Utrecht University Library
Partner in Science
Universiteit Utrecht

De theorie van den détournement de pouvoir van den franschen Conseil d'Etat

https://hdl.handle.net/1874/278036

1922

DE THEORIE VAN DEN DÉTOURNEMENT DE POUVOIR VAN DEN FRANSCHEN CONSEIL D'ETAT

Mr A. C. J. MULDER

A. qu.
192

DE THEORIE VAN DEN DÉTOURNEMENT DE POUVOIR VAN DEN FRANSCHEN CONSEIL D'ETAT

A. qu. 192, 1925

DE THEORIE VAN DEN DÉTOURNEMENT DE POUVOIR VAN DEN FRANSCHEN CONSEIL D'ETAT

PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN DOCTOR IN DE RECHTSGELEERDHEID AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT, OP GEZAG VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS PROF. J. F. NIERMEYER, HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER LETTEREN EN WIJSBEGEERTE, VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT, TEGEN DE BEDENKINGEN VAN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID TE VERDEDIGEN OP VRIJDAG 17 NOVEMBER 1922, DES NAMIDDAGS TE 3 UUR, DOOR

Mr ARNOLDUS CORNELIS JOHANNES MULDER,
GEBOREN TE ARNHEM.



P. DEN BOER
SENATUS VETERANORUM TYPOGRAPHUS ET LIBRORUM EDITOR
UTRECHT MCMXXII

Het is mij een behoefte U, Hoogleeraren der Juridische Faculteit, op deze plaats dank te betuigen voor het onderwijs, dat ik van U heb mogen genieten.

In het bizonder reken ik het mij tot een aangenamen plicht U, hooggeachte Promotor, Hooggeleerde de Savornin Lohman, te bedanken voor de zeer gewaardeerde hulp en voorlichting, welke ik bij het vervaardigen van dit proefschrift van U heb mogen ontvangen.

AAN MIJN OUDERS

INHOUD.

Blz.

INLEIDING 1

HOOFDSTUK I.

Inleidende opmerkingen aangaande de Fransche administratieve Rechtspraak 2

HOOFDSTUK II.

De pouvoir discrétionnaire der Fransche administratie 11

HOOFDSTUK III.

Definitie van den détournement de pouvoir. De strekking der theorie 30

HOOFDSTUK IV.

Nadere uiteenzetting der theorie 42

HOOFDSTUK V.

Historische ontwikkeling van de theorie van den détournement de pouvoir 52

HOOFDSTUK VI.

Practische toepassing der leer 58

HOOFDSTUK VII.

Bewijs van den détournement de pouvoir 79

HOOFDSTUK VIII.

Détournement de pouvoir en abus du droit 89

HOOFDSTUK IX.

Critiek op de theorie 95

HOOFDSTUK X.

De erreur de fait 104

Blz.

HOOFDSTUK XI.

Slotbeschouwingen 110

HOOFDSTUK XII.

De détournement de pouvoir en de Nederlandsche wetgeving en iurisprudentie 113

BIBLIOGRAPHIE 137

STELLINGEN 139

INLEIDING.

Daar de theorie van den détournement de pouvoir hier te lande in den laatsten tijd herhaaldelijk ter sprake is gekomen en zelfs in de wet op de crisisrechtspraak haar intrede deed in de Nederlandsche wetgeving, scheen het niet geheel overbodig te onderzoeken, wat de Fransche Conseil d'Etat, welke zich erop beroemd de theorie opgesteld te hebben, onder détournement de pouvoir verstaat.

In de volgende bladzijden geven we weer wat het resultaat is van een nauwkeurig onderzoek van de arresten van den Conseil d'Etat, welke op deze materie betrekking hebben.

Om het geheel meer overzichtelijk te maken hebben we zoo weinig mogelijk de auteurs geciteerd, ook wanneer wij in meening van hen verschilden. Belangstellenden verwijzen we daarom naar de lijst van litteratuur.

Het is overigens verwonderlijk hoe weinig de Fransche auteurs zich met dit onderwerp en al wat er bij behoort, hebben bezig gehouden. Zoo schrijft een autoriteit als Hauriou naar aanleiding van den pouvoir discrétionnaire der administratie, waarover hier te lande een berg van litteratuur bestaat: „Je saisis l'occasion de déclarer que, „sans la lumière qu'il (Michoud) a projetée sur cette obscure „province du droit, je n'aurais probablement jamais osé m'y „aventurer, surtout dans un ouvrage élémentaire." (Hauriou, Précis, p. 347). Dat zoo weinig litteratuur over dit onderwerp bestaat is waarschijnlijk hierdoor veroorzaakt, dat in Frankrijk nooit, zooals hier te lande, een hevige strijd is gevoerd over de vraag in hoeverre de administratieve rechter mag treden in de beoordeeling van de doelmatigheid der administratieve handelingen. Men legt zich eenvoudig neer bij de uitspraken van den Conseil d'Etat, wiens iurisprudentie een zeer belangrijke bron van administratief recht vormt, en wiens autoriteit algemeen erkend wordt.

HOOFDSTUK I.

Inleidende opmerkingen aangaande de Fransche administratieve Rechtspraak.

Alvorens over te gaan tot een onderzoek naar de theorie van den détournement de pouvoir schijnt het ons gewenscht eenige korte opmerkingen te maken omtrent de Fransche administratieve rechtspraak in het algemeen. We willen ons echter beperken tot datgene, wat volstrekt noodig is tot goed begrip van onze latere uiteenzettingen: van een volledige beschrijving van de organisatie van de Fransche administratieve rechtspraak en van haar iurisprudentie kan, gezien de opzet van dit werk, natuurlijk geen sprake zijn.

Frankrijk nu bezit een gecentraliseerde administratieve rechtspraak, competent behoudens uitzonderingen alle administratieve geschillen te beoordeelen. De Conseil d'Etat statuant au contentieux, m. a. w. in zijn hoedanigheid van administratieven rechter, is de spil, waarom alles draait [1]).

---

1) Dat de Conseil d'Etat, statuant au contentieux, werkelijk een rechtscollege is, is aan geen twijfel onderhevig. Het volgt reeds onmiddellijk uit art. 10 van de wet van 24 Mei 1872 (wet op de organisatie van den Conseil d'Etat):

„Le Conseil d'Etat est divisé en quatre sections, dont trois seront chargées d'examiner les affaires d'administration pure et une de juger les recours contentieux".

