijk wettelijk voorschrift vereist moet worden geacht.

Ad 1 (ten onrechte privaatrechtelijke weg bij ontbreken van publiekrechtelijke)

De twistvraag, of in deze gevallen eigenlijk wel van 'beschikken' kan worden gesproken 'omdat toch privaatrechtelijk wordt gehandeld', kan in feite, als gevolg van de onvolkomenheid der juridische begripsvorming, alleen worden beantwoord vanuit het resultaat.

Wordt het handelen als privaatrechtelijk aangemerkt, dan is er geen sprake van een beschikking volgens de door ons (in I.2) gegeven afbakening van dat be-

grip, met name door de (uit de Wet AROB overgenomen) uitzondering voor rechtshandelingen naar burgerlijk recht.

Wordt daarentegen het beweerd privaatrechtelijk handelen als 'naar zijn aard publiekrechtelijk' aangemerkt, dan zal licht sprake zijn van een beschikking sine lege in de hier bedoelde vorm.

De civiele rechter pleegt, tenzij de wet zulks expliciet verbiedt, zonder bijzondere restrictie de overheid bevoegd te achten tot het stellen van privaatrechtelijke handelingen.

Wel zal volgens de gangbare leer het handelen, om privaatrechtelijk te kunnen worden genoemd, tenminste moeten vallen onder de omschrijving van artikel 2 Wet RO. Als derhalve beweerd privaatrechtelijk wordt gehandeld anders dan 'over eigendom of daaruit voortspruitende rechten etc.', dan zal de civiele rechter dit handelen niet als privaatrechtelijk erkennen en (dus[123]) zichzelf onbevoegd verklaren om van de zaak kennis te nemen.

Onbevoegdverklaring bij beweerd privaatrechtelijk handelen zal zich overigens hoogst zelden voordoen[124], met name door de ruime leer van het 'objectum litis', die de Hoge Raad sedert het arrest Noordwijkerhout/Guldemond van 31 dec. 1915 onverkort huldigt.[125] Wel komt tamelijk vaak voor, dat de eiser niet-ontvankelijk wordt verklaard in zijn vordering wegens het bestaan van een andere, door de wet met voldoende rechtswaarborgen omklede, rechtsgang. De niet-ontvankelijkheid spruit dan echter niet voort uit een niet als privaatrechtelijk erkennen van de eis, doch uit het enkele feit, dat de wet een andere rechtsgang voorschrijft.

De leer van het 'objectum litis' brengt met zich mee, dat de civiele rechter zich steeds *competent* acht als privaatrechtelijk wordt gehandeld bij ontbreken van een publiekrechtelijke weg. Ons is ook geen voorbeeld bekend, waarbij dit privaatrechtelijk handelen door de civiele rechter geacht werd *ten onrechte* geschied te zijn. Integendeel werd het privaatrechtelijk bedingen van een contra-prestatie voor het bouwrijp maken van gronden – waarbij een publiekrechtelijke regeling ontbrak, al was die zeer wel denkbaar geweest – door de Hoge Raad (Onteigeningskamer) geaccepteerd en nóch in strijd geacht met art. 14 Wegenwet, nóch met art. 48 Woningwet, nóch met art. 277 gemeentewet (Hoogeloon).[126]

De Hoge Raad lijkt in dit opzicht veel soepeler dan de Kroon. Deze achtte, zowel spontaan vernietigend[127] als in administratief beroep,[128] dit z.g. 'uitwegvergunningenstelsel' in strijd met (in ieder geval) artikel 48 Woningwet.

De Afdeling rechtspraak oordeelde op haar beurt soortgelijke 'bijdrageregelingen' in strijd met (in ieder geval) artikel 14 Wegenwet.[129] Uit de uitspraken van de Afdeling op dit punt blijkt een duidelijk van die van de civiele rechter afwijkende benaderingswijze, wanneer de overheid beweerdelijk privaatrechtelijk handelt, of dit nu geschiedt bij gebreke van een specifieke 'publiekrechtelijke' regeling of niet. Het heeft er alle schijn van, dat de Afdeling niet zozeer het privaatrechtelijk handelen ongeoorloofd acht bij het ontbreken van een publiekrechtelijke regeling, dan

wel dat zij minder snel een bepaald handelen ook daadwerkelijk als privaatrechtelijk wenst aan te merken. Zij gaat m.a.w. minder af op de *vorm* dan op de *aard*.

De betalingsverplichting is, ondanks de aanduiding 'privaatrechtelijk', niet te beschouwen als een rechtshandeling naar burgerlijk recht, zo werd in het Maastrichtse geval overwogen, omdat zij niet is geschied op grond van een gesloten overeenkomst, doch op grond van een eenzijdige oplegging krachtens de bijdrageregeling, welke in haar aanhef een verwijzing bevat naar artikel 168 gemeentewet en welke strekt tot verhaal van kosten, die de gemeente niet als eigenaresse, doch als onderhoudsplichtige heeft gemaakt. De bijdrageregeling werd wegens strijd met art. 14 Wegenwet *onverbindend* verklaard. Van een dan wél bestaand specifiek publiekrechtelijk voorschrift voor het nemen van de bestreden beschikking blijkt nergens. Het besluit, waarbij het beroep tegen de heffing ongegrond was verklaard, werd vernietigd op grond van art. 8, lid 1, onder a, Wet AROB.

Was het resultaat in de Biltse kwestie hetzelfde, de overwegingen luiden iets anders. Een verwijzing naar art. 168 gemeentewet ontbreekt (kennelijk verwees de bijdrageregeling daar niet naar). Vrijwel identiek echter is de overweging, dat de vordering van de litigieuze bijdrage niet is geschied op grond van een gesloten overeenkomst, doch op grond van een éénzijdige oplegging krachtens de bijdrageregeling. Waar het betreft openbare wegen, nemen in het totale beeld van rechten en verplichtingen, welke bestaan met betrekking tot die wegen, de rechten die de eigenaar van een weg heeft in zijn hoedanigheid van eigenaar slechts een ondergeschikte plaats in. Indien een gemeente eigenares is van een openbare weg staat naast dat feit de omstandigheid, dat het gemeentebestuur *krachtens zijn algemene publieke bestuurstaak* is belast met de zorg deze weg zo goed mogelijk aan haar openbare bestemming te doen beantwoorden. Tegen de achtergrond van deze plicht tot zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid der publieke wegen kan de toepassing van een bijdrageregeling niet worden beschouwd als een zaak die kan worden aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht, aldus de Afdeling.

Een soortgelijke benadering vinden we in de Afdelingsuitspraak inzake de Groninger waterleidingen.[130] De weigeringen van de gemeente aan een concessionaris voor het aanleggen van enige nieuwe leidingen werd door de gemeente gebaseerd op haar bevoegdheden als grondeigenares. De Afdeling overwoog eerst, dat deze weigeringen zich oplosten in de uitoefening van een aan de gemeente toekomend burgerlijk recht. Niet was gesteld, noch gebleken, dat appellante daardoor in een nadeliger positie was gebracht dan wanneer een publiekrechtelijke weg zou zijn gevolgd, *waarvan overigens de mogelijkheid aan de Afdeling niet was gebleken,* aldus wordt uitdrukkelijk ambtshalve overwogen.

Toch werd appellante ontvankelijk geacht. De aan te leggen leidingen zouden n.l. ten dele lopen in of dwars door openbare wegen, wateren en andere plaatsen die tot de gemene dienst van allen bestemd waren. Die wegen zijn, aldus de Afdeling, niet alleen *eigendom* van de gemeente, doch het bestuur van de gemeente is *krachtens zijn algemene publieke bestuurstaak* belast met de zorg om ze zo goed mogelijk aan hun openbare bestemming te doen beantwoorden.

Een *algemene publieke bestuurstaak*. De Afdeling overweegt uitdrukkelijk,

dat blijkens de wetsgeschiedenis van de Wet AROB voor het nemen van appellabele beschikkingen niet meer, zoals onder de Wet BAB, vereist is, dat een *bijzonder* staats- of administratiefrechtelijk voorschrift kan worden aangewezen, op grond waarvan de aangevochten beschikking genomen kan worden. Wel wordt er door de Afdeling op gewezen, dat art. 209, aanhef en onder h, gemeentewet de zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van o.m. de publieke wegen, wateren en andere plaatsen, tot gemene dienst van allen bestemd, opdraagt aan B en W, die *derhalve* het terzake bevoegde gemeentelijke bestuursorgaan zijn.

Vervolgens wordt overwogen, dat de aangevochten besluiten in overwegende mate deel uit maken van het door verweerders gevoerde beleid in het kader van de op hen als overheidsorgaan rustende taak en dat daaruit volgt, dat de bestreden besluiten mede inhouden rechtshandelingen gericht op andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen.

Eén der besluiten werd vervolgens wegens willekeur vernietigd.

Soortgelijk werd beslist t.a.v. een aanschrijving tot het verwijderen van een afrastering uit hoofde van de eigendomspositie van de gemeente van de grond, waarop de afrastering stond.[131]

Volgens deze jurisprudentie lijkt in deze soort van gevallen eerder sprake van de onder III.4.b te behandelen categorie van beschikkingen sine lege (in plaats van de wettelijke grondslag uit het privaatrecht had een *bestaande* wettelijke grondslag uit het publiekrecht gekozen moeten worden). Aangezien echter algemene publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslagen op zichzelf (d.w.z. indien geen sprake is van een naar buiten werkende regeling van die materie) door ons niet worden aangemerkt als wettelijke voorschriften, menen wij, dat hier sprake is van beweerdprivaatrechtelijk handelen *bij gebreke van* een publiekrechtelijk wettelijk voorschrift, zodat bespreking op deze plaats geboden lijkt.

Echter, die algemene publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslagen blijken ook volgens de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak zelf niet zó ver te strekken, dat voor *alle* in de sfeer van het publiekrecht genomen besluiten *steeds* een publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag zou mogen worden vóórondersteld. In een uitspraak van 1978[132] werd n.l. overwogen, dat noch in de Wet AROB, noch in de geschiedenis van haar totstandkoming, steun is te vinden voor de opvatting dat, wanneer een bestuursorgaan in het kader van een stelsel, dat door de daartoe bevoegde organen is vastgesteld om bepaalde beleidsdoeleinden te bereiken, zijn bestuurlijke taak *slechts kan uitoefenen door middel van het verrichten van rechtshandelingen naar burgerlijk recht en daartoe binnen dat stelsel geen publiekrechtelijke weg openstaat,* een voorziening op grond van deze wet mogelijk is tegen voornoemde rechtshandelingen of beslissingen tot het al dan niet verrichten daarvan.

Bepaald een buitenbeentje lijkt de uitspraak van 17 okt. 1978,[133] waarbij werd overwogen, dat levering van en betaling voor meel van zachte tarwe als voedselhulp aan de Democratische Republiek Somalië strekten 'tot uitvoering van een

met appellante gesloten koopovereenkomst, zodat het bestreden besluit moet worden aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Daaraan doet niet af dat het onderwerp van de overeenkomst, de koopsom, de wijze waarop de overeenkomst tot stand kwam, de plaats van levering en de betaling van het geleverde tevens zijn aangegeven in de EEG-Verordening nr. 1244/77 van 10 juni 1977 (Pb. E.G. 1977 L144), betreffende de openstelling van een inschrijving voor het beschikbaar stellen van meel van zachte tarwe als voedselhulp aan de Democratische Republiek Somalië'.

Mag de uitspraak, gezien de jurisprudentie van de Afdeling, zo worden verstaan, dat de Afdeling de betreffende EEG-Verordening zelf privaatrechtelijk van aard achtte?

Uit de geciteerde jurisprudentie springt vooral in het oog, dat, waar de civiele rechter in het algemeen beweerdelijk privaatrechtelijk handelen op grond van de door hem aangehangen leer van het objectum litis als een gegeven aanvaardt, zichzelf competent acht, en de privaatrechtelijke weg bij het ontbreken van een publiekrechtelijke steeds geoorloofd acht, de Afdeling rechtspraak op grond van de door haar kennelijk aangehangen leer van het fundamentum petendi het beweerdprivaatrechtelijke karakter niet zonder meer accepteert, doch de aard van de handeling of het besluit tracht vast te stellen (en daarmee ook haar eigen compententie). Daarbij neemt zij een ruim omschreven publiekrechtelijke bestuurstaak kennelijk aan als basis voor beschikkingsbevoegdheid. Echter geen *ongeschreven* algemene publiekrechtelijke bestuursbevoegdheid.[134]

Ad 2 (ontoereikend te achten wettelijk voorschrift)

Hoe stellen de rechtsprekende instanties zich op ten aanzien van beschikkingen, die genomen zijn op grond van een daartoe niet gegeven te achten publiekrechtelijk voorschrift, terwijl voor het beschikken geen publiekrechtelijk voorschrift bestaat, dat wél toereikend kan worden geacht?

De hier aan de orde gestelde vraag blijkt zich in de praktijk vooral toe te spitsen op het al dan niet geoorloofd zijn van handelen op basis van een z.g. algemene bestuursbevoegdheid.

Zoals reeds hiervóór bleek (aan het slot van 'Ad 1' en onder III.1.a ad (4)), komt het zelden voor, dat een rechter uitspreekt, dat voor een bepaald beschikken een specifiekere (niet-bestaande) wettelijke regeling vereist zou zijn dan de algemene grondslag, op basis waarvan werd gehandeld.

Ongetwijfeld is in die soort gevallen sprake van beschikken sine lege, gezien de eis van een inhoudelijke regeling, die wij aan wettelijke voorschriften menen te moeten stellen. Van *onrechtmatigheid* op deze grond kan bij zodanig handelen evenwel slechts dán worden gesproken, als de rechter het beschikken niet accepteert zonder een meer specifieke wettelijke regeling, en zulks geschiedt als gezegd zelden.