Hier wordt de tweeërlei taak van den Conseil d'Etat duidelijk onderscheiden: deelname aan de taak van de administratie, rechtspraak in administratieve geschillen. De Fransche schrijvers nemen reeds stilzwijgend aan, dat de Conseil d'Etat statuant au contentieux, het karakter van een rechtscollege bezit. Dat de Conseil d'Etat deel uitmaakt van de administratie belet niet, dat hij kan optreden als rechter van adminstratieve geschillen. De Conseil d'Etat is door zijn organisatie zóó geheel onafhankelijk der eigenlijke administratie, dat de opmerking, dat de administratie haar eigen geschillen beoordeelt,

In beginsel kunnen alle administratieve geschillen aan hem in eersten aanleg onderworpen worden; over die geschillen, welke in eersten aanleg tot de competentie van een ander College behooren, is hij rechter in hooger beroep of cassatie. De wet geeft een limitatieve opsomming van de administratieve geschillen, welke onderworpen dienen te worden aan het oordeel der administratieve rechtscolleges, welke bestaan naast den Conseil d'Etat, te weten: de conseils de préfecture, de conseils du contentieux des colonies, de cour des compts, de conseil supérieur de l'instruction publique en de conseils de révision. De bevoegdheden dezer colleges willen we hier verder niet bespreken. De Conseil d'Etat zelf is niet gebonden

---

practisch geen beteekenis heeft. Dat in den contentieux de l'annulation de Conseil d'Etat, zooals we later zien zullen, veeleer belast is met het handhaven der objectieve rechtsorde dan met het beschermen van de subjectieve rechten der onderdanen, verleent hem nog niet het karakter van een administratief lichaam, belast met repressief toezicht op de administratieve handelingen. Ook hier is zijn taak, zooals duidelijk uit de bedoeling der wet blijkt, handhaven van het recht. Het oordeel van den Conseil d'Etat over zichzelf geeft steun aan deze stelling: hij acht zichzelf administratief rechter, wat onmiddellijk hieruit blijkt, dat hij zich niet bevoegd acht over de doelmatigheid der administratieve handelingen te oordeelen: hij handhaaft slechts de rechtsregels. Houdt men dit karakter van den Conseil d'Etat, statuant au contentieux, in het oog, dan is duidelijk, dat, wanneer zijn iurisprudentie in sommige gevallen niet op de wet berust, deze iurisprudentie toch rechtsregels tot grondslag heeft. Zoo heeft de Conseil d'Etat geheel buiten de wet om de aansprakelijkheid van den Staat voor onrechtmatige overheidsdaad vastgesteld. Het is duidelijk, dat hier door den Conseil d'Etat een geheel van rechtsregels is opgebouwd. Het zou derhalve onjuist zijn te meenen, dat de administratie bij monde van den Conseil d'Etat zich vrijwillig, zonder hiertoe rechtens genoodzaakt te zijn, onderwerpt aan het betalen van een schadevergoeding in het geval van onrechtmatige administratieve handelingen. Deze meening zou juist kunnen zijn, wanneer de Conseil d'Etat niet een rechtscollege was, doch slechts een administratief lichaam voorzien van de bevoegdheid om in hiërarchisch verband een repressief toezicht uit te oefenen op de administratieve handelingen.

Later hopen we hierop, in verband met de theorie van den détournement de pouvoir, nog terug te komen (zie blz. 42).

aan een limitatieve opsomming der geschillen, waarvan hij kennis kan nemen: alle geschillen, welke niet tot de competentie van een ander college behooren, kunnen aan hem in eersten aanleg onderworpen worden. De overwegende positie van den Conseil d'Etat is wel zeer duidelijk. Zijn iurisprudentie is dan ook beslissend voor de Fransche administratieve rechtspraak.

De bevoegdheid van den Conseil d'Etat statuant au contentieux berust op artikel 9 van de wet van 24 Mei 1872:

„Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs, formées contre les actes des diverses autorités administratives."

Het is duidelijk, dat, waar de wet de bevoegdheid van den Conseil d'Etat zoo vaag omschrijft, competentiegeschillen tusschen administratieven rechter en gewonen rechter niet kunnen uitblijven. Aan het Tribunal des conflits is de taak opgedragen deze geschillen te beslissen. De positie van den administratieven rechter is echter veel sterker dan die van de rechterlijke macht: de administratieve rechter kan niet door het Tribunal des conflits incompetent verklaard worden kennis te nemen van een geschil, hetwelk zou behooren tot de kennisneming van de rechterlijke macht. Derhalve heeft de Conseil d'Etat voor een groot gedeelte zelf de omvang van zijn bevoegdheid moeten bepalen. De Conseil d'Etat is echter zeer voorzichtig te werk gegaan, zoodat hij van zijn positie geen misbruik gemaakt heeft om van geschillen kennis te nemen, welke niet tot zijn competentie behooren.

In beginsel kunnen alle administratieve handelingen aan het oordeel van den administratieven rechter onderworpen worden. Art. 9 van de wet van 1872 beperkt de competentie van den Conseil d'Etat niet tot enkele administratieve handelingen. Toch ontsnappen ten gevolge van 's Raads iurisprudentie enkele groepen administratieve handelingen aan het rechterlijk oordeel. De voornaamste hiervan zijn de

„actes qui ne font pas de grief" en de „actes de gouvernement".

Zooals wij later zien zullen, heeft de Conseil d'Etat vastgesteld, dat men, om een eisch tot vernietiging van een administratieve handeling te kunnen instellen, in zijn belangen door de aangevallen handeling geschaad moet zijn. Dit heeft ten gevolge, dat diè administratieve handelingen, welke niemands belang treffen, aan het oordeel van den Conseil d'Etat ontsnappen.

Er bestaat echter nog een andere groep van administratieve handelingen, door iurisprudentie en schrijvers aangeduid met de collectieve benaming van „actes de gouvernement", welke de Conseil d'Etat niet wil beoordeelen. Zij omvatten de volgende handelingen:

De decreten van den President der Republiek, waarmede deze in betrekking treedt met de Kamers, zooals het indienen van een wetsontwerp, opening eener zitting, het ontbinden der Kamers.

Het sluiten van buitenlandsche verdragen.

Het uitoefenen van het recht van gratie.

Enkele politiemaatregelen van sanitairen aard.

Het annexeeren van gebieden.

Het verklaren van den staat van beleg.

Het wijzigen van den staatkundigen toestand van een kolonie.