In welke gevallen pleegt nu toch die eis van een meer inhoudelijke (bijzondere) wettelijke regeling te worden gesteld? Zulks lijkt met name het geval te zijn, indien:

- de wetmatigheidseis ontoelaatbaar in het gedrang dreigt te komen (die uit oogpunt van de grote belangen die in casu op het spel staan een meer inhoudelijke regeling bij wet in formele zin vereist dan een blanco-bevoegdheidstoekenning), óf
- als ernstige twijfel rijst, of die algemene bestuursbevoegdheid wel mede met het oog op gevallen als het voorliggende werd verleend (dus: of de bevoegdheid in casu niet wordt aangewend voor een ander doel, dan waarvoor zij is gegeven: détournement de pouvoir).

Of in een concreet geval sprake is van strijd met de wetmatigheidseis, dan wel van détournement de pouvoir, is niet altijd gemakkelijk te zeggen.

Détournement de pouvoir werd aanwezig geacht bij het bekende arrest inzake de Zandvoortse woonruimtevordering.[135] De burgemeester van Zandvoort vorderde een woonhuis en daarbij behorend zomerverblijf, omdat de eigenaar-verhuurder woeker-huurprijzen vroeg. De Hoge Raad toetste deze vordering aan het doel van het ten tijde van de vordering nog vigerende Vorderingsbesluit Woonruimte. Dat doel was het bevorderen van een doelmatige verdeling van de woongelegenheid. Het doel van de aangevallen beschikking was echter, zoals feitelijk vaststond, huuropdrijving tegen te gaan. De beschikking leverde derhalve een onrechtmatige daad op, omdat de burgemeester zich schuldig had gemaakt aan détournement de pouvoir.

Recentelijk achtte de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak détournement de pouvoir aanwezig, toen de burgemeester van Heemskerk een bevel afgaf tot het ontruimen van een zonder vergunning ex art. 1 Woonruimtewet 1947 als woongelegenheid in gebruik genomen pand, onder waarschuwing, dat bij gebreke van vrijwillige ontruiming zou worden overgegaan tot ontruiming met toepassing van art. 23 Woonruimtewet 1947. De Voorzitter schorste het besluit van de burgemeester, omdat deze beoogde te bevorderen, dat het in eigendom aan de gemeente toebehorende pand op korte termijn kon worden gesloopt ten behoeve van de aanleg van openbaar groen. Het bestreden besluit werd geacht niet ter bescherming te strekken van het belang dat de Woonruimtewet 1947 beoogt te dienen, n.l. een doelmatige verdeling van de woongelegenheid.[136]

In dezelfde sfeer liggen maatregelen als het niet-aansluiten op of afsnijden van het gas-, elektriciteits- en/of waterleidingnet van panden als pressiemiddel ter bereiking van andere doeleinden dan verband houdende met de eigenlijke levering en betaling (bijvoorbeeld om krakers te weren).[137]

In een ander geval achtte de Afdeling rechtspraak nog vrij recent[138] ook détournement de pouvoir aanwezig. Het betrof de weigering van een vergunning voor de

afbraak van de schoorsteenpijp van een watergemaal te Brederwiede, omdat het gemaal na realisering van die afbraak in strijd zou zijn met artikel 34, lid 1, van de bouwverordening. In dit artikellid was bepaald, dat het uiterlijk en de plaatsing van een bouwwerk zodanig moesten zijn, dat het bouwwerk, zowel op zichzelf als in verband met de bestaande omgeving of de te verwachten ontwikkeling daarvan, voldeed aan redelijke eisen van welstand. De Afdeling stelde echter feitelijk vast, dat cultuurhistorische beweegredenen hadden voorgezeten bij de weigering. Artikel 34 strekt echter niet tot het behouden van bouwwerken in hun oorspronkelijke staat om cultuurhistorische redenen, doch is erop gericht om te voorkomen, dat bouwwerken ontstaan, die wegens hun ontsierend karakter niet acceptabel zijn, aldus de Afdeling. Het bestreden besluit (i.c. uiteraard het beroepsbesluit van de raad, waarbij het verzoek om voorziening o.g.v. art. 51 Woningwet ongegrond was verklaard) werd vernietigd op grond, genoemd in art. 8, lid 1, onder *b*, Wet AROB.

Als bekend komen rechterlijke uitspraken, waarbij wegens détournement de pouvoir een bepaald handelen of beschikken onrechtmatig wordt verklaard of vernietigd zeer weinig voor. De reden hiervan moet wellicht worden gezocht in de praktische moeilijkheden bij de bewijslast.

De stelling wordt ook verdedigd, dat détournement de pouvoir in feite strijd met de wet oplevert. Vaak zal zulks zonder meer aangenomen kunnen worden, *met name wanneer* een bevoegdheid voor een ander doel wordt aangewend dan waarvoor zij is gegeven, terwijl *voor het bereiken van dat doel een ander wettelijk voorschrift geschreven moet worden geacht*. In de hier aan de orde gestelde soort van beschikkingen sine lege is dit laatste nu juist niet het geval. Als men ook deze soort van détournement de pouvoir in strijd met de wet wil achten, dan zal dat slechts kunnen als men vindt, dat het beschikken strijdt met de wet op grond waarvan werd gehandeld. Men neemt dan dus aan, dat die wet impliciet verbiedt, dat zij voor andere doeleinden dan de eigenlijke wordt gebruikt. Van strijd met een wettelijk voorschrift in de door ons gebezigde zin zal dan evenwel niet kunnen worden besproken. Derhalve is zodanig beschikken aan te merken als beschikken sine lege.

De algemene veroordeling, die détournement de pouvoir in de jurisprudentie ontmoet, doet in deze gevallen uiteraard tevens besluiten tot *onrechtmatigheid* van dit buitenwettelijk bestuur.

In strijd met de wetmatigheidsleer werd gehandeld in de reeds genoemde fluorideringskwesties.[139] Het fluorideren van drinkwater kan worden beschouwd als een 'essential decision', waarvoor de 'reservation of the law' geacht moet worden te gelden.

Eigenlijk was van een beschikking – en dan nog in de zin van de Wet BAB – alleen sprake bij het (BAB-)KB van 14 aug. 1970. Ter discussie stond een toestemming van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Volksgezondheid aan het Waterleidingbedrijf Midden-Nederland te Utrecht op grond van het derde lid van art. 4 Waterleidingsbesluit, om fluoride toe te voegen aan het door dat bedrijf te leve-

ren drinkwater. De Kroon vernietigde deze beschikking wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit beginsel brengt mee, aldus de Kroon, dat, zolang *de wetgever* terzake van het fluorideren van drinkwater geen andere *speciale* regels heeft gesteld, de toestemming tot het toevoegen van fluoride slechts mag worden verleend, indien tenminste voor de aangeslotenen op het waterleidingbedrijf, die blijk hebben gegeven overwegende bezwaren tegen fluoridering te hebben, een voorziening is getroffen, zó, dat zij de praktische mogelijkheid hebben om over ongefluorideerd drinkwater te beschikken.

De Staatssecretaris gaf na dit KB nog slechts toestemmingen 'onder voorwaarde' af: Ten behoeve van de gebruikers in het distributiegebied die blijk gaven van overwegende bezwaren moest een voorziening worden getroffen die het hun mogelijk maakte over ongefluorideerd drinkwater te beschikken.

Toen echter een aantal inwoners van Amsterdam zich in kort geding verzette tegen het – door de Staatssecretaris op de aangegeven wijze gefiatteerde – voornemen van het gemeentelijke waterleidingbedrijf tot fluoridering van het hoofdstedelijke drinkwater (met een aantal tappunten binnen de gemeente voor ongefluorideerd drinkwater), bleek de civiele rechter nog kritischer dan de Kroon. Men bespeurt in het arrest van de Hoge Raad de leer van de wetmatigheid, in 1972 door Leenen[140] in dit verband nog tot uitdrukking gebracht in de stelling, dat het bepaaldelijk de voorkeur verdiende om een zo belangrijke en omstreden aangelegenheid als de fluoridering van drinkwater *bij formele wet* te regelen. De Hoge Raad nam geen genoegen met een discretionaire beslissingsbevoegdheid van een staatssecretaris, berustend op een algemene maatregel van bestuur. Het cassatiemiddel, dat aan artikel 4, lid 3, van het Waterleidingsbesluit niet de bevoegdheid kon worden ontleend tot fluoridering van het drinkwater, werd terecht voorgesteld geacht. Het uitgangspunt van dit artikel, dat de Waterleidingwet (in art. 4, lid 1) zich er niet tegen verzette, dat de eigenaar van een waterleidingbedrijf bij de uitvoering van de hem in dat laatstgenoemde artikel opgelegde taak stoffen als bedoeld in art. 4, lid 3, van het Besluit aan het water toevoegde, werd onjuist genoemd. Noch in de tekst van de Wet, noch in de wetsgeschiedenis is enige aanwijzing te vinden voor de stelling, dat de wetgever de waterleidingbedrijven de vrijheid heeft willen geven om stoffen aan het drinkwater toe te voegen teneinde een daarmee geheel buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel te dienen, aldus de Hoge Raad.

Lijkt het, alsof de Hoge Raad hier het handelen veroordeelt op grond van détournement de pouvoir, de wetmatigheidsleer klinkt door in de overweging, dat de bewuste toevoeging *'een maatregel is van zó ingrijpende aard dat, zonder wettelijke grondslag, niet kan worden aangenomen dat een waterleidingbedrijf daartoe bij de vervulling van de hem in art. 4, lid 1, van de Wet opgedragen taak de vrijheid heeft'.*

III.4.b Beschikkingen op grond van een bepaald wettelijk voorschrift genomen, voor het nemen waarvan een ander bestaand wettelijk voorschrift gekozen had behoren te worden

Nog een tweede prealabele opmerking dient te worden gemaakt. Aangezien volgens de heersende opvatting – en ook volgens de door ons gegeven omschrijving van het begrip beschikking – uitspraken die in administratief beroep zijn gegeven, moeten worden geacht beschikkingen te zijn, moeten ook alle beroepsuitspraken, die steunen op een verkeerd wettelijk voorschrift, geacht worden onder deze categorie te vallen. Dit levert nogal problemen op bij met name het analyseren van de AROB-jurisprudentie, omdat de Afdeling rechtspraak zich over de basisbeschikking dus niet (meer) uitspreekt, doch uitsluitend over de beschikking op het bezwaarschrift of de beroepsbeschikking. Deze beschikkingen nu kennen hun eigen specifieke wettelijke voorschriften, al verdient de aandacht het standpunt van de Afdeling,[147] dat het beroepsorgaan geen beslissing mag nemen tot het geven waarvan het orgaan welks beschikking is aangevochten niet bevoegd zou zijn geweest. Met andere woorden: Het beroepsorgaan als zodanig heeft dus niet de bestuurlijke beschikkingsbevoegdheden die het zelf als *bestuurs*orgaan heeft, doch die van de organen tegen de beslissingen waarvan men in beroep kan komen.

Het toepassen van een verkeerd wettelijk voorschrift kan bewust en onbewust geschieden. In het laatste geval is sprake van een administratieve fout; in het eerste geval zou men kunnen denken aan onzuiver oogmerk, détournement de pouvoir of 'unfair play'.[148] Het mag echter geen verbazing wekken, dat in de rechtspraak deze toetsingsgronden nauwelijks uit de verf zijn gekomen. Zij vereisen een moeizame bewijslast, en een correctie op één van deze gronden kan bovendien het bestuur licht onrecht aandoen.[149] Vernietigingsbesluiten terzake van beschikkingen, genomen op basis van een verkeerd wettelijk voorschrift plegen dan ook veelal op andere gronden te worden gebaseerd, met name op strijd met het motiveringsbeginsel of het zorgvuldigheidsbeginsel, zoals nog zal blijken.

Niettemin is een voorbeeld van vernietiging wegens détournement de pouvoir van een besluit genomen op grond van een verkeerd wettelijk voorschrift nog te vinden in een recente uitspraak van de Centrale Raad van Beroep.[150] B en W hadden het wekelijks aantal lesuren van een m.o.-leraar teruggebracht van 8 tot 4 door het lesrooster in die zin op te stellen. Het ambtenarengerecht te Utrecht overwoog, dat, gezien o.a. art. 24 WVO, de bevoegdheid tot het vaststellen van lesroosters voornamelijk voor doeleinden van onderwijsorganisatorische aard was gegeven aan het bevoegd gezag. Met name valt daarbij te denken aan aanpassing van de lesrooster aan het leerplan en aan het aantal onderwijsvragenden, aldus de ambtenarenrechter. De Centrale Raad voegde daar aan toe zich te kunnen voorstellen, dat hieronder ook het geval te brengen viel van een op zich als geschikt en bekwaam aangemerkte leraar, die evenwel bijv. minder affiniteit bleek te hebben tot het lesgeven aan bepaalde klassen of een bepaalde vorm van voortgezet onderwijs, welk geval zich in casu evenwel niet voordeed. Het ambtenarengerecht wees er voorts op, dat het Rechtspositiebesluit WVO voorzag in de mogelijkheid van ontslag wegens onbekwaamheid of ongeschiktheid voor de bekleding betrekking, anders dan tengevolge van lichamelijke of psychische toestand. Temeer waar dit besluit bedoeld ontslag afhankelijk stelde van het horen van de inspectie en voorts met uitgebreide

rechtswaarborgen omkleedde, kon het naar het oordeel van het ambtenarengerecht niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat een met (gedeeltelijk) ontslag gelijk te stellen situatie feitelijk zou kunnen en mogen worden bewerkstelligd door aanwending van de bevoegdheid tot het vaststellen van de lesrooster. Zulks klemt temeer, aldus het ambtenarengerecht, waar tegen de uitoefening van deze bevoegdheid de leraar geen rechtswaarborgen zijn geboden die zich laten vergelijken met die bij ontslag. Immers, in de opvatting van verweerder zou ook een vermindering van het aantal lesuren tot nihil niet uitgesloten mogen worden geacht, welke opvatting onaanvaardbaar werd genoemd op grond van het vorenoverwogene. Het ambtenarengerecht vernietigde het besluit tot vermindering van het aantal lesuren, omdat verweerder bij het nemen van zijn besluit geacht moest worden van zijn bevoegdheid tot wijziging van de lesrooster een ander gebruik te hebben gemaakt dan waartoe die bevoegdheid was verleend. De Centrale Raad sprak zich nog harder uit: vast was volgens hem komen te staan, dat gedaagde door de schoolleiding en eiser in wezen als ongeschikt of onbekwaam voor het doceren aan de school werd aangemerkt en dat de vermindering van het aantal lesuren uitsluitend hierop werd gebaseerd. Aldus maakte eiser ook volgens de Centrale Raad van de bevoegdheid tot het vaststellen van het aantal door een leraar te geven lessen (in het kader van de vaststelling van lesroosters) gebruik voor een ander dan een onderwijsorganisatorisch doel, namelijk voor het verkrijgen van een door eiser ten aanzien van gedaagde wenselijk geachte maatregel op rechtspositioneel gebied, te weten een (gedeeltelijk) ontslag op eerdergenoemde grond. De eerste rechter had daarom volgens de Centrale Raad het bestreden besluit op de daartoe gebezigde grond terecht nietig verklaard.

De Afdeling rechtspraak vernietigde wegens *strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel* een weigering van B en W van Groningen om een woonpand voor bedrijfsdoeleinden in gebruik te mogen nemen, waarbij de wettelijke mogelijkheden om ontheffing te krijgen niet waren benut door het College.[151]

Eveneens wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel vernietigde de Afdeling een beroepsbeschikking van de gemeenteraad van Amsterdam, omdat geen gebruik was gemaakt van de wettelijke mogelijkheid om tot plaatsopneming over te gaan alvorens appellant te verplichten een aantal voorzieningen aan te brengen aan zijn percelen.[152]

Het zal duidelijk zijn, dat in dit soort kwesties, waar volgens andere wettelijke voorschriften ook anders kán worden beschikt, vaak twijfel bestaat, of de aangevochten beschikking gezien moet worden als genomen op grond van een *verkeerd* wettelijk voorschrift. De beschikking wordt in dit soort gevallen dan ook minder vaak vernietigd wegens strijd met de wet, dan wegens strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, vooral het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Het niet-toepassen van een hardheidsclausule bijvoorbeeld pleegt vooral door het College van Beroep voor het bedrijfsleven streng te worden onderzocht aan de hand van het zorgvuldigheidsbeginsel.[153]

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven pleegt zelfs in het algemeen het *zorgvuldigheidsbeginsel* geschonden te achten, als het bestuur bij zijn beslissing een bepaling buiten beschouwing heeft gelaten, die een voor de betrokkene gunstigere beschikking mogelijk maakte.[154]

Wegens strijd met het *motiveringsbeginsel* vernietigde het College de weigering van een kappersvergunning, welke weigering was gebaseerd op het niet voldaan zijn aan de wettelijke eisen inzake handelskennis. De aanvrager voldeed echter wél aan die eisen volgens het College. Wellicht heeft de Kamer van Koophandel de vergunning willen weigeren op een andere weigeringsgrond, *die wettelijk inderdaad mogelijk is,* aldus het CvBB, namelijk dat redelijkerwijze moet worden aangenomen dat de feitelijke toestand niet met het in de aanvrage vermelde in overeenstemming zal zijn. Deze grond was echter niet genoemd in de afwijzende beschikking. De nu gegeven motivering vermocht de bestreden beschikking niet te dragen en die beschikking werd derhalve wegens strijd met het motiveringsbeginsel vernietigd.[155]

Ook de Centrale Raad van Beroep vernietigt wel wegens strijd met het *motiveringsbeginsel,* wanneer sprake is van keuze van een verkeerd wettelijk voorschrift.

Zo werd een ten onrechte toepassen van artikel 28 Pensioenwet voor de landmacht als berustend op een onjuiste motivering vernietigd.[156]

Toen een bedrijfsvereniging aan een gehandicapte vergoeding weigerde van de kosten voor huishoudelijke hulp, omdat volgens haar aan art. 60, lid 2, Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering geen toepassing kon worden gegeven voor vergoedingen van huishoudelijke hulp in andere gevallen dan die, bedoeld in art. 22 van die wet, vernietigde de Centrale Raad deze beschikking eveneens omdat de gronden de afwijzing van het verzoek niet konden dragen.[157]

Ook de Kroon onder de Wet BAB vernietigde wegens strijd met het *motiveringsbeginsel* in een geval, waar een verkeerd wettelijk voorschrift aan de beschikking ten grondslag was gelegd.[158]

Wegens *strijd met de wet* werd door de Afdeling rechtspraak vernietigd een vrijstelling op basis van artikel 352 lid 4 (Model)bouwverordening, omdat de vrijstellingsbevoegdheid in wezen werd gebezigd om de aan de grond gegeven bestemming definitief te veranderen. Indien een bestemmingsplan zelf geen vrijstellingsbepaling kent, staat te dezen alleen open de weg van artikel 19 WRO, aldus de Afdeling.[159]

Iets genuanceerder oordeelde in een soortgelijke kwestie de Hoge Raad.[160] Aan B en W is in artikel 352 lid 4 de vrijheid gegeven om binnen het kader van een bestemmingsplan op ondergeschikte punten van het plan af te wijken. Het is echter onaannemelijk, dat de gemeentelijke wetgever deze bevoegdheid heeft willen toekennen teneinde B en W in staat te stellen de bestemming van een omvangrijk gebied in feite onherroepelijk te wijzigen, d.w.z. aan de mogelijkheid van gebruik van dat gebied overeenkomstig de bestemming voorgoed een eind te maken en al-

dus t.a.v. dat gebied vooruit te lopen op een bestemmingswijziging die volgens de WRO alleen op de aldaar aangegeven wijze kan worden bewerkstelligd. Dit geldt temeer, nu de anticipatiebevoegdheid van B en W ex art. 19 WRO juist gebonden is aan een verklaring van geen bezwaar van GS, aldus de Hoge Raad.

Eveneens wegens *strijd met de wet* vernietigde de Afdeling rechtspraak een beschikking van B en W van Ammerstol, waarbij een woonruimtevergunning werd geweigerd wegens het niet voldoen aan de eis van economische gebondenheid. Deze eis mocht krachtens expliciete bepaling in een gemeentelijke verordening niet als weigeringsgrond worden gehanteerd. Een tweetal nadere (andere) motiveringen (perceel te groot voor één persoon en de te betalen huurprijs te hoog) werd buiten beschouwing gelaten door de Afdeling, omdat ze pas enkele weken nadat het bestreden besluit werd verzonden aan appellant kenbaar waren gemaakt. Bovendien had appellant zich tegen het hanteren van de laatstgenoemde weigeringsgrond niet meer in de bezwaarprocedure kunnen verweren.[161]

Een zeer duidelijk geval van verkeerde keuze van wettelijk voorschrift was onderwerp van versnelde handeling door de Afdeling.[162] B en W van Wijnandsrade weigerden een vergunning tot het uitoefenen van een horecabedrijf (een café) aanvankelijk 'om redenen van bouwtechnische aard'. Een tweede aanvraag werd geweigerd op grond van artikel 26, *tweede* lid, Drank- en Horecawet, omdat de echtgenoot van de aanvraagster van slecht levensgedrag was. GS verklaarden het beroep tegen de weigering ongegrond, omdat appellante, die inmiddels gescheiden was, door in concubinaat te leven met haar voormalige echtgenoot er blijk van gaf zélf van slecht levensgedrag te zijn. De Afdeling rechtspraak overwoog, dat GS hun beschikking derhalve niet hadden gegrond op het bepaalde in artikel 26, *tweede* lid, van de Drank- en Horecawet (slecht levensgedrag echtgenoot), doch op artikel 26, *eerste* lid, *juncto art. 5 tweede lid, onder b* (eigen slecht levensgedrag). Nu appellante, toen zij nog gehuwd was, niet door de enkele omstandigheid dat haar inwonende echtgenoot van slecht levensgedrag was, zelf ook geacht moest worden van slecht levensgedrag te zijn, vermocht de Afdeling niet in te zien dat dit anders was, indien de huwelijksrelatie na beëindiging daarvan door een concubinaat zou zijn vervangen. Dit klemt temeer, aldus de Afdeling, nu blijkens de wetsgeschiedenis concubinaat en echtscheiding op zichzelf geen slecht levensgedrag in de zin van de Drank- en Horecawet opleveren. Aan de bij de Afdelingsbehandeling naar voren gebrachte stelling van verweerders, dat de echtscheiding tot stand was gekomen om op die wijze aan een mogelijke toepassing van artikel 26, tweede lid, te kunnen ontkomen, werd door de Afdeling voorbijgegaan, omdat verweerders hun beschikking nu eenmaal ten onrechte hadden gegrond op art. 26 eerste lid, juncto art. 5, tweede lid, onder b. Het besluit van GS werd vernietigd wegens *strijd met het motiveringsbeginsel.* GS werden verplicht om binnen twee maanden na de verzending van de uitspraak een nieuwe beslissing te nemen.

Zelfs het ten onrechte toetsen van een beschikking aan andere (latere) wettelijke voorschriften dan golden ten tijde van het nemen van die beschikking, wordt

door de Afdeling rechtspraak niet aangemerkt als in strijd met de wet, doch als *in strijd met het motiveringsbeginsel.*[163]

De EEG-wetgeving tenslotte blijkt – waarschijnlijk als gevolg van haar complexiteit – ook tamelijk vaak bron van onjuiste voorschrift-keuze. Van de gepubliceerde gevallen in de Afdelings-jurisprudentie luidt de vernietiging op *strijd met het motiveringsbeginsel.*[164]

Geconcludeerd kan worden, dat, indien het nemen van een onjuiste wettelijke grondslag voor een beschikking voert tot vernietiging van die beschikking, die vernietiging minder vaak wordt gebaseerd op strijd met de wet dan op strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel of – vooral – het motiveringsbeginsel. In een enkel geval luidt de vernietiging op détournement de pouvoir.

III.4.c Beschikkingen, genomen op grond van een besluit van algemene strekking dat zelf geen wettelijk voorschrift is, noch daarop gebaseerd is

De diverse rechtsprekende of anderszins geschillenbeslechtende instanties lijken in principe bereid een beschikkingsbevoegdheid te accepteren die niet per se te herleiden valt op een wettelijk voorschrift in de door ons gedefinieerde zin, doch wel op een of ander besluit van algemene strekking, dat zelf niet zo'n wettelijk voorschrift is, noch daarop gebaseerd is, *mits* dat besluit van algemene strekking (en dus ook de daarop berustende beschikkingen) worden genomen binnen het *algemene* wettelijke kader van de *taak* van het betreffende orgaan.

Een op zichzelf misschien verdedigbare, doch in ieder geval ongeschreven, en als zodanig nimmer geformuleerde, staatsrechtelijke regel: 'publieke taakstelling geeft publieke bevoegdheid', dreigt daardoor nog te worden uitgerekt tot een regel: 'algemene publieke taakstelling geeft specifieke publiekrechtelijke bevoegdheden'.

Het meest de aandacht trekken in dit verband de subsidieverleningen. Subsidie'regelingen', ook al ontberen zij een basis in een wettelijk voorschrift in de door ons gegeven zin, worden zonder meer als voldoende grondslag voor beschikkingsbevoegdheid geaccepteerd, mits zij zijn vastgesteld door het orgaan, dat de algemene beschikking heeft over de aanwending van de betreffende middelen. Deze algemene bestedingsbevoegdheid zal veelal gebaseerd zijn op een begrotingspost, die gegoten is in het vaatje van 'wet' of 'verordening'. Aan zodanige begrotingswet of -verordening, waarbij aan het beschikkende orgaan de financiële mogelijkheid wordt toegekend tot het verlenen van subsidies, dient echter het karakter van wettelijke voorschrift reeds dáárom te worden ontzegd, omdat zij niet naar buiten werkt. Het enkele feit, dat op een begroting gelden voor subsidiëring zijn uitgetrokken, betekent immers nog niet, dat een geadministreerde met vrucht aanspraak op uitkering kan maken.[165] Anderzijds kan het ontbreken van een begrotingspost een burger niet worden tegengeworpen bij gerechtvaardigde aanspraken zijnerzijds.[166] De begrotingsgrondslag kan wel van belang zijn als referentiekader,

hoe ver de subsidieverlenende instantie met het uitkeren van subsidie mag gaan[167] – zij kan hiermee niet doorgaan als de begrotingspost uitgeput is of dreigt te geraken – en als referentiekader voor het stellen van subsidievoorwaarden, doch, nog afgezien van de vaagheid van dit kader, doet zulks niet af aan het buitenwettelijke karakter van de – direkt of indirekt – op een begrotingspost gebaseerde subsidies. Aangezien nog recentelijk preadviezen over het stellen van subsidievoorwaarden zijn uitgebracht door Van der Burg en Van Kreveld voor de NJV in 1977,[168] lijkt het niet erg zinvol om hier nogmaals diepgaand de jurisprudentie ten aanzien van subsidievoorwaarden te analyseren. Bovendien behoort slechts het wetmatigheidsaspect van subsidiebeschikkingen, in het bijzonder gerelateerd aan het rechtmatigheidsaspect, in dit preadvies aan de orde te komen.