Oorlogsfeiten, voor zoover zij onmiddellijk met den krijg in verband staan.

De schrijvers vragen zich af, waarom de conseil d'Etat het oordeel over deze handelingen aan zich onttrokken acht.

Volgens sommigen [1]) vloeit middellijk of onmiddellijk uit de bepalingen der wet voort, dat de wet een onderscheid maakt tusschen administratie en gouvernement en onder de administratie niet het gouvernement zou begrijpen. Wanneer

---

1) Laferrière. Juridiction administrative. 2e édit. t. II, p. 32.
Haurion. Précis de droit administratif. 10e édit, p. 431.

derhalve aan den administratieven rechter de bevoegdheid verleend wordt administratieve handelingen te beoordeelen, blijven de actes de gouvernement aan zijn oordeel onttrokken. Volgens deze schrijvers nu zijn onder actes de gouvernement te verstaan die handelingen van de uitvoerende macht, waardoor de groote lijnen van het staatsbewind worden aangegeven. Deze definitie is echter zeer vaag, zoodat men, om in een bepaald geval te weten of men te doen heeft met een acte de gouvernement, de iurisprudentie van den Conseil d'Etat moet raadplegen. Van de actes de gouvernement is dus aan de hand van de iurisprudentie van den Conseil d'Etat een limitatieve opsomming te geven.

Volgens andere schrijvers [1]) heeft de term „actes de gouvernement" slechts formeele beteekenis en duidt men hiermede een groep administratieve handelingen aan, welke om geheel verschillende redenen aan het oordeel van den rechter onttrokken zijn. Zoo zouden de decreten, waarmede de President der Republiek in betrekking treedt tot de Kamers, aan het oordeel van den Conseil d'Etat onttrokken zijn, omdat alleen aan de Kamers het toezicht op deze handelingen zou toekomen. De buitenlandsche verdragen zouden aan het rechterlijk oordeel ontsnappen, omdat slechts een internationale rechter over deze verdragen zou mogen oordeelen. Weer andere handelingen, zooals het uitoefenen van het recht van gratie, zouden aan het rechterlijk oordeel ontsnappen tengevolge van een compromis tusschen administratie en administratieven rechter. De administratie, op wier welwillendheid het tenslotte slechts berust, dat zij zich aan het rechterlijk oordeel onderwerpt, daar niemand haar zou kunnen dwingen te gehoorzamen, zou zich slechts met de groote ontwikkeling der administratieve rechtspraak hebben verzoend, onder voorwaarde dat enkele handelingen buiten het bereik van den rechter zouden blijven.

Wij willen in dezen strijd geen partij kiezen. Practische

---

1) Michoud. Des actes de gouvernement. Grenoble 1889.

beteekenis heeft hij ten slotte niet, daar men er niet over verschilt wat de actes de gouvernement zijn — een ieder sluit zich aan bij de limitatieve opsomming door den Conseil d'Etat gegeven —, doch omdat men twist over de vraag, wat de oorzaak kan zijn van deze iurisprudentie.

De administratieve rechtspraak is te verdeelen in contentieux de pleine iuridiction en contentieux de l'annulation. Eerst willen we enkele woorden wijden aan den contentieux de pleine iuridiction.

Zooals de term reeds aanduidt wordt in deze procedure geconstateerd, dat de administratie verplicht is een bepaalde handeling te verrichten of na te laten en wordt de administratie tot het nakomen van die verplichting veroordeeld. De Conseil d'Etat is de voornaamste rechter in den contentieux de pleine iuridiction. De iurisprudentie van den Conseil d'Etat heeft, zonder dat een wettelijk voorschrift hem er toe noopte, de recours de pleine iuridiction zeer beperkt. Volgens den Raad kan de administratie slechts veroordeeld worden tot een prestatie in *geld*, wanneer een wettelijk voorschrift niet uitdrukkelijk het tegendeel verklaart. De gevolgen van deze iurisprudentie zijn echter, naar later blijken zal, door middel van den recours de l'annulation verzacht. Het is in den contentieux de pleine iuridiction, dat de iurisprudentie van den Conseil d'Etat geheel buiten de wet om de aansprakelijkheid van den Staat heeft vastgesteld voor de onrechtmatige administratieve handelingen. De Conseil d'Etat heeft uitdrukkelijk verklaard, dat art. 1382 C. C. (art. 1401 B. W.) geen betrekking heeft op de administratieve handeling. De Conseil d'Etat heeft zich derhalve genoodzaakt gezien, bij ontbreken van wettelijke bepalingen, zelf het recht te zoeken. De Raad nu kent twee soorten handelingen der administratie: De faits de service en de faits personnels. Beide betreffen handelingen door een ambtenaar in administratieven dienst verricht: Een handeling door een ambtenaar verricht geheel buiten zijn functie valt hier buiten beschouwing. De faits personnels

zijn hierin van de faits de service te onderscheiden, dat zij, hoewel in administratieven dienst verricht, een uiting zijn van de persoonlijke hartstochten en onvoorzichtigheden van den betrokken ambtenaar. Het onderscheid is echter zeer vaag, wat een uitgebreide casuïstiek ten gevolge heeft gehad. Voor de faits de service is de staat aansprakelijk, zonder dat de auteur zelve aangesproken kan worden. Voor de faits personnels is alleen de auteur, met uitsluiting van den staat, aansprakelijk, doch deze handelingen vallen, de naam duidt het reeds aan, buiten de competentie van den administratieven rechter: de rechterlijke macht dient hiervan kennis te nemen. Opgemerkt dient verder te worden, dat volgens den Conseil d'Etat de staat niet voor elke onrechtmatige fait de service aansprakelijk is. We moeten er echter van afzien den omvang dezer aansprakelijkheid nader vast te stellen.