Eén van de eerste, en wellicht zelfs belangrijkste, drijfveren tot het vestigen van de moderne parlementaire democratieën was ongetwijfeld het verlangen tot medebeslissen door het volk over de (vooral) door dat volk opgebrachte overheidsfinanciën. Derhalve zullen wegens het democratisch postulaat beslissingen over de aanwending van deze financiën, en dus ook over subsidiëringsmogelijkheden, op instemming van de volksvertegenwoordiging dienen te berusten.

Vanuit deze optiek lijkt alleszins begrijpelijk het standpunt van Van der Burg,[169] dat die bevoegdheidheden op een *formele* wet zouden behoren te worden gefundeerd (Comptabiliteitswet, gemeentewet, etc.). Toch lijkt enig nader onderzoek naar deze stelling nodig. In de eerste plaats rijst namelijk de vraag, of het democratisch postulaat ook werkelijk noopt tot regeling op *landelijk* niveau. Aan dit postulaat lijkt immers voldaan te zijn, als de beslissing berust bij *de daarvoor in aanmerking komende* volksvertegenwoordiging. Zo zou voor subsidiëring van gemeentewege niet de zware eis gesteld hoeven te worden van basis in een *formele* wet. Een desbetreffend besluit van de gemeenteraad lijkt in principe voldoende recht te doen wedervaren aan het democratisch postulaat. Voor hogere regeling lijkt ook dáárom minder noodzaak, omdat, vooral onder invloed van Thorbecke, in ons staatsbestel bijzondere aandacht is besteed aan de financiële positie van het nageslacht, door de verwerving, de bestemming en de besteding van de financiën van de lagere corporaties aan een strikt systeem van hoger bestuurstoezicht te onderwerpen.

In de tweede plaats is het de vraag, of genoegen kan worden genomen met een ongeclausuleerde begrotingsvaststelling bij volksvertegenwoordigingsuitspraak. Het democratisch postulaat lijkt zich daar niet tegen te verzetten. Maar dan blijft nog de vraag, of hierdoor niet in strijd wordt gehandeld met het rechtspostulaat. De overheidsfinanciën zijn zeker niet onbeperkt. De voor subsidiëring aan te wenden gelden zijn nog schaarser. Dat bij subsidiëring bepaalde burgers rechtstreeks belanghebbend zijn, lijkt niet voor ontkenning vatbaar. Wie wél en wie niét voor subsidiëring in aanmerking zullen komen en aan welke kwalificaties zal moeten zijn voldaan, is mede bepalend voor onderlinge vermogensverhoudingen, concurrentieposities, etc. Op dit stuk mag geen onduidelijkheid bestaan en zeker geen mogelijkheid tot ongelijke of zelfs willekeurige behandeling van overheidswege. Slechts regeling bij wettelijk voorschrift kan hiertoe voldoende garanties bieden.

Anderzijds zal gewaakt moeten worden voor het spanningsveld, dat een veelheid van wettelijke voorschriften oproept.[170]

Daarom wil het ons voorkomen, dat de regelstelling inzake subsidiëring dient te geschieden in wettelijke voorschriften, voorzover de regels betrekking hebben op de subsidiëringsbevoegdheid, het onderwerp van eventuele subsidiëring en op de hoofdlijnen met betrekking tot de kwalificaties, waaraan voldaan moet worden om voor subsidiëring in aanmerking te komen, en met betrekking tot de begrenzing van wat de verdere beperkingen en subsidievoorwaarden wèl en nièt zullen mogen inhouden.

De bevoegdheid van ministers tot het doen van uitkeringen berust thans nog op het KB van 27 juli 1950, Stb K 320. Op grond van artikel 1 van dit KB zijn de ministers bevoegd om, binnen het raam van de op de desbetreffende begroting gereserveerde gelden, subsidies en andere geldelijke uitkeringen te verlenen (tenzij de aan het verlenen van een geldelijke tegemoetkoming ten grondslag liggende beweegreden tot toepassing van bij of krachtens de wet vastgestelde voorschriften behoort te leiden). Door de zeer vrije formulering van deze regeling is hier o.i. geen sprake van wettelijke voorschriften in de door ons aangehouden zin als toereikende basis voor subsidieverleningen door of namens ministers. In deze gevallen is dus sprake van beschikken sine lege.

Bij subsidieverlening door organen van lagere rechtsgemeenschappen zal veelal gehandeld worden in medebewind. Afhankelijk van de inhoudelijke regeling der subsidiëring in de medebewind-vergende wet zal dan dienen te worden geconcludeerd tot het sine lege genomen worden of niet der daarop berustende beschikkingen. Bij autonome subsidieverlening door organen van lagere rechtsgemeenschappen is het oordeel afhankelijk van het al dan niet bestaan van een betreffend autonoom wettelijk voorschrift. Indien de lagere rechtsgemeenschap dus zelf bij autonome verordening regels heeft gesteld voor subsidieverlening, die voldoen aan de hiervóór geschetste algemene voorwaarden voor regelstelling inzake subsidiëring, is geen sprake van beschikken sine lege. Van buitenwettelijke subsidieverlening is weer wel sprake, indien een dergelijk autonoom wettelijk voorschrift ontbreekt.

Aangenomen kan worden, dat de Afdeling rechtspraak buitenwettelijke subsidiëringsbevoegdheid op grondslag van niet-inhoudelijke wetsbasis accepteert. Waar, zoals we onder III.4.d zullen zien, de Afdeling die bevoegdheid reeds aanvaardt dáár, waar zelfs geen enkel besluit van algemene strekking in het leven is geroepen ter 'regeling' van subsidiëringsbevoegdheid, wordt die bevoegdheid a fortiori aangenomen wanneer wel sprake is van een 'gereglementeerde subsidiebeschikking'.[171]

Binnen het kader van genoemd KB van 1950 wordt royaal gewerkt met circulaires en andere besluiten van algemene strekking, die als normatief maatgevende richtlijnen door de Afdeling worden geaccepteerd voor concrete subsidiebeschikkingen.[172]

De betekenis van een dergelijk besluit van algemene strekking wordt onder woor-

den gebracht in een uitspraak van de Afdeling rechtspraak van 9 mei 1978.[173] De circulaire van de Staatssecretaris van Volkshuisvesting en ruimtelijke ordening van 20 dec. 1973 (MG 73-23), inhoudende een procedure voor het door huurders indienen van bezwaren welke hun aanleiding geven om huurverhoging te weigeren, heeft niet de kracht en bindende werking van een algemeen verbindend voorschrift, aldus de Afdeling. Dit betekent echter niet, zo vervolgt zij, dat aan het niet-naleven ervan geen enkele betekenis zou moeten worden gehecht. Integendeel, een dergelijke algemeen geldende regeling dient te worden beschouwd als een vaste regel waarvan niet behoort te worden afgeweken, tenzij bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven.

Met dit voorbeeld zijn we overigens beland op een ander terrein dan dat van de subsidieverlening. Tevens blijkt uit het voorbeeld, dat ook in andere gevallen dan het verlenen van subsidie bevoegdheden tot het nemen van beschikkingen gebaseerd kunnen zijn op besluiten van algemene strekking die zelf geen wettelijke voorschriften zijn, noch daarop berusten. Mogen we nu zodanige beschikkingsbevoegdheden echter *steeds* toelaatbaar achten?

Vooropgesteld moet dan worden, dat het niet altijd even duidelijk is, *of* een bepaald besluit van algemene strekking berust op een wettelijk voorschrift. Beschikkingsbevoegdheid pleegt dan impliciet steeds toch te worden aangenomen. (Bijv.: Nota Geertsema;[174] Ministeriële circulaire van 1975 betreffende financiële overheidssteun aan experimenten op het gebied van sociale rechtshulp door advocaten;[175] Beleidsnota luchthaven Teuge;[176] Beleidsnota Nederlandse Zeescheepvaart,[177] enz.) Ook in de kwestie van het vliegen met modelvliegtuigen, waaromtrent de Directeur-Generaal van de Rijksluchtvaardienst 'regelen' had gesteld op grond van een – zacht uitgedrukt – niet erg duidelijke grondslag, werden daarop gebaseerde beschikkingen niet vernietigd.[178]

Duidelijk *niet* op enig wettelijk voorschrift berustte echter het besluit van de ministerraad inzake het te voeren adeldomsverleningsbeleid (zelfs nooit gepubliceerd). In de zaak Von Herzberg[179] werd als grondslag voor de beschikkingsbevoegdheid het bewuste besluit van de ministerraad evenwel zonder meer, zij het impliciet, als toereikend aangenomen.

In het geval Salentijn[180] sprak de Afdeling zich meer expliciet uit ten aanzien van de Paspoortinstructie Nederland 1952 (Stcrt. 1952 nr. 132, zoals nadien gewijzigd). Uitdrukkelijk werd overwogen, dat, naar het oordeel van de Afdeling, de Paspoortinstructie niet kon worden aangemerkt als een algemeen verbindend voorschrift. Echter: de Minister van Buitenlandse Zaken was toch bevoegd tot afgifte van paspoorten, op grond n.l. van het Souverein Besluit van 12 dec. 1813 (waarnaar in de aanhef van de instructie werd verwezen). Uit dit Souverein Besluit bleek evenwel volgens de Afdeling niet, dat verweerder de bevoegdheid had om in verband met de afgifte algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. De instructie diende volgens de Afdeling dan ook te worden beschouwd als een algemene bekendmaking van richtlijnen, welke verweerder bij de afgifte van paspoorten pleegde te volgen. Van enige *verplichting* van de minister om in casu tot intrekking

van het paspoort over te gaan kon daarom geen sprake zijn. Toch zijn de bewuste richtlijnen niet geheel en al zonder betekenis: Overwogen werd, dat in gevallen als het onderhavige volgens de instructie *kon* worden overgegaan tot intrekking. Zou derhalve de instructie in dit opzicht imperatief hebben geluid, dan moet worden aangenomen, dat een verplichting van de minister eerder, zo niet zeker, aanwezig zou zijn geacht. Nu werd evenwel het standpunt van de minister, dat in een geval als het onderhavige altijd, zonder enige nadere redengeving en zonder onderzoek naar een afweging van de omstandigheden van de betrokkene intrekking van het paspoort plaats diende te vinden, als in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel verworpen.

Slechts in één geval werd in de AROB-jurisprudentie een besluit van algemene strekking ontoereikend geacht voor beschikkingsbevoegdheid: De Voorzittersuitspraak inzake het kunstwerk 'Groen schilderij'.[181] De Voorzitter overwoog daarin, dat de Beeldende Kunstenaars Regeling niet steunde op enige wettelijke regeling. Naar geldend recht, aldus de Voorzitter, kan een overheidsorgaan geen bevoegdheden tot het opleggen van verplichtingen of het toekennen van rechtsaanspraken ontlenen aan door dat orgaan zelf gestelde regelen, zonder grondslag in Grondwet of Wet. B en W van Meerssen waren daarom niet gehouden om op grond van de BKR te besluiten tot aankoop van het kunstwerk 'Groen Schilderij'. Hun weigeringsbesluit werd aangemerkt als een weigering om een rechtshandeling naar burgerlijk recht (koopovereenkomst) aan te gaan.

Soortgelijk luidde reeds het BAB-KB van 9 jan. 1976,[182] waarbij werd beslist, dat de BKR niet was gegeven krachtens een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift vervatte bevoegdheid.

Daarentegen nam de Afdeling zelf in haar uitspraak van 26 juni 1978[183] zonder meer het bindend karakter van de BKR wel aan. Gezien ook de overige geciteerde uitspraken van de Afdeling moet de Voorzittersuitspraak in de kwestie 'Groen schilderij' o.i. worden aangemerkt als een witte raaf.

Iets terughoudender dan de Afdeling rechtspraak lijkt de civiele rechter. De gemeenten zijn niet *verplicht* de BKR toe te passen, aldus de Hoge Raad[184], maar als zij de ingezetenen op de 'regeling' hebben gewezen, brengt dit de verplichting mee (op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur) om haar toe te passen. De BKR houdt echter geen naar buiten werkende en voor de bij die regeling betrokkenen bindende voorschriften in. Zij behoort derhalve niet tot hetgeen in art. 99 Wet RO onder het begrip 'recht' moet worden verstaan, zodat de vraag, hoe zij moet worden uitgelegd, niet voor toetsing in cassatie vatbaar is.

Deze uitspraak vormde voor Stellinga aanleiding om te pleiten voor erkenning van een zelfstandige verordenende bevoegdheid van ministers.[185]

De Kroon heeft recentelijk nog in een incidenteel geval de verbindende kracht van een niet op een formele wet te herleiden 'ministeriële' circulaire ontkent: Het in een circulaire van de Staatssecretaris van CRM gestelde behoorde niet tot de nade-

re regelen, bedoeld in artikel 11, lid 1, Algemene Bijstandswet *en miste derhalve verbindende kracht.*[186]

Inmiddels lijkt de Kroon dit standpunt (impliciet) weer verlaten te hebben.[187]

Een duidelijk beeld levert de jurisprudentie niet op. Opvallend is, dat bij het berusten van beschikkingen op enig besluit van algemene strekking zelden ten principale de beschikkingsbevoegdheid aan de orde wordt gesteld of ambtshalve onderzocht. Terwijl impliciet de beschikkingsbevoegdheid wordt vóórondersteld, plegen die besluiten van algemene strekking dan vooral een rol te spelen bij de *toetsing* van het bestreden beschikken.

Anders gezegd: Doorgaans lijkt men zich minder te bekreunen om de *aard* van het besluit van algemene strekking (wettelijk voorschrift of niet) en om de eigenlijke *grondslag voor de beschikkingsbevoegdheid* (in het besluit van algemene strekking zelf of op een al dan niet daar achter liggend wettelijk voorschrift) dan om de inachtneming van de *algemene beginselen van behoorlijk bestuur.* Of, nog anders gezegd: minder de wetmatigheid dan de rechtmatigheid van de beschikking pleegt in rechte te worden onderzocht. De conclusie, dat een beschikking reeds dáárom onrechtmatig zou zijn, omdat zij als onwetmatig (in casu sine lege genomen) moet worden aangemerkt, mag blijkens de vigerende jurisprudentie stellig niet worden getrokken.