Naast den contentieux de pleine iuridiction bestaat de contentieux de l'annulation. Verreweg de belangrijkste vernietigingsprocedure is die naar aanleiding van een recours pour excès de pouvoir (art. 9 wet 1872). Door middel van een recours pour excès de pouvoir kunnen zoo goed als alle handelingen vernietigd worden. Om een recours d'annulation te kunnen instellen wordt niet vereischt, dat men door de aan te vallen handeling in zijn rechten getroffen is: voldoende is, dat men door de handeling zijn belangen geschonden ziet. Van het zoozeer tot verwarring aanleiding gevende onderscheid tusschen recht en belang wil de Conseil d'Etat, ons inziens geheel terecht, niets weten. Hierdoor en tevens doordat de vernietiging werkt tegenover een ieder, draagt de Conseil d'Etat, wanneer hij een handeling vernietigt, grootendeels het karakter van handhaver der objectieve rechtsorde. Het belang van den recours pour excès de pouvoir is nog vergroot door de iurisprudentie van den Conseil d'Etat, volgens welke de administratie door middel van een contentieux de pleine iuridiction slechts veroordeeld kan worden tot een prestatie in geld. Weigert nu de admini-

stratie een prestatie, waartoe zij niet veroordeeld kan worden, te verrichten, — weigert zij b.v. een rooilijn vast te stellen —, dan kan de weigering vernietigd worden. De administratie is in dit geval wel niet veroordeeld, doch zij ontvangt een aanwijzing van den Conseil d'Etat, waaraan zij zich, gezien het groote gezag van den Raad, niet gemakkelijk zal durven onttrekken. Door zijn stilzwijgen kon de administratie eertijds een recours pour excès de pouvoir onmogelijk maken. Wanneer de administratie een verplichte handeling niet verrichtte, zonder evenwel uitdrukkelijk te weigeren te handelen, kon er geen sprake zijn van een vernietiging der weigering om de gevraagde handeling te verrichten. De wet van 17 Juli 1900 heeft echter deze leemte aangevuld door te verklaren, dat, wanneer de administratie na verloop van 4 maanden nog niet geantwoord heeft op het verzoek een handeling te verrichten, zij geacht wordt geweigerd te hebben.

Men begrijpe den term „excès de pouvoir" niet verkeerd. De administratie maakt zich niet alleen aan excès de pouvoir schuldig, wanneer zij een onrechtmatige handeling verricht, blijvend op het terrein harer bevoegdheden, — wat b.v. het geval zou zijn, wanneer de administratie wel een handeling verricht, waartoe zij de bevoegdheid bezit, doch zich schuldig maakt aan het overtreden van een vormvoorschrift —, doch er is ook sprake van excès de pouvoir, wanneer de administratie zonder eenige bevoegdheid handelt en dus treedt op een terrein, waarop zij geheel niet bevoegd is, — wat b.v. het geval zou zijn, wanneer zij zich begeven zou op het gebied, aan de rechtelijke macht gereserveerd. Daar verder in een vernietigingsprocedure alleen wilsverklaringen beoordeeld kunnen worden, worden door middel van den recours pour excès de pouvoir onrechtmatige wilsverklaringen vernietigd. De vraag of deze vernietiging een declaratoor of constitutief karakter draagt, moet blijven rusten. Het is eigenaardig, dat de Fransche schrijvers zich met deze vraag zoo goed als niet hebben bezig gehouden.

De Conseil d'Etat kent vier soorten excès de pouvoir, welke in historische volgorde aldus luiden:

incompétence, vice de forme, violation de la loi en détournement de pouvoir.

Wat vice de forme beteekent is duidelijk en behoeft geen nadere uiteenzetting.

Men kent twee soorten incompetentie: de absolute en de relatieve. Van een absolute incompetentie is sprake, wanneer de administratie handelingen verricht, welke geheel vallen buiten het gebied, dat zij betreden mag. Dit zou b.v. het geval zijn, wanneer de administratie recht ging spreken in strafzaken. Men spreekt van een relatieve incompetentie, wanneer door een administratief orgaan een handeling verricht wordt, welke wel ligt op het terrein der administratie, doch welke door een ander administratief orgaan verricht behoort te worden. In hoeverre nu verband kan bestaan tusschen incompétence en détournement de pouvoir, zal later blijken (blz. 51).

Men begrijpt, dat de term „violation de la loi" hier een bijzondere beteekenis heeft. Immers alle vier soorten van excès de pouvoirs zou men violation de la loi kunnen noemen, wanneer men althans den term neemt in den ruimen zin van schending van rechtsregels, daar vele regels niet op de wet doch op 's Raads iurisprudentie berusten. Het is duidelijk dat „violation de loi" hier een enge beteekenis heeft: aan violation de la loi staat schuldig elke administratieve handeling, waardoor een rechtsregel geschonden wordt, voor zoover deze schending geen vice de forme, incompétence of détournement de pouvoir ten gevolge heeft.

Hiermede zijn we genaderd tot de theorie van den détournement pouvoir, waarvan wij in de volgende bladzijden een uiteenzetting zullen geven.

HOOFDSTUK II.

De pouvoir discrétionnaire der Fransche Administratie.

De pouvoir discrétionnaire der Fransche Administratie houdt ten nauwste verband met de theorie van den détournement de pouvoir. Zooals ons blijken zal, is deze theorie bedoeld als een beperking van den pouvoir discrétionnaire. We willen nu in dit hoofdstuk vaststellen wat onder dit laatste dient te worden verstaan, waardoor blijken zal hoe uitgestrekt deze pouvoir discrétionnaire is en tevens duidelijk zal worden, dat het geen verwondering behoeft te wekken, dat de Conseil d'Etat naar middelen uitgezien heeft om deze vesting aan te tasten.

Herhaaldelijk verklaart de Conseil d'Etat in zijn arresten: „il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de juger l'opportunité de l'acte". De Conseil d'Etat heeft hier het oog op de vrijheid, welke aan de administratie gelaten is door de rechtsregels, welke vrijheid door de Fransche schrijvers — de Conseil d'Etat gebruikt zelf den term niet — met „pouvoir discrétionnaire de l'administration" wordt aangeduid. Is er van zulk een pouvoir discrétionnaire sprake, dan mag de Raad als administratief rechter niet beoordeelen of van deze vrijheid een juist gebruik gemaakt is [1], vandaar zijn weigering de doelmatigheid der administratieve handeling te beoordeelen.