Geconstateerd kan worden, dat in het algemeen beschikkingsbevoegdheid op grondslag van een besluit van algemene strekking dat zelf geen wettelijk voorschrift is, noch op zodanig voorschrift berust, impliciet wordt geaccepteerd, mits het nemen van een dergelijk besluit van algemene strekking (en dus ook het nemen van daarop gebaseerde beschikkingen) past binnen het algemene kader van de publiekrechtelijke taak van het orgaan dat dit besluit nam.

De in de jurisprudentie gevolgde benaderingswijze is ongetwijfeld praktisch. Zij houdt niettemin het risico in van devaluatie van de eigenlijke wettelijke voorschriften, gezien vanuit het democratisch- en het rechtspostulaat, en van verwarring van wetmatigheids- en rechtmatigheidscontrole.

III.4.d Beschikkingen, genomen zonder basis in een wettelijk voorschrift of ander besluit van algemene strekking

Wel het meest duidelijke exempel van beschikkingen sine lege vormt die categorie, waarbij beschikkingen worden genomen, zonder dat kan worden gewezen op *enige* aan die beschikking ten grondslag liggende regeling, dus niet alleen geen daartoe adekwaat te achten wettelijk voorschrift (III.4.a. Ad 1), maar ook geen ontoereikend te achten wettelijke grondslag (III.4.a. Ad 2), noch een verkeerd gekozen wettelijk voorschrift (III.4.b), noch een besluit van algemene strekking, dat zelf geen wettelijk voorschrift is en ook niet op zodanig voorschrift berust (III.4.c). De vraag naar de geoorloofdheid of niet van het beschikken sine lege is hier dus in haar meest zuivere, althans minst vertroebelde, vorm aan de orde.

Het mag opvallend heten, dat wij in Nederland geen geschreven regel kennen, dat iedere beschikking gegrond dient te zijn op enig wettelijk voorschrift. Zoals we onder III.1 zagen, is zelfs de leer van de wetmatigheid van het bestuur niet in onze Grondwet vastgelegd.

Wél een geschreven regel bevatte de Wet BAB, door in artikel 2 voor het instellen van BAB-beroep te eisen, dat een beschikking genomen moest zijn op grondslag van een bij enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift verleende bevoegdheid. Deze bepaling keerde zich in haar toepassing evenwel juist tégen de justitiabele. Immers, zij was bepalend voor de competentie van de Kroon onder de Wet BAB. Werden derhalve beschikkingen genomen zonder bevoegdheidsverlening in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift, dan werd de rechtsbescherming van het BAB-beroep aan de justitiabele onthouden. Bovendien bleek de Kroon zeer restrictief in het aannemen van een dergelijke bevoegdheidsgrondslag.[188] Om deze reden werd de redactie niet herhaald in de omschrijving van het beschikkingsbegrip in de Wet AROB. Heeft zulks ongetwijfeld het positieve effect gehad, dat hierdoor een veel groter scala van beschikkingen onder de rechtsmacht van de Afdeling rechtspraak is komen te vallen, een schaduwzijde daarbij vormt toch het feit, dat de Afdeling hierdoor minder scherp op de bevoegdheidsgrondslag let dan de Kroon onder de Wet BAB.

Als er dan geen *geschreven* regel is te vinden, dat iedere beschikkingsbevoegdheid gegrond behoort te zijn op enig wettelijk voorschrift, mogen wij dan het bestaan van een zodanige *ongeschreven* regel aannemen?

De leer van de wetmatigheid van bestuur kan als zodanig geen dienst doen. Zoals wij in het voorgaande hebben gezien, kan deze leer zeker geen aanspraak maken op absolute geldigheid. Maar mogen wij dan zo'n ongeschreven regel misschien aannemen als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur?

Als wij de uitspraak van de Afdeling rechtspraak van 17 mei 1978,[189] inzake de subsidieregeling Beschikking geldelijke steun warmte-isolatie bestaande woningen, als vaste jurisprudentie mogen aanmerken, zeker wel. Het betrof hier een geval van het nemen van een subsidiebeschikking door een tot de centrale overheid behorend orgaan (i.c. de Hoofdingenieur-directeur van de volkshuisvesting in de provincie Drenthe), *zonder mandaat* van de daartoe krachtens het meermalen genoemde KB van 27 juli 1950 bevoegde Minister.

De Afdeling rechtspraak vernietigde het besluit met toepassing van artikel 8, eerste lid, onder *d*, van de Wet AROB, daar het was 'genomen in strijd met het in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur, dat een beschikking dient uit te gaan van een daartoe bevoegd orgaan'.

De introductie van dit nieuwe[190] algemeen beginsel van behoorlijk bestuur heeft enige verwarring gestichtg. In 't Veld betoogt in zijn annotatie onder deze uitspraak in Administratiefrechtelijke Beslissingen, dat vernietigd had moeten worden wegens strijd met een algemeen verbindend voorschrift. Hij toont zich allerminst gelukkig met deze bijdrage tot verdere uitbouw van de rechtspraak met betrekking tot de beginselen van behoorlijk bestuur. Hij wijst erop, dat de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven de vernieti-

ging in soortgelijke gevallen kennelijk baseren op strijd met de algemeen verbindende voorschriften,[191] en betreurt, dat de Afdeling niet hetzelfde heeft gedaan. Volgens hem was de beschikking van de Hoofdingenieur-directeur in strijd met de Beschikking geldelijke steun zelf, en dus in strijd met een algemeen verbindend voorschrift. Ten Berge en Stroink[192] spreken de opvatting van In 't Veld tegen, omdat naar hun mening in casu een algemeen verbindend voorschrift ontbrak. Een subsidieregeling, zijnde een vorm van pseudo-wetgeving valt huns inziens niet als zodanig aan te merken.

De bezwaren van Ten Berge en Stroink tegen het baseren van de vernietiging op de z.g. *a*-grond lijken ons in zoverre hout te snijden, dat bij een dergelijke vernietiging mag worden gevraagd, dat het geschonden geachte voorschrift ondubbelzinnig kan worden aangewezen.

Zulks nu lijkt in gevallen als hier aan de orde niet goed mogelijk: Men zal al tenminste een soort a contrario-uitleg aan het voorschrift dienen te geven: Orgaan X wordt competent verklaard en *dus* mag orgaan Y niet hetzelfde. Sterker nog: om aan te nemen, dat orgaan Y in strijd handelde met het voorschrift, moet men daarin een *verbod* lezen aan dat orgaan om te beschikken zoals het deed.

Ook echter de bezwaren van In 't Veld tegen het baseren van de vernietiging op de z.g. *d*-grond lijken ons zwaarwegend. Hij heeft er moeite mee om het onbevoegdelijk nemen van besluiten te karakteriseren als onbehoorlijk bestuur in de zin van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daartoe hoort volgens hem, op het voetspoor van Wiarda,[193] sprake te zijn van 'algemeen aanvaarde normen van gerechtigheid, redelijkheid, zedelijkheid en fatsoen, die zo sterk onder het volk leven, dat niet-nakoming ervan als onrecht wordt ervaren. Het betreft een normencomplex, dat een overwegend ethisch karakter draagt en criteria levert, waaraan geconcretiseerde beginselen kunnen worden getoetst. Hij veronderstelt, dat in de regel het orgaan, dat zijn boekje te buiten is gegaan, zich daarvan niet bewust rekenschap zal hebben gegeven. Maar dan is het handelen ook niet als onbehoorlijk in de door Wiarda gegeven zin aan te merken, zo is zijn betoog.

Deze gedachten spreken ons aan. Bij bevoegdheidskwesties gaat het niet om een rechtmatigheidscontrole, zeker niet om een rechtmatigheidscontrole alléén. Niet het rechtsgehalte van het litigieuze handelen staat ten principale ter discussie, doch de legitimatie van dat handelen. In 't Veld schijnt zulks ook aan te voelen, want, hoewel hij dus in het door hem besproken geval opteert voor strijd met de wet, pleit hij er voor om bij onbevoegd handelen *in het algemeen* een regel van ongeschreven recht geschonden te achten, een algemeen rechtsbeginsel.

Wij menen evenwel, dat niet alleen het rechtspostulaat bij onbevoegdelijk handelen in het geding is, doch tevens het democratisch postulaat. Met andere woorden: niet alleen, misschien zelfs niet in de eerste plaats, wordt een (ongeschreven) *rechts*regel geschonden, doch óók, en wellicht zelfs primair, een *democratische* regel. De toetsingsgronden van artikel 8 Wet AROB lijken hiervoor te kort te schieten. Ook een toetsingsgrond als 'strijd met het recht' (bijv. art. 99 Wet RO) doet tekort aan de gedachte, dat hier sprake is van een inbreuk primair op de democratische orde. In eerste aanleg moet een correctie ons inziens dan ook

niet komen uit de hoek van de rechter, maar uit die van de volksvertegenwoordiging (als tenminste het wél bevoegde orgaan niet zelf kan of wil ingrijpen). Indien het onbevoegdelijk beschikken echter tevens *bijzondere* belangen bedreigt, is *daarnaast* plaats voor rechterlijk ingrijpen wegens strijd met het recht. De bekende grond bij onrechtmatige-daadsacties: 'inbreuk op eens anders subjectief recht' komt dan nog het dichtst bij de door de rechter aan te leggen toets. Een dergelijke toets kunnen wij met In 't Veld in het befaamde 'rijtje van vier' in de administratieve rechtspraak niet ontdekken. Hierin kan men een bevestiging vinden van de veronderstelling, dat de toetsingsgronden in het administratieve recht niet zo'n reikwijdte hebben als in het civiele recht, in plaats van omgekeerd, zoals men vaak hoort beweren.[194] Omdat echter de rechter vaak wettelijk gedwongen wordt om de grond aan te geven die hij geschonden oordeelt, lijkt ons *bij gebrek aan beter* de *c*-grond nog het meest te verkiezen.

In ieder geval moet worden betwijfeld, of in zijn algemeenheid wel gesproken kan worden van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dat een beschikking dient uit te gaan van een daartoe bevoegd orgaan. Eerder kan worden gesproken van een algemeen *staatsrechtelijk* beginsel, dat een beschikking niet mag uitgaan van een ander dan een daartoe bevoegd orgaan. Is evenwel geen enkel orgaan krachtens enige wettelijke bepaling bevoegd te achten, dan kan onder omstandigheden handelen van het dan misschien nog het meest in aanmerking komende orgaan worden gesauveerd. De Londense besluiten en de kwestie van de Burgemeester van Maurik[195] zijn er om zulks te adstrueren.

Niettemin blijkt in de jurisprudentie ook buiten het ongeschreven noodrecht soms handelen, dat niet op een wettelijk voorschrift kan worden gefundeerd, noch op enig ander besluit van algemene strekking, te worden gesauveerd.

Zulks springt met name in het oog bij subsidieverlening. In een groot aantal gevallen blijkt de Afdeling rechtspraak subsidiebeschikkingen te accepteren die niet gegrond zijn in enig wettelijk voorschrift of in een ander besluit van algemene strekking. Met name bij autonome gemeentelijke subsidieverleningen blijkt zulks nogal eens voor te komen.[196] Expliciet werd buitenwettelijke subsidiëring door de Afdeling geaccepteerd in haar uitspraak inzake Release Nederland/gemeente Bloemendaal.[197] Overwogen werd letterlijk: 'De Afdeling stelt voorop dat wanneer een regeling ontbreekt, waarop een aanvraag om subsidie kan worden gebaseerd, aan de gemeenteraad een grote mate van beleidsvrijheid toekomt bij het nemen van een beslissing op een subsidieverzoek. Het antwoord op de vraag of een bepaalde activiteit voor subsidiëring in aanmerking komt mag de raad afhankelijk stellen van zijn eigen oordeel omtrent de waarde die aan die activiteit moet worden toegekend'.

Ook bij het beschikken zonder achterliggend wettelijk voorschrift of ander besluit van algemene strekking valt weer weinig lijn te ontdekken in de jurisprudentie.

In principe lijken de rechtsprekende instanties wel uit te gaan van een beginsel, dat beschikkingen moeten uitgaan van een daartoe bevoegd orgaan.

In ieder geval pleegt te worden ingegrepen, indien beschikkingen uitgaan van een ander dan het daartoe bevoegde orgaan, en het wèl bevoegde orgaan daar niet (expliciet of impliciet) mee instemt.

De Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven plegen de vernietiging dan te baseren op strijd met de algemeen verbindende voorschriften; de Afdeling rechtspraak op strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dat beschikkingen dienen uit te gaan van een daartoe bevoegd orgaan. Wellicht ware het beter te spreken van een algemeen staatsrechtelijk beginsel en schending van dit beginsel, voorzover die strekt ten nadele van een belanghebbende burger, bij de huidige toetsingsgronden te veroordelen op de *c*-grond.

Een eerste uitzondering lijkt gemaakt te moeten worden voor beschikkingen die krachtens noodrecht worden gegeven. Aanvaardbaar lijkt het om als regel van ongeschreven noodrecht onder omstandigheden een beschikkingsbevoegdheid van het in die noodsituatie daarvoor het meest in aanmerking komende orgaan te accepteren.

Een verdergaande uitzondering lijkt in de jurisprudentie te worden geaccepteerd voor beschikkingen die zonder achterliggende wettelijk voorschrift of ander besluit van algemene strekking worden gegeven door een orgaan binnen het kader van zijn algemene publiekrechtelijke taak. Zulks lijkt in ieder geval te worden geaccepteerd bij het verlenen van subsidies.

De beoordeling van deze jurisprudentie kan ongeveer hetzelfde luiden als aan het slot van de voorgaande sub-paragraaf. In het algemeen lijkt men zich minder te bekreunen om de grondslag van de beschikkingsbevoegdheid dan om de inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; minder dus om de wetmatigheid dan om de rechtmatigheid.

Mag deze benaderingswijze ongetwijfeld weer praktisch worden genoemd, het risico van devaluatie van de eigenlijke wettelijke voorschriften (gezien vanuit het democratisch postulaat en het rechtspostulaat beide) en verwarring van wetmatigheids- en rechtmatigheidscontrole zijn hier zeker niet minder dreigend.

Noten

Hoofdstuk II

1. Vgl. o.a. het rapport *Algemene bepalingen van administratief recht* (Rapport ABAR); rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, 4e druk, Groningen 1973, H.D. Tjeenk Willink, pp. 115-210.
2. O.a. in het Rapport ABAR, a.w., pp. 138-142.
3. Vgl. P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Instrument en waarborg;* Deventer, Kluwer 1978, p. 287, p. 289 en p. 292, waar zelfs de stelling wordt geponeerd, dat *alle* bevoegdheidsgebreken, de meeste vormgebreken en vele inhoudsgebreken te herleiden zouden zijn op strijd met de wet.
4. A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht. Algemeen Deel;* uitgave 1973, Alphen aan den Rijn, Samsom 1974, pp. 269 v.
5. P. de Haan c.s., op. cit., p. 288.
6. HR 5 okt. 1849, *W.* 1058.
7. Op. cit., pp. 275 v.
8. Op. cit., pp. 289 en 290.
9. De term 'vormgebreken' ter aanduiding van al deze onder-categorieën gezamenlijk is ontleend aan het Rapport ABAR, a.w., p. 142. In navolging van de vigerende omschrijvingen wordt hier vastgehouden aan de vertrouwde benaming 'vormgebreken', ook daar, waar wellicht zuiverder de ruimere, doch minder gangbare, terminologie 'procedureregebreken' de voorkeur zou verdienen.
10. A. Kleijn en J.V. Rijpperda Wierdsma, *De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) besluiten en handelingen;* preadviezen VAR 1942, Geschrift VAR VI.
11. Rapport *Nietigheid en vernietigbaarheid van beschikkingen;* uitgebracht aan de VAR door de z.g. Commissie-Beumer, *Geschrift VAR XI.*
12. Als laatste is omgegaan de Centrale Raad van Beroep bij uitspraak van 27 jan. 1978 (*AB* 1978 nr. 144).
13. In feite is met 'nietig verklaren' in art. 47 Ambtenarenwet 1929 hetzelfde bedoeld als met 'vernietigen'.
14. In dit licht moet ook worden gezien de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 21 mei 1980, AAW 1979/955 (niet gepubl.), waarbij een door een niet bevoegd orgaan genomen beschikking deswege werd vernietigd, maar waarbij de Centrale Raad ten overvloede opmerkte – zulks 'teneinde te voorkomen dat bij eiser door de te dezen te volgen procedure verwachtingen worden gewekt' –, dat, ware de Raad wel geroepen geweest de beslissing ten principale te toetsen, hij niet tot de slotsom had kunnen komen, dat de afwijzing van de gevraagde voorziening niet in overeenstemming met de redelijkheid zou zijn geweest.
15. Hierbij wordt dan afgezien van de, overigens schaarse, gevallen, waarin de administratie de beschikking heeft doen steunen op het wel, c.q. niet vervuld zijn van slechts één van de materiële totstandkomingsvoorwaarden, zonder dat is nagegaan, of de overige voorwaarden zijn vervuld. Soms zal dit laatste overigens alsnog in beroep kunnen geschieden, zoals met name bij administratief beroep vrijwel steeds het geval is.

16. Op. cit., pp. 292 v.
17. Idem, p. 271.
18. Op. cit., pp. 285 v.
19. A.w., pp. 115 v., m.n. pp. 148 v.
20. Te weten: het beginsel, dat de beschikking moet kunnen worden gedragen door de daaraan ten grondslag liggende motivering, en het – nieuwere – beginsel, dat een beschikking in principe deugdelijk gemotiveerd behoort te zijn.
21. Dat zijn feiten, die niet betrekking hebben op de totstandkoming, vorm of bekendmaking van de beschikking.
22. Te onderscheiden van het algemene rechtszekerheidsbeginsel, zoals dat bijvoorbeeld ten grondslag ligt aan wetgeving.

Hoofdstuk III

1. Nog recentelijk werd dit thema aan de orde gesteld in de bundel opstellen over *'Regel en Praktijk'* (Van Wijnbergen-bundel), Zwolle, Tjeenk Willink, 1979.
2. O.a. F.R. Böhtlingk en J.H.A. Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland;* Alphen aan den Rijn, Samsom, 1966, p. 25 en p. 46 v.; A.M. Donger, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel;* 4e druk, Alphen aan den Rijn, Samsom 1974, p. 31 v. en p. 77 v., alsmede in diens bewerking van C.W. van der Pot's *Handboek van het Nederlandse staatsrecht;* tiende druk, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1977, p. 315 v., p. 338 v. en p. 382 v.; J.J. Oostenbrink, *Kanttekeningen bij de wetmatigheid van het bestuur;* inaug. rede V.U. Amsterdam, 10 maart 1978, en F.H. van der Burg, *Is het wenselijk dat de overheid maatregelen neemt tot ordening en publicatie van bestaande subsidievoorwaarden?;* preadvies NJV 1977, Hand. NJV 1977 deel 1, tweede stuk, met name p. 26 v.
3. O.a. Donner en Oostenbrink (zie vorige noot).
4. O.a. Böhtlingk en Logemann (zie noot 2) en J.G. Steenbeek, Legislatieve aspecten van de technische bouwwetgeving; in: *Bouwrecht* 1980, p. 488-500 (op p. 491).
5. Van der Burg, a.w., p. 27. Ook Böhtlingk en Logemann leggen een direkte relatie tussen het legaliteitsbeginsel en het begrip rechtsstaat (p. 44).
6. A.w., p. 31 v. en p. 78 v.
7. T. Koopmans, *Heerst de wet over ons?;* bundel 'Honderd jaar H.D. Tjeenk Willink', Alphen aan den Rijn 1979, p. 19-24, met name p. 21.
8. Zie vorige noot.
9. Böhtlingk en Logemann, p. 24, karakteriseren wetten als 'door de wetgever vastgestelde algemene regels, die de burger iets ge- of verbieden'. En aan een begrotingspost kan een burger geen rechten ontlenen (HR 8 mei 1877, *W* 4119), noch kan het ontbreken van zo'n post zijn rechtsaanspraken illusoir maken (HR 5 okt. 1849, *W* 1058).
   Vgl. verder de bijdrage *Wetgevings- en beleidsinstrumentarium* van de leden van de vakgroep Staats- en administratief recht in de feestbundel *Macht en onmacht van de wetgever,* K.H. Tilburg, Deventer, Kluwer, 1978, p. 91-92.
10. Zie voor de omschrijving van 'wettelijk voorschrift' onder I.2.
11. Vgl. Böhtlingk en Logemann, p. 57 v., met name p. 64: 'Evenals alle andere wetgevende ambten zijn ook de verordenaars in provincie en gemeente aan het legaliteitsbeginsel gebonden'.
12. O.a. uitvoerig behandeld bij Böhtlingk en Logemann, p. 54-55, en bij Van der Pot/Donner, p. 338 v.
13. Hierover o.a. Van der Pot/Donner, p. 382 v. en Donner, *Nederlands Bestuursrecht,* a.w., p. 1-11.
14. Zie noot 9, alsmede de preadviezen van F. Hartog en S.O. van Poelje, Bestuur door middel van subsidiëring; opgenomen in: *Bestuurswetenschappen* 1952, p. 117-178, met name p. 129-134 ('Subsidies, uitsluitend op een begrotingspost berustend'). Verder: A.D. Belinfante, De vier rechtsgronden van de overheidssubsidie; in: *Bestuurswetenschappen* 1968, p. 7-16, met name p. 10-12, en J.H. van Kreveld, *In hoeverre mogen en*

moeten bij het verlenen van subsidie voorwaarden worden gesteld?; preadvies NJV 1977, Hand. NJV 1977, deel 1, tweede stuk, p. 76 v.

15. Zie de preadviezen voor de VAR in 1954 over *'Politiedwang'* van W.F. Prins en H.D. van Wijk (Geschrift VAR XXIX). Opmerking verdient, dat reeds Thorbecke een wettelijke grondslag voor politiedwang eigenlijk niet nodig vond (MvT bij art. 180-oud gemeentewet).
16. Opsomming ontleend aan P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Instrument en waarborg;* Deventer, Kluwer 1978, p. 184-189. Door ons werd 'het terrein van de openbare financiën' daar aan toegevoegd.
17. Zie het bij wijzigingsbesluit van 17 sept. 1975 in het Reglement van orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal opgenomen artikel 39 a (gewijzigd bij besluiten van 9 sept. 1976 en 22 dec. 1976). Hierover: L.E.M. Klinkers, Enkele beschouwingen over veranderingen in de wijze van wilsvorming in de Tweede Kamer; in: *Beleid en Maatschappij* 1977, met name p. 91-92.
18. Ontwerp wet tot wijziging van de Wet op de ruimtelijke ordening; zitting Tweede Kamer 1977-1978, no. 14889, artikel 2 a. Hierover: M. Scheltema, *Dient wijziging te worden gebracht in het proces van wetgeving?;* preadvies NJV 1979, Hand. NJV 1979, deel 1, tweede stuk.
19. O.a. Afd. R. RvS 13 jan. 1978, *tB/S* (ten Berge/Stroink, *Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen,* losbl. uitg. Samsom), III, p. 230, *Gem. St.* no. 6498, *BR* p. 319, en Vz. Afd. R. RvS 2 nov. 1978, *tB/S,* XI, p. 55.
20. Voorbeelden in de geciteerde bijdrage van Steenbeek, p. 493 (Nederlands Normalisatie Instituut) en p. 495 (Hoofdcommissie voor de Normalisatie in Nederland).
21. Zie hieronder, III.4.d.
22. Zie hiervóór, onder I.2.
23. N.S.J. Koeman, *Dient de wet regelen te stellen ten aanzien van bepalingen van publiekrechtelijke aard in privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid?;* Hand. NJV 1980, deel 1, eerste stuk, p. 7-85; W. Konijnenbelt, *Een pakt met de overheid (Dient de wet regelen te stellen ten aanzien van bepalingen van publiekrechtelijke aard in privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid?);* Hand. NJV 1980, deel 1, eerste stuk, p. 89-140 (resp. op p. 13 en p. 120).
24. A.w., p. 120.
25. A.w., p. 117-119.
26. H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van administratiefrecht;* Wolters-Noordhof & VUGA-boekerij 1968, p. 82.
27. In: *Bestuurswetenschappen* 1971, met name op de p. 332-334.
28. Vgl. B. de Goede, *Het gebruikmaken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen;* preadvies VAR 1956, Geschrift VAR XXXIV.
29. Zie het KB van 15 maart 1969, *ARB* 1969, p. 414.
30. O.a. Afd. R. RvS 14 sept. 1976, *tB/S,* V, p. 10a; 4 april 1977, *tB/S,* V, p. 34; Vz. Afd. R. RvS 13 april 1977, *tB/S,* V, p. 40; 30 aug. 1977, *tB/S,* V, p. 133, en Afd. R RvS 1 dec. 1977, *AB* 1978 no. 208.
31. A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht;* Hand- en leerboek der bestuurswetenschappen, Alphen aan den Rijn, Samsom 1978, p. 275-279.
32. Besproken onder III.4.a. Ad 1.
33. Hierover: Konijnenbelt in zijn geciteerde preadvies voor de NJV, p. 102-108.
34. M. Scheltema, Samenwerking van overheidsorganen in verband met complementair bestuur; in: *Bestuurswetenschappen* 1976, p. 315-330, en dez., *De taakverdeling tussen de gewone rechter en de Afdeling rechtspraak van de Raad van State;* in: Voorlichting over AROB, Tjeenk-Willink-Zwolle, 1976, en dez., noot onder Afd. R. RvS 1 dec. 1977 in *AB* 1978 no. 208, alsmede dez. in zijn bijdrage 'Het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke overeenkomsten'; in: *Gem. St.* no. 6446 (1976).
35. O.a. het rapport *'Complementair bestuur verkend'* van de Werkgroep Complementair Bestuur, ingesteld bij Min. besch. van 24 mei 1976 (Stcrt. nr. 103), Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, december 1977 (hoofdstuk 8, par. 8.3.).