Spreekt men over pouvoir discrétionnaire, dan is het duidelijk, dat men hiermede niet wil aanduiden, dat de administratie aan geen enkele rechtsnorm onderworpen zou zijn en zich dus boven het recht zou kunnen plaatsen. Een pouvoir discrétionnaire in dien absoluten zin is bij de huidige ontwikkeling van het Recht onbestaanbaar. Het instituut der administratieve rechtspraak getuigt reeds, dat de administra-

---

1) Dat een pouvoir discrétionnaire niet gelijk staat aan een pouvoir arbitraire zal later blijken.

tieve handelingen aan het Recht getoetst kunnen worden. Ook voor bepaalde handelingen is op dezen regel geen uitzondering te maken. Geen enkele theorie zou kunnen verdedigen, dat de administratie bij sommige handelingen niet aan het recht gebonden zou zijn: óf de administratie is altijd aan de rechtsregels onderworpen, óf ze is dit nimmer. Het is mogelijk, dat de administratie in sommige gevallen bij haar handelen niet aan de wet onderworpen is, doch bevoegdheden bezit buiten de wet om. Doch dit heeft niet ten gevolge, dat de administratie bij deze handelingen niet aan rechtsregels onderworpen zou zijn: de rechter heeft in dit geval niet de rechtsnorm in de wet, doch buiten de wet te zoeken. Een enkele maal heeft de Conseil d'Etat gemeend, dat ongebondenheid aan de wet tevens ongebondenheid aan het Recht met zich zou brengen. We hebben hier het oog op de theorie van de actes politiques. Hoewel deze theorie door den Conseil d'Etat reeds lang verworpen is, willen wij haar toch even releveeren om aan te toonen hoe gemakkelijk er aanleiding is voor verwarring in deze materie.

De Conseil d'Etat weigerde herhaaldelijk bepaalde handelingen, door hem actes politiques genoemd, te beoordeelen. Het betreft hier bijna uitsluitend handelingen, welke betrekking hebben op de van den troon vervallen verklaarde dynastieën.

De Duc d'Aumale, zoon van Louis-Philippe, vroeg vernietiging van het besluit van den Prefect van politie, waarbij een door hem geschreven werk in beslag genomen werd. De Conseil d'Etat antwoordde echter, dat het hier actes politiques betrof, welke niet aan zijn oordeel onderworpen konden worden en verklaarde zich incompetent (9 Mei 1867). Reeds vroeger had de Conseil zich onbevoegd verklaard kennis te nemen van vorderingen der familie Bonaparte op den Franschen Staat, daar deze vorderingen betrekking hadden op „actes de gouvernement met een geheel politiek karakter" (5 Dec. 1838).

Wat was nu de oorzaak van deze iurisprudentie? De

oudere schrijvers, zooals Dufour [1], geven antwoord op deze vraag. Men was van meening, dat de wet aan de regeering niet voldoende bevoegdheden verleende om haar taak, den staat te beschermen tegen de van den troon vervallen verklaarde dynastieën, naar behooren te kunnen vervullen. De wetenschap en met haar de Conseil d'Etat nam aan, dat, waar de wet te kort schoot, de Regeering niet door de wet gebonden was en dat aldus tegen de betreffende dynastieën buitengewone maatregelen geoorloofd waren. We willen de wenschelijkheid van dit standpunt, dat felle bestrijders vond, niet aan een onderzoek onderwerpen, doch slechts vaststellen, dat de Conseil d'Etat geheel ten onrechte van meening was, dat, waar het actes politiques gold, de regeering niet aan rechtsregels onderworpen was, met het onmiddellijk gevolg, dat de Conseil d'Etat zich over de rechtmatigheid der handelingen niet kon uitspreken en zich dus incompetent verklaarde. De Conseil d'Etat vergat, dat een ongebondenheid aan de wet geen ongebondenheid aan het Recht met zich brengt en dat, ook al plaatst de Regeering zich in uitzonderingsgevallen boven de wet, van een incompetentie van den rechter geen sprake behoeft te zijn. Ongetwijfeld zou dit het huidige standpunt van den Raad zijn. Aan de theorie van de actes de politiques is echter reeds een einde gekomen door het feit, dat heden de Conseil d'Etat leert, dat alle administratieve bevoegdheden op de wet behooren te rusten. Van bevoegdheden buiten de wet om kan dus geen sprake meer zijn.

Van een absoluten pouvoir discrétionnaire is, wij herhalen het, geen sprake. In vele gevallen bezit de administratie zelfs geen beperkten pouvoir discrétionnaire. Dikwijls heeft de administratie niets anders te doen dan de wet toe te passen en is aan de administratie niet de minste vrijheid gelaten: men denke aan het inlijven van een milicien, het uitkeeren van ouderdomspensioen, enz.

In andere niet minder talrijke gevallen echter is aan de

1) Dufour: Droit administratif tome IV page 600.

administratie een terrein gereserveerd, waarbinnen zij vrijheid van beweging geniet.

In de eerste plaats hebben we thans ons af te vragen waarop de aan de Fransche administratie verleende pouvoir discrétionnaire berust (I) en in de tweede plaats hebben we ons de vraag te stellen wat de oorzaak is van dezen pouvoir discrétionnaire en, in onmiddellijk verband hiermede, of de pouvoir discrétionnaire gelijk staat aan een pouvoir arbitraire (II).

Ad I. De pouvoir discrétionnaire berust op de door de *rechtsregels* aan de administratie gelaten vrijheid. De Conseil d'Etat acht de administratie niet alleen door de wet, doch ook door het ongeschreven recht gebonden. Van een slechts door de woorden der wet gebonden zijn der administratie is geen sprake. Door den Raad worden de leemten in de wet aangevuld. Zoo heeft de Raad in verband met zijn theorie van den détournement de pouvoir nagegaan wat het doel is der verschillende administratieve bevoegdheden en in aansluiting hieraan vastgesteld onder welke omstandigheden van een bepaalde bevoegdheid gebruik gemaakt mag worden. Zoo heeft de Raad vastgesteld, dat aan den Prefect de bevoegdheid een verleende concessie in te trekken uitsluitend is verleend met het oog op het instandhouden van het publiek domein, — hoewel de wet geheel zwijgt over het doel dezer bevoegdheid, — terwijl de Raad in verband hiermee verklaard, dat alleen, wanneer werkelijk gevaar voor het publiek domein bij voortduren der concessie te duchten is, de concessie ingetrokken mag worden.

Men zou van meening kunnen zijn, dat in de hier genoemde iurisprudentie door den Raad overeenkomstig de strekking van de wet rechtgesproken wordt en dat hier van een vrije rechtsvinding geen sprake is. Doch ook rechtsregels, welke geheel niet op de wet berusten, worden door den Conseil d'Etat gehandhaafd. Zoo is b.v. de leer van den onrechtmatigen overheidsdaad door den Conseil d'Etat geheel buiten de wet om opgebouwd.