36. Een – weinig geslaagde – poging tot afbakening en rubricering vindt men in het rapport *Complementair Bestuur Verkend* (zie vorige noot). Zie ook hierover: W. Konijnenbelt, Bestuursovereenkomsten in discussie; in: *Bouwrecht* 1979, p. 169-181. Ook het begrip 'publiekrechtelijke overeenkomst' is nimmer uit de verf gekomen: Vgl. o.a. Tak, a.w., p. 272-275 en de discussie tussen M. Scheltema en J.M. Kan in: *De Gemeentestem,* no's. 6427 en 6446 (1976).
37. Tak, a.w., p. 279 noot 30.
38. Vgl. ook de in noot 36 geciteerde bijdrage van Konijnenbelt.
39. Vgl. R. Crince Le Roy, Andere dan planologische motieven; opgenomen in: *Bouwrecht* 1979, p. 86-90.
40. Zij is ontwikkeld voor de kwestie van collisie van lagere met hogere wettelijke voorschriften. Vgl. ook Crince Le Roy, t.a.p., p. 89.
41. Zie hiervóór, p. 35-36.
42. Steenbeek, a.w., p. 496, meent, dat iedere publiekrechtelijke bevoegdheid in onze rechtsstaat altijd bepaald, begrensd is. Hij onderscheidt tussen:
    - begrenzing in het doel waarvoor de bevoegdheid gegeven is. Hieronder vallen ook de door Crince Le Roy gesignaleerde autonome gemeentelijke verordeningen om bestemmingen vast te leggen die eigenlijk zouden moeten worden opgenomen in een bestemmingsplan, zulks ten detrimente van de samenhang van de gemeentelijke ruimtelijke ordening (zie ook diens noot onder Vz. Afd. R. RvS 22 juni 1979, *AB* 1979 no. 448, en zijn bijdrage: *De Wet Arob en de ruimtelijke ordening;* in: Beeld van een Goede vriendschap, opstellen aangeboden aan prof. mr. B. de Goede, VUGA-boekerij 1980, p. 25 v.);
    - intrinsieke grenzen. De bevoegdheden van de overheidsorganen zijn ingebed in de structurele positie die dat orgaan in ons staatsbestel inneemt, en
    - hiërarchische grenzen. Deze betreffen met name de collisieproblematiek.
43. Zie onder III.4.b.
44. HR 22 juni 1973, *AB* 1973 no. 187; *A.Ae.* 1973 p. 457; *De Ned. Gemeente* 1973 p. 344.
45. *A.Ae.* 1971 p. 31; *AB* 1971 no. 73.
46. Te weten artikel 4, lid 3, Waterleidingsbesluit. De Hoge Raad achtte deze bepaling evenwel onverbindend wegens strijd met artikel 4, lid 1, Waterleidingwet. Zie verder onder III.4.a. Ad 2.
47. Art. 2, lid 2.
48. Art. 2, lid 2, onder a.
49. Donner, a.w., p. 93.
50. Het onderscheid 'instructienorm' – 'waarborgnorm' heeft lange tijd een grote rol gespeeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot onrechtmatige bestuursdaden, zonder ooit geheel uit de verf te zijn gekomen. Vgl. H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratiefrecht;* vierde druk, VUGA-boekerij 1979, p. 175-178.
51. J. Mannoury, *Spiegelrecht;* in: Van den Bergh-bundel, Samsom 1960, p. 139-152.
52. J. van der Hoeven, *Pseudo-wetgeving;* diës-rede Amsterdam 1965, en dez., preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1966.
53. A.D. Belinfante, *Kort begrip van het administratiefrecht;* Alphen aan den Rijn, Samsom 1968, p. 36 v.
54. H.A. Brasz, Bestuur per circulaire; in: *Bestuurswetenschappen* 1958, p. 300 v. en 392 v., alsmede in *Bestuurswetenschappen* 1959, p. 63 v.
55. O.a. A.D. Belinfante, *Het plan als administratiefrechtelijke rechtsfiguur;* Alphen aan den Rijn, Samsom, 1966, p. 16 v. (m.b.t. het bestemmingsplan); J. Wessel, Het uitbreidingsplan, een rechtsfiguur sui generis; in: *Nederlands Juristenblad* 1960, p. 977, alsmede dez., Het plan in het openbaar bestuur; in: *De Nederlandse Gemeente* 1967, p. 440.
56. Strikt genomen heeft men bij de totstandkoming van de Wet BAB met de introductie van het begrip 'besluit van algemene strekking' eigenlijk alleen beoogd om besluiten in-

zake de *vaststelling* en *goedkeuring* van algemeen bindende regels uit te sluiten (vgl. J.H. van Kreveld, Algemeen commentaar, hoofdstuk 2, p. 26; in: *Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen,* losbl. uitg. Samsom, onder redactie van J.B.J.M. ten Berge en F.A.M. Stroink).

57. Volstaan moge worden met verwijzing naar de recente bijdrage daarover van A.Q.C. Tak, *Besluiten van algemene strekking;* in: RM Themis 1980, p. 132-162.
58. A.A.H. Struycken, *Administratie of Rechter. Beschouwingen over de moderne rechtsstaatsgedachte naar aanleiding van de aanhangige ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak;* S. Gouda Quint, Arnhem 1910, p. 16 v.
59. Een uitgebreide rubricering wordt gegeven in: H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van administratief recht;* bewerkt door W. Konijnenbelt, vierde druk, VUGA-boekerij 1979, p. 6-12.
60. H.D. van Wijk, *Voortgaande terugtred;* inaug. oratie V.U. Amsterdam 1959, en M.P.C.M. van Schendelen, *Terugtred van de wetgever;* Groningen, Tjeenk Willink 1977. Het laatstgenoemde werk geeft de resultaten van een empirisch onderzoek van alle wetten en algemene maatregelen van bestuur die in Nederland werden voortgebracht van 1965 tot en met 1974.
61. Zie Van Wijk, t.a.p.
62. Het experimentele karakter van de lokale regelingen wordt hier met zoveel woorden als reden tot (voorlopige) terughoudendheid van de landelijke wetgever aangevoerd door de RARO (advies van 8 juli 1970, Bijl. II, 1969/1970 nr. 10773), en door de minister zelf (circulaire van 13 april 1971, nr. 0413941).
63. Door Tak aangeduid als 'subjectieve redacties' (in tegenstelling tot de z.g. 'objectieve redacties', d.w.z. wanneer de wet niet expliciet het concrete (concretiserende) oordeel aan het bestuur toekent): *Overheidsbestuur en privaatrecht,* a.w., p. 102 en p. 216 v.
64. Bijvoorbeeld blijkend uit de ontwikkeling van de wijze van 'uitvoering' van de Algemene Bijstandswet.
65. *Handboek van het Nederlandse staatsrecht,* p. 382.
66. P. 387.
67. A.w., met name p. 158-194.
68. A.w., t.a.p.
69. A.D. Belinfante (De stervende staat; in zijn bundel: *De burger en zijn staat;* Nautareeks 2, Alphen aan den Rijn, Samsom 1966, p. 11-58), gaat hier bepaald niet aan voorbij.
70. A.w., p. 19 en p. 26.
71. Het lijkt zaak deze twee begrippen goed uit elkaar te houden: het wetmatigheidsbegrip ziet op de bevoegdheidsgrondslag; het rechtmatigheidsbegrip ziet op het rechtsgehalte.
72. Op p. 150.
73. Op p. 153.
74. F.R. Böhtlingk, *De rechtsstaat Nederland;* inaug. oratie Amsterdam (G.U.), 1958.
75. In diens voortzetting van *Het wetsbegrip in Nederland,* a.w., p. 163 v.
76. A.w., p. 28.
77. A.w., p. 499.
78. Zie noot 9.
79. Idem als vorige noot.
80. T.a.p., p. 93.
81. HR 15 febr. 1952, *NJ* 1953 nr. 52, *ARB* 1953 p. 334.
82. Zie ook R. Crince Le Roy, *De burgemeester en de handhaving van de openbare orde in buitengewone omstandigheden;* tweede druk, VUGA-boekerij 1967, in het bijzonder de pp. 61-65 en de daar geciteerde literatuur.
83. Vgl. Van der Pot/Donner, p. 372-381.
84. Een ander onderscheid is dat tussen 'Rechtsverordnungen' en 'Verwaltungsverordnungen': tussen externe en interne regelingen. Dit onderscheidt ziet hierop, dat men wel meende de eis te mogen stellen, dat de burger niet buiten de wet kan worden verplicht en gebonden, maar dat niet nodig achtte voor regelingen, niet gericht tot de burgerij,

aangaande de inwendige, huishoudelijke aangelegenheden van het bestuur, aldus Donner, *Ned. Bestuursrecht,* p. 79. (Overigens toont Donner zich bepaald niet gelukkig met dit onderscheid.)

85. In Frankrijk wordt aan de administratie een algemene, zelfs verordenende, bevoegdheid toegekend voor die onderwerpen, die voor haar gereserveerd zijn. Zie hierover: L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel;* t. IV, 2e ed., 1924, p. 661-794.
86. Zie over deze opvatting van het Bundesverwaltungsgericht en de daar tegen bestaande oppositie: Van der Burg, a.w., p. 27 v. De Grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland kent wel een 'Grundsatz der Gesetzmäszigkeit', doch deze laat ruimte voor verschil van inzicht (art. 20, III: *'Die Gesetzgebung ist an die Verfassungsmässige Ordnung, die Vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden'.*
87. XVIIIth International Congress of Administrative Sciences, Subject 1, *The importance of the Rule of Law in Public Administration;* by Hansjörg Jellinek (Madrid 1980), p. 7.
88. A.w., p. 19-20.
89. T.a.p., p. 495.
90. Op p. 492.
91. A.w., p. 97-98.
92. A.w., p. 28-29.
93. XVIIIth International Congress of Administrative Sciences, Subject 1, Prof. Dr. Frido Wagener, *The Problem of the Rule of Law in the Industrial State;* German Section of the International Institute of Administrative Sciences, Madrid 1980, p. 9-10.
94. A.w., p. 150-153.
95. A.w., p. 223.
96. Steenbeek, t.a.p., p. 489, 491 en 497.
97. Ingezet door T. Koopmans, De rol van de wetgever; in: *Honderd jaar rechtsleven,* jubileumbundel van de NJV, Tjeenk Willink-Zwolle 1970, p. 221-235, en strak doorgetrokken in het geciteerde boek van De Haan c.s. Waarschuwingen tegen de risico's van deze benadering zijn te vinden bij W. Kuizinga, *Op weg naar coördinatie van onze ruimtelijke administratieve wetgeving;* in: TvO 1977, p. 359-365, 382-387 en 406-410; C.A.J.M. Kortmann, bespreking van het boek van De Haan c.s. in: *Bestuursforum* 1979, p. 55; J.M. Polak, Codificerende wetgeving; in: *Regel en Praktijk* (Van Wijnbergenbundel), Tjeenk Willink-Zwolle 1979, p. 15-22; Steenbeek, a.w. in Bouwrecht 1980, p. 488-500, en de redactie van Bestuurswetenschappen bij de bespreking van het boek van De Haan c.s. in: *Bestuurswetenschappen* 1980, p. 109-118.
98. In zijn in noot 7 geciteerde bijdrage.
99. T.a.p., p. 494 en 499.
100. Op p. 499.
101. P. 497-498.
102. Uitvoeriger hierover: Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht,* a.w., p. 89-90.
103. HR 27 jan. 1961, *ARB* 1961 p. 161, *A.Ae.* 1960-1961, p. 147, *NJ* 1963 nr. 248.
104. HR 24 jan. 1969, *NJ* 1969 nr. 316, *ARB* 1969 p. 194, *Gem. St.* no. 6033, *A.Ae.* 1969 p. 266.
105. Vgl. J.P. Scheltens, Wet of rechtsbeginselen?; in: *Nederlands Juristenblad* 1978, p. 717-729.
    Het lijkt overigens maar de vraag, of zo ver gaande en algemene conclusies mogen worden getrokken als door Scheltens in deze bijdrage. Men vergelijke hiertoe ook HR (belastingkamer) 12 april 1978, *NJ* 1979 no. 533, met HR (burgerlijke kamer) 23 maart 1979, *NJ* 1979 no. 534.
106. C.W. Dubbink, Rechter, wetgever, bestuur; in: *De Praktijkgids* 1980, p. 265-266.
107. A.w., p. 498.
108. A.w., p. 489.
109. Zie noot 106.
110. In: *Overheidsbestuur en privaatrecht,* a.w., p. 330.
111. Geuit in zijn in noot 58 geciteerde brochure.
112. Vgl. o.a. de in noot 7 en noot 87 geciteerde bijdragen.