Uit het bovenstaande zal duidelijk geworden zijn, dat men onder pouvoir discrétionnaire heeft te verstaan de vrijheid, welke aan de administratie door de rechtsregels gelaten is. Zoo geeft ook Michoud in zijn geciteerde brochure de volgende definitie van den pouvoir discrétionnaire:

„Il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit".

Het is om deze reden, dat we, sprekende over den pouvoir discrétionnaire der administratie, de term „vrije goedvinden", door Mr. Boasson voorgesteld, niet gebruiken kunnen, daar Mr. Boasson hier het oog heeft op de vrijheid aan de administratie gelaten door de woorden van een wettelijk voorschrift. Het is duidelijk, dat het gebruik van een term, welke niet volkomen het zelfde beteekent als pouvoir discrétionnaire, gemakkelijk tot verwarring aanleiding kan geven. Later hopen we hierop nog te kunnen wijzen (zie blz. 40).

Men meene nu echter niet, dat, wanneer de administratie door den Conseil d'Etat ook gebonden wordt aan rechtsnormen, welke niet op de wet berusten, het voortbestaan van een pouvoir discrétionnaire slechts voortvloeit uit een inconsequentie van den Conseil d'Etat. Men zou kunnen meenen, dat van een vrijheid van de administratie slechts sprake is, wanneer men haar alleen door de woorden van de wet gebonden acht, en dat, zoodra men haar bindt aan normen, welke niet op de wet berusten, van een pouvoir discrétionnaire geen sprake meer is. Dat deze meening onjuist is zal blijken, wanneer men nagaat wat de oorzaak van den pouvoir discrétionnaire is. We zijn hiermede tevens genaderd tot de tweede vraag, welke wij ons stelden.

II. De pouvoir discrétionnaire der administratie nu vindt zijn oorzaak hierin, dat de administratie door de rechtsregels niet geheel gebonden kan worden. Het leven is zóó gedifferentieerd, dat een volkomen gebondenheid der administratie niet alleen onmogelijk, doch ook hoogst on-

gewenscht zou zijn. 1) Wanneer een overheidsorgaan de bevoegdheid bezit bepaalde ambtenaren te benoemen, zal er altijd een pouvoir discrétionnaire voor dit orgaan overblijven, welke vrijheid bestaat in de keuze van de te benoemen persoon. Deze vrijheid kan grooter of kleiner zijn.

---

1) Het schijnt ons minder juist met prof. Krabbe (Rechtsgeleerd Magazijn 1911, blz. 418) het criterium van den pouvoir discrétionnaire te zoeken in de afwezigheid van een belangenconflict. De Conseil d'Etat acht zich niet bevoegd kennis te nemen van „actes, qui ne font pas de grief" (zie blz. 8). Het is echter duidelijk, dat dit niet geschied op grond van een pouvoir discrétionnaire. Ook bij het verrichten van „actes, qui ne font pas de grief" is de administratie aan rechtsregels onderworpen. Er is geen sprake van een pouvoir discrétionnaire, doch van een incompetentie van den rechter, die om redenen, welke thans niet ter zake doen, de rechtmatigheid dier handelingen niet wil beoordeelen. — Omgekeerd kan bij handelingen, waardoor een belang getroffen wordt, sprake zijn van een pouvoir discrétionnaire. Zoo heeft de maire de bevoegdheid maatregelen te nemen in het belang van de openbare orde. Nu heeft de Conseil d'Etat buiten de wet om bepaald, dat door een politiemaatregel de vrijheid van handel slechts tot op zekere hoogte getroffen mag worden. Wordt de handelsvrijheid boven de limiet, door den Raad gesteld, geschonden, dan wordt de maatregel onrechtmatig verklaard. Blijft de maatregel echter beneden de limiet en zijn verder aan alle rechtsregels voldaan, dan is de handeling volkomen rechtmatig, ook al mocht blijken, dat het gevaar voor ordeverstoring, dat de maatregel wil voorkomen, evengoed door een andere maatregel, welke de handelsvrijheid niet of minder schond, had voorkomen kunnen worden.

Men kan met prof. Krabbe van meening zijn, dat, wanneer de rechtsregels de administratie niet geheel binden kunnen, slechts in concreto vastgesteld kan worden of een administratieve handeling rechtmatig is. Hieruit vloeit echter niet voort, dat de rechter mag beoordeelen of de administratie, blijvend binnen het terrein, waarop zij door de rechtsregels niet gebonden is, naar zijn oordeel rechtmatig heeft gehandeld. Indien men niet alleen aan de hand van rechtsregels vast kan stellen of een handeling rechtmatig is, moet door een autoriteit vastgesteld worden wat in concreto recht is. Er bestaat echter niet de minste reden om aan te nemen, dat deze autoriteit de administratieve rechter is en niet de administratie zelve. Een handeling, door de administratie verricht binnen de perken der rechtsregels, is reeds als zoodanig als rechtmatig gekenmerkt.

De wet of iurisprudentie kan eischen, dat de te benoemen persoon een bepaalden leeftijd, een bepaalden academischen graad bezit, doch volkomen binden kan de wet de administratie niet. Zij zou slechts volkomen gebonden zijn, wanneer de wet de te benoemen persoon met name noemde: is dit niet het geval, dan is aan de administratie de keuze van de te benoemen persoon overgelaten. De pouvoir discrétionnaire vloeit hier voort uit de vrijheid, welke de wet aan de administratie liet bij de keuze van de te benoemen persoon. De wet verleent aan den Maire een politiebevoegdheid, d.w.z. de Maire is bevoegd, wanneer er gevaar bestaat voor ordeverstoring, maatregelen te nemen ter voorkoming van dit gevaar. De taak van den Maire bestaat nu niet eenvoudig hierin, de wet toe te passen, wanneer de door de wet vermelde omstandigheden aanwezig zijn. Welke maatregelen in een bepaald geval genomen dienen te worden, schrijft de wet niet voor. De Maire is vrij in de keuze van den te nemen maatregel. Bezit men de bevoegdheid disciplinaire maatregelen te nemen tegen ambtenaren, dan bezit men de vrijheid te bepalen welke maatregel in een bepaald geval het beste is.

De administratie kan echter niet geheel naar willekeur van haar pouvoir discrétionnaire gebruik maken: de pouvoir discrétionnaire is geen pouvoir arbitraire. Langen tijd is dit door de administratie verdedigd. „Les pouvoirs de l'administration sont absolus en matière disciplinaire", zoo roept nog in 1900 de commissaire du gouvernement uit in de beruchte zaak Maugras (Conseil d'Etat 16 Nov. 1900), m.a.w. bezit men de bevoegdheid disciplinaire maatregelen te nemen tegen bepaalde ambtenaren, dan kan men van zijn bevoegdheid ad libitum gebruik maken. Een uitvloeisel van dezelfde leer is de theorie van de actes de faveur. In sommige gevallen, b.v. bij het aanvragen tot verleenen van een concessie, zou men een gunst van de administratie verzoeken en zou de administratie geheel naar willekeur het verzoek kunnen inwilligen of verwerpen. Algemeen wordt

echter tegenwoordig geleerd, — het is de verdienste geweest van Jhering hierop in zijn „der Zweck im Recht" de nadruk te leggen —, dat de administratie niet terwille van haarzelf bevoegdheden verleend zijn, doch dat zij deze bevoegdheden slechts bezit terwille van het algemeen belang. Wanneer de wetgever de administratie in sommige gevallen niet geheel bond, liet hij haar vrij in de keuze van de middelen ter bereiking van het doel, met het oog waarop hij aan de administratie de bevoegdheid verleende. Wanneer er b.v. gevaar bestaat voor ordeverstoring bij het houden van optochten, is aan den Maire, belast met de handhaving der orde, overgelaten te bepalen, welke maatregel het meest geschikt is. De Maire kan het houden van optochten verbieden. Hij zou kunnen bevelen, dat het publiek zich niet mag samenscholen. Hij zou zelfs geen enkelen bijzonderen maatregel kunnen nemen en slechts de politiemacht kunnen versterken. Hij blijft geheel binnen de perken der wet, zoowel bij den eenen als bij den anderen maatregel. Nu kan het zijn, dat de norm, welke het doel der bevoegdheid bepaalt, in de wet voorkomt, wat in het boven gegeven voorbeeld het geval was. Het is echter ook mogelijk, dat de wet zwijgt. In zulk een geval wordt echter het doel der bevoegdheid door den Conseil d'Etat opgespoord.

Staat nu eenmaal vast wat het doel der bevoegdheid is, dan staat ook vast onder welke omstandigheden van de bevoegdheid gebruik gemaakt mag worden: bezit men de bevoegdheid verordeningen te maken in het belang der openbare orde, dan kan men zich slechts van deze bevoegdheden bedienen, wanneer de in de verordening verboden handelingen gevaar voor de openbare orde opleveren [1]).

In sommige gevallen is de Raad van meening, dat een bevoegdheid zonder een bepaald doel verleend is en dat

---

1) Dat in vele gevallen door den Conseil d'Etat geweigerd wordt na te gaan of deze omstandigheden wel aanwezig zijn, heeft met een vrijheid der administratie niet te maken (zie blz. 22).

dus ook niet vast staat onder welke omstandigheden van de bevoegdheid gebruik gemaakt kan worden.

Een voorbeeld vinden we in het arrest van 2 April 1909. Een congregatie wordt door den President van de Republiek ontbonden verklaard krachtens de wet van 1 Juli 1901. De Conseil d'Etat ziet tot zich het verzoek gericht deze ontbinding te vernietigen. De Raad antwoordt echter: „dat „de wetgever, die aan den President der Republiek de „bevoegdheid toekende de congregaties in ministerraad te „ontbinden, dit recht aan geen enkele voorwaarde heeft „willen binden en aan de regeering de zorg heeft willen laten „te bepalen, welke buitengewone omstandigheden het gebruik „van deze bevoegdheid kunnen rechtvaardigen" (zie blz. 46).

Het onderzoek naar de feitelijke omstandigheden, waaronder de handeling, in casu de ontbinding, geschieden kan, is den Conseil dus ontzegd, door dat geen enkele rechtsregel de administratie bindt.

Deze iurisprudentie behoort echter tot de hooge uitzonderingen: van verreweg de meeste administratieve bevoegdheden staat het doel vast.

Men kan derhalve in het algemeen zeggen, dat de pouvoir discrétionnaire der Fransche administratie bestaat in de meer of mindere vrijheid haar gelaten om bij aanwezigheid der vereischte omstandigheden de middelen te kiezen ter bereiking van het doel harer bevoegdheden.

De Fransche administratie is derhalve bij het uitoefenen van haren pouvoir discrétionnaire gebonden aan de norm, welke de richting van haar handelen aanwijst. Doch welke beteekenis dient men aan deze gebondenheid te hechten? De Conseil d'Etat kon tweeërlei standpunt innemen 1).

De Conseil d'Etat had van meening kunnen zijn, dat de

1) De leer van Tezner komt hier niet in aanmerking. Hij leert, dat de administratie gebonden is aan de rechtsnorm, door elke handeling het doel harer bevoegdheden zoo goed mogelijk te benaderen. Elke handeling, welke niet aan die vereischten voldoet, is onrechtmatig. Volgens Tezner is derhalve van een pouvoir discrétionnaire geen sprake. — Het onjuiste van deze leer springt onmiddellijk in het oog.

administratie bij haar handelen het doel harer bevoegdheden voor oogen dient te hebben, m. a. w., dat het doel, waarmee een handeling tot stand komt, identiek behoort te zijn aan het doel, waarmee de wetgever de bevoegdheid, waarvan de handeling een uiting is, verleende, — doch dat deze regel slechts een regel van moraal betreft, welke aan het oordeel van den rechter onttrokken is. Hoe ongewenscht het ook moge zijn, dat de administratie van haar pouvoir discrétionnaire een onjuist gebruik maakt, dit euvel kan niet door den rechter, doch slechts door de administratie zelve bestreden worden. Zoowel de vraag of de handeling met het juiste doel verricht is, als in het algemeen de vraag of de handeling doelmatig [1]) is, zou aan het oordeel van den rechter onttrokken zijn.

De Conseil d'Etat heeft echter een ander standpunt ingenomen. Hij leert in zijn theorie van den détournement de pouvoir, dat elke handeling, waarvan het *subjectieve doel*, waarmede zij verricht is, niet overeenstemt met het doel der bevoegdheid, waarvan de handeling een uiting is, onrechtmatig is. Het is hier nog niet de plaats een uiteenzetting te geven van de strekking der theorie. We willen echter reeds opmerken, dat wanneer deze theorie toegepast wordt op

---

In vele gevallen is juist aan de administratie, wanneer zij niet geheel door de rechtsregels gebonden is, overgelaten te bepalen, hoe het doel harer bevoegdheden bereikt zal worden. Ging de rechter deze vraag beantwoorden, dan zou slechts van een dubbele administratie sprake zijn.