113. Vgl. Afd. R. RvS 14 juni 1979, *tB/S,* III, p. 660 d, en HR 8 april 1980, *NJ* 1980 no. 330.
114. Zie verder over de 'legitimatie van de regelgeving': Steenbeek, a.w., p. 498-499 en de daar geciteerde literatuur.
115. M.n. het zorgvuldigheidsbeginsel: zie vooral de hieronder bij III.4.b geciteerde jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.
116. C.A.J.M. Kortmann, *Planning en staatsrecht;* Tilburg 1978.
117. Zie hiervoor De Haan c.s., a.w., p. 163-178.
Soortgelijke discussie ontstond binnen de Nederlandse Juristenvereniging naar aanleiding van het (sterk in de lijn van De Haan c.s. liggende) preadvies van M. Scheltema: *Dient wijziging te worden gebracht in het proces van wetgeving?;* Hand. NJV 1979, deel 1, tweede stuk, p. 63 v. Onder anderen W.F. de Gaay Fortman, T. Koopmans en J.A.T.J.M. Duynstee zetten zich af tegen de vér gaande gelijkschakeling van plan en wettelijke normstelling en tegen het ontbreken van een *juridisch-normatieve* maatstaf voor wetgeving in de gedachten van Scheltema (Hand. NJV 1979, deel 2, p. 15, p. 27 en p. 62 v.).
118. A.w., p. 179-182.
119. Vgl. A.Q.C. Tak, Financiële compensatie terzake van rechtmatige bestuursdaden; in: *Nederlands Juristenblad* 1980, p. 653-667, met name p. 666-667.
120. Uit de veelheid van literatuur wordt hier genoemd: U. Rosenthal, M.P.C.M. van Schendelen en G.H. Scholten, *Openbaar bestuur: Organisatie, beleid en politieke omgeving;* Tjeenk Willink-Alphen aan den Rijn 1977, met name hoofdstuk 8 ('Beslissingen'), waarin een uitvoerige literatuurverwijzing is opgenomen.
121. *Rapport A.B.A.R.;* Rapport van een commissie uit de V.A.R., belast met het ontwerpen van een wet houdende algemene bepalingen van administratief recht (Commissie Van Maarseveen). Geschrift VAR *LXXII,* Tjeenk Willink-Groningen, 1974. Overigens is in navolging van de Proeve (ontw. art. 68) en de Staatscie. Cals-Donner (ontw. art. 85 lid 2) in de komende grondwetsherziening een ontwerp-bepaling opgenomen, inhoudende: 'De wet stelt algemene regels van bestuursrecht vast' (ontwerp-art. 5.2.8, lid 2).
122. In 1979 werd aan de algemene ledenvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging o.a. het volgende vraagpunt voorgelegd: *'Dient ook voor belangrijke besluiten die het karakter van regeling missen, zoals plannen en beslissingen op nota's, de wijze van totstandkoming van de formele wet te worden gevolgd?'.* De ledenvergadering beantwoordde dit vraagpunt met grote meerderheid *ontkennend.* (Hand. NJV 1979, deel 2, p. 91).
123. Deze leer van de Hoge Raad heeft overigens juist op dit punt fundamentele bestrijding gekregen van P. Zonderland, *Het kort geding, in het bijzonder tegen de overheid;* tweede druk, Zwolle 1972, p. 156 v.
Zonderland meent, dat art. 1 Wet RO een *algemene* rechtsmacht opdraagt aan de gewone rechter, voorzover niet bij wettelijke bepalingen deze rechtsmacht uitdrukkelijk is opgedragen aan andere colleges. Voor de in art. 2 Wet RO geregelde onderwerpen zou zo'n wettelijke opdracht aan andere colleges uitgesloten zijn, omdat daar sprake is van een *exclusieve* bevoegdheid van de gewone rechter. In dezelfde zin: W.F. Prins, annotatie onder HR 9 nov. 1973, *NJ* 1974 no. 91.
Hoewel de argumenten van Zonderland moeilijk weerlegbaar lijken, moet toch worden geconstateerd, dat de Hoge Raad de competentie van de gewone rechter op art. 2 Wet RO blijft baseren, zelfs voor kort geding (HR 26 maart 1971, *ARB* 1971 no. 135, *A.Ae.* 1972, p. 149).
124. Voor een treffend voorbeeld zie het in de vorige noot geciteerde arrest inzake de Verkiezingsafspraak Elsloo.
125. HR 31 dec. 1915, *W.* 9947, *NJ* 1916 p. 407, *ARB* 1919 p. 19, *WPNR* 1916 p. 465.
126. HR 2 febr. 1966, *NJ* 1966 nr. 415, *ARB* 1966 p. 579, *A.Ae.* 1966/1967 p. 137, *BR* 1966 p. 266.
127. KB's van 29 okt. 1969, Stb. 488, *BR* 1969 p. 764 (Martinusstichting Nijmegen) en 29 okt. 1975, Stb. 600, *Gem. St.* 1975 p. 476 (Soest).

128. KB's van 20 jan. 1971, resp. nrs. 59 (Lichtenvoorde) en 60 (Nijmegen), *NG* 1972 p. 335, *AB* 1971 no. 153 en *BR* 1971 p. 193.
129. Afd. R. RvS 1 sept. 1977, *tB/S,* V, p. 140 (Maastricht), en 8 juni 1978, *A.Ae.* 1978 p. 574, *Gem. St.* no. 6514 (De Bilt).
130. Afd. R. RvS 1 dec. 1977, *AB* 1978 no. 208.
131. Vz. Afd. R. RvS 16 aug. 1977, *tB/S,* V, p. 116.
132. Afd. R. RvS 29 aug. 1978, *tB/S,* V, p. 343.
133. Verkort weergegeven in *tB/S,* V, p. 345.
134. Vgl. bijv. Afd. R. RvS 2 okt. 1978, *tB/S,* V, p. 378: 'Naar het oordeel van de Afdeling betreft het hier – bij het ontbreken van enige publiekrechtelijke regeling terzake – een aangelegenheid van geheel privaatrechtelijke aard', en Afd. R. RvS 15 dec. 1978, *tB/S,* V, p. 407: 'Nu geen publiekrechtelijke titel aanwezig is waarop appellante haar aanspraak kan baseren, moet de weigering van verweerders om het verlangde bedrag te betalen worden aangemerkt als een weigering om een rechtshandeling naar burgerlijk recht te verrichten'. Soortgelijk o.a. Vz. Afd. R. RvS 27 juli 1978, *tB/S,* V, p. 325, en Afd. R. RvS 2 jan. 1979, verkort weergegeven bij *tB/S,* V, p. 410.
135. HR 14 jan. 1949, *NJ* 1949 no. 557, *ARB* 1949 p. 751.
136. Vz. Afd. R. RvS 14 sept. 1979, *tB/S,* VII, p. 266.
137. Vgl. J.J. Oostenbrink, *Administratieve sancties;* diss. Utrecht 1967, Reeks Bestuurlijke Verkenningen nr. 19, p. 106-129, en de aldaar geciteerde literatuur en jurisprudentie; verder *TvO* 1963 no's. 885, 896, 908; 1965 no. 1020; 1966 no. 1053; 1967 no. 1056, en 1973 no. 1217.
138. Afd. R. RvS 20 aug. 1979, *tB/S,* III, p. 720.
139. Zie de noten 44 en 45.
140. In: *Nederlands Juristenblad* 1972 p. 677 v.
141. HR 19 jan. 1968, *NJ* 1968 no. 166, *TvO* 1968 p. 241, *A.Ae.* 1968/1969 p. 189.
142. Men kan zich overigens afvragen, of de uitleg van de Hoge Raad van de bedoeling der wetgever nog steeds op kan gaan na de ongewijzigde vaststelling van het huidige artikel 277 gemeentewet.
143. HR 4 mei 1966, *NJ* 1967 no. 217.
144. Zie ook HR 28 april 1961, *NJ* 1961 no. 433, *ARB* 1961 p. 955.
145. Zie voorts de artt. 676, 700 en 720 BW.
146. Hof Arnhem 20 febr. 1878, *W.* 4221.
147. Afd. R. RvS 7 maart 1979, *tB/S,* III, p. 612.
148. Niet uitgesloten, doch minder waarschijnlijk, is het bewust toepassen van een verkeerd wettelijk voorschrift enkel teneinde een burger tegemoet te kunnen komen, zonder daardoor andere burgers te duperen.
149. In deze zin ook: J. In 't Veld, *Beginselen van behoorlijk bestuur;* Zwolle 1976, p. 91.
150. CRvB 29 dec. 1978, *AB* 1979 no. 505.
151. Afd. R. RvS 23 sept. 1979, *tB/S,* III, p. 130.
Daarentegen werd een beroep tegen het niet-aanvragen van verklaringen van geen bezwaar als bedoeld in art. 19 WRO en art. 50, lid 8, Woningwet niet ontvangen, omdat een zodanige aanvraag als een voorbereidingshandeling moest worden aangemerkt, (Afd. R. RvS 30 sept. 1977, *tB/S,* III, p. 142).
152. Afd. R. RvS 31 okt. 1979, *tB/S,* III, p. 168.
153. O.a. CvBB 5 dec. 1955, *SEW* 1956 p. 85.
154. O.a. CvBB 26 okt. 1956, *SEW* 1957 p. 153.
In dezelfde richting gaat de uitspraak van de Afdeling rechtspraak van 3 febr. 1978, *tB/S,* III, p. 249.
155. CvBB 6 nov. 1959, *SEW* 1960. p. 37. Overigens zal klager hier waarschijnlijk weinig mee opgeschoten zijn, want het College bepaalde, dat opnieuw op de aanvraag moest worden beslist met inachtneming van de overwegingen van het College.
156. CRvB 26 febr. 1970, *Mil. Rechtelijk Tijdschr.* 1970, 295.
157. CRvB 25 juni 1971, *RSV* 1971, 246.
158. KB van 1 april 1971, *AB* 1971 no. 250, *Gem. St.* no. 6156.

159. Afd. R. RvS 18 nov. 1977, *tB/S,* III, p. 196.
160. HR 29 maart 1974, *NJ* 1974 no. 344.
161. Afd. R. RvS 12 jan. 1978, *tB/S,* III, p. 226.
162. Afd. R. RvS 25 jan. 1978, *tB/S,* III, p. 240.
163. Afd. R. RvS 23 febr. 1978, *tB/S,* III, p. 291.
164. Bijv. Afd. R. RvS 19 juli 1979, *tB/S,* III, p. 680, en Afd. R. RvS 19 juli 1979, *tB/S,* III, p. 687.
165. Zie voor deze opstelling t.a.v. begrotingsposten in het algemeen reeds HR 8 mei 1877, *W* 4119.
166. Reeds HR 5 okt. 1849, *W* 1058.
167. Vgl. de geciteerde preadviezen voor de NJV van Van Kreveld, p. 144 v. en – voorzichtiger – Van der Burg, p. 25 v.
168. Zie noot 2 en noot 14.
169. Zie zijn conclusies aan het slot van het geciteerde preadvies, p. 54 v.
170. Zie onder III.3.
171. Vgl. ook de geciteerde bijdrage van Belinfante, *De vier rechtsvormen van overheidssubsidie;* p. 11-12 (Verlening bij door pseudowetgeving gereglementeerde individuele beschikkingen) en p. 12-13 (Verlening bij individuele beschikkingen, gebaseerd op een op een wettelijke regeling berustende planning of programmering).
172. O.a. Vz. Afd. R. RvS 3 aug. 1977, *tB/S,* V, p. 110; 25 nov. 1976, *AB* 1977 no. 95 (vereenv. afdoening; verzet verworpen door de Afdeling bij uitspraak van 31 maart 1977, *tB/S,* IX, p. 3), en Afd. R. RvS 8 juni 1978, *tB/S,* V, p. 287.
173. Afd. R. RvS 9 mei 1978, *tB/S,* III, p. 389.
174. Afd. R. RvS 13 juni 1978, *AB* 1979 no. 112.
175. Vz. Afd. R. RvS 31 maart 1977, *tB/S,* IX, p. 3.
176. Afd. R. RvS 5 jan. 1978, *tB/S,* V, p. 207.
177. Afd. R. RvS 2 mei 1978, *AB* 1978 no. 361; 8 mei 1978, *AB* 1978 no. 362; 13 juni 1978, *AB* 1978 no. 164; 20 juni 1978, *AB* 1979 no. 165, en 26 juni 1978, *tB/S,* III p. 426g.
178. Vz. Afd. R. RvS 27 juni 1979, *AB* 1979 no. 550.
179. Afd. R. RvS 18 april 1978, *AB* 1978 no. 377.
180. Afd. R. RvS 14 febr. 1978, *tB/S,* III, p. 260.
181. Vz. Afd. R. RvS 11 mei 1978, *AB* 1978 no. 360.
182. KB van 9 jan. 1976, *AB* 1977 no. 294.
183. Afd. R. RvS 26 juni 1978, *AB* 1978 no. 286.
184. HR 29 juni 1979, *AB* 1979 no. 488.
185. In zijn annotatie onder het in de vorige noot geciteerde arrest.
186. KB van 19 jan. 1979, *AB* 1979 no. 241.
187. KB van 20 febr. 1979, *AB* 1979 no. 290.
188. Vgl. o.a. KB van 6 febr. 1967, *ARB* 1967 p. 270.
189. Afd. R. RvS 17 mei 1978, *AB* 1978 no. 429, *tB/S,* III, p. 396.
190. Inmiddels is weer dubieus geworden of hier inderdaad gesproken moet worden van een *nieuw* algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Op 2 oktober 1979 overwoog de Afdeling rechtspraak namelijk t.a.v. een zonder mandaat genomen subsidiebeschikking van de Rijksconsulent voor Handel, Ambacht en Diensten in de provincie Overijssel dat dit op eigen gezag genomen besluit als onbevoegdelijk genomen moest worden gekenschetst en derhalve moest worden vernietigd '... daar het is genomen in strijd met het tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur behorende beginsel der rechtszekerheid, hetwelk gebiedt dat een beschikking dient uit te gaan van een daartoe bevoegd orgaan'. (Afd. R. RvS 2 okt. 1979, *tB/S,* III, p. 750).
Bij het afsluiten van de kopij van dit preadvies was overigens weer een – nog niet gepu-
Na het afsluiten van de kopij van dit preadvies werd een uitspraak gepubliceerd, waarin de Afdeling een onbevoegdelijk genomen besluit op grond van art. 8, lid 1, onder *a* vernietigde (Afd. R. RvS 28 jan. 1980, *AB* 1980 no. 600).
191. Vgl. CvBB 5 aug. 1977, *AB* 1977 no. 351 (bevoegdheidsuitoefening door secretaris zonder mandaat is in strijd met art. 95 WBO, waar die bevoegdheid wordt toegekend aan

het bestuur), en CRvB 27 jan. 1978, *AB* 1978 no. 144 (door Burgemeester onbevoegdelijk genomen besluit terzake van schadeloosstelling vernietigd, omdat die bevoegdheid in beginsel toekomt aan de gemeenteraad. De Centrale Raad overweegt expliciet hiermee af te stappen van de vroeger gevolgde lijn (o.a. CRvB 7 maart 1975, *AB* 1975 no. 150), waarbij klagers *niet-ontvankelijk* werden geacht, omdat sprake was van een van rechtswege nietig besluit.

192. In hun aantekening onder Afd. R. RvS 17 mei 1978 in *tB/S*, III, p. 398.
193. G.J. Wiarda, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur;* preadvies VAR 1952, Geschrift VAR XXIV.
194. Bijv. M. Scheltema (vgl. diens in noot 34 geciteerde bijdragen).
195. HR 15 febr. 1952, *NJ* 1953 no. 52, *ARB* 1953 p. 334.
196. Afd. R. RvS 14 dec. 1977, *tB/S*, III, p. 1; 7 okt. 1977, *tB/S*, III, p. 151; 20 nov. 1978, *tB/S*, IV, p. 79, en 25 okt. 1978, *tB/S*, V, p. 395.
197. Afd. R. RvS 26 febr. 1979, *tB/S*, III, p. 591.