Voor den Conseil d'Etat, welke van meening is, dat aan de administratie een pouvoir discrétionnaire gelaten is, kwam bij het bepalen van zijn standpunt de leer van Tezner niet in aanmerking.

1) De term „doelmatig" vereischt eenige nadere verklaring. Onder een doelmatige handeling verstaan we niet alleen een handeling, waarbij de administratie van haar pouvoir discrétionnaire een zoodanig gebruik maakt, dat het doel der bevoegdheid, waarvan de handeling een uiting is, *bereikt* is, doch ook een handeling, welke *gestrekt* heeft tot bereiking van dit doel, wanneer blijkt, dat het volkomen bereiken van het doel der bevoegdheid door geen enkele handeling mogelijk was. Het spraakgebruik schijnt ons er zich niet tegen te verzetten, den term „doelmatig" aldus te verstaan.

handelingen, welke een uiting zijn van een zekeren pouvoir discrétionnaire, men in zeer vele gevallen ondoelmatige handelingen treffen zal. Immers verrichtte men de handeling met een ongeoorloofd doel, zoo is de kans groot, dat door deze handeling het doel der bevoegdheid niet bereikt wordt. Schorst men een ambtenaar uit persoonlijke wraakneming, dan wordt hoogstwaarschijnlijk het doel der disciplinaire bevoegdheid niet bereikt. Doch het blijft mogelijk, dat een handeling met een ongeoorloofd doel verricht, toch doelmatig blijkt te zijn. Er blijft een scheiding bestaan tusschen de ongeoorloofdheid van het doel en de ondoelmatigheid der handeling. Zooals later blijken zal, is dit juist het groote bezwaar tegen de theorie van den détournement de pouvoir. Het is echter duidelijk, dat de theorie van den détournement de pouvoir, wordt zij zuiver toegepast, den pouvoir discrétionnaire zelve onaangetast laat. De rechter doet geen onderzoek naar de doelmatigheid der handeling, hij spoort slechts het doel op, waarmee de handeling verricht is.

We willen het hier boven opgemerkte met een voorbeeld verduidelijken. We stellen, zooals we reeds vroeger deden, dat een Maire het houden van optochten verbiedt. Vast staat, dat de Maire den maatregel nam met het doel ordeverstoring te voorkomen, doch tevens staat vast, dat de Maire door het houden van optochten te verbieden geheel niet het doel zijner bevoegdheid bereikt heeft, terwijl blijkt, dat door een anderen meer tactvollen maatregel dit doel wel bereikt zou zijn.

Volgens de theorie, dat de administratie slechts zedelijk gebonden is aan het doel harer bevoegdheden, zal deze handeling vrij uit gaan, daar het doel, waarmee de handeling verricht is, rechtens niet ter zake doet en de ondoelmatigheid der handeling geen invloed heeft op haar rechtmatigheid.

Overeenkomstig de theorie van den Conseil d'Etat is de handeling rechtmatig, omdat de handeling met een geoorloofd doel verricht is en de ondoelmatigheid geen invloed heeft op de rechtmatigheid.

Herhaaldelijk wordt of liever werd 1) door den Conseil d'Etat geweigerd na te gaan of de omstandigheden, waaronder een handeling verricht mag worden, werkelijk aanwezig zijn. Zooals we reeds boven zagen, staat van elke Fransche administratieve handeling vast welke omstandigheden de handeling behooren te vergezellen. De Conseil d'Etat toch spoorde ook bij stilzwijgen der wet het doel der administratieve bevoegdheden op, waardoor tevens bleek onder welke omstandigheden de administratieve handelingen verricht mogen worden. De weigering de aanwezigheid der vermelde omstandigheden te verifieeren kan niet haar oorzaak daarin vinden, dat deze omstandigheden niet ipsis verbis in de wet genoemd worden: de rechtscheppende functie van den Conseil d'Etat staat te zeer boven allen twijfel verheven. Trouwens herhaaldelijk weigert de Conseil d'Etat na te gaan of de door de wet uitdrukkelijk vermelde omstandigheden aanwezig zijn.

Wat kan nu de oorzaak zijn van deze iurisprudentie? Bij nadere beschouwing blijkt, dat een weigering altijd die omstandigheden betreft, wier aanwezigheid minder gemakkelijk vastgesteld kan worden. In sommige gevallen is de term zelve voldoende duidelijk, en is er slechts een technische moeilijkheid aanwezig in concreto vast te stellen of de geëischte omstandigheden aanwezig zijn. De term „gevaar voor de openbare gezondheid" is duidelijk, doch men kan in vele gevallen slechts als deskundige vaststellen of dit gevaar aanwezig is. — In andere gevallen is de term zelve niet duidelijk. De prefect b.v. heeft de bevoegdheid maatregelen te nemen in het belang van het behoud van een „perspective monumentale". Wat echter hieronder te verstaan? De term zelve is verre van duidelijk en levert moeilijkheden op.

Van een terugtreden van den Raad, omdat hij geen feitelijke vragen mag beantwoorden, is geen sprake. De

---

1) Zie hfdst. X.

Conseil d'Etat is gewoon rechter, geen rechter in cassatie, zoodat hij zich niet voor de onoplosbare moeilijkheid geplaatst ziet vast te stellen of men in een bepaald geval een rechtsvraag of een feitelijke vraag beantwoordt.

Van een pouvoir discrétionnaire, in den boven vermelden zin, is ook geen sprake. De administratie mag een handeling onder bepaalde omstandigheden verrichten. Dat er een technische moeilijkheid bestaat in casu vast te stellen of deze omstandigheden aanwezig zijn, schept voor de administratie geen vrijheid ten aanzien van de rechtsregels. Ook wanneer de term, welke de omstandigheden aanduidt, zelve onduidelijk is, is van zulk een vrijheid geen sprake. Bij het bestaan van een administratieven rechter mag men niet veronderstellen, — tenzij de wet uitdrukkelijk het tegendeel verklaart, — dat uitlegging van onduidelijke wetsbepalingen, wat vaak gelijk zal staan aan rechtsvorming, aan de administratie zou zijn voorbehouden. Naast rechtspraak is rechtsvorming toch een belangrijke functie van den rechter.

Ons inziens weigert de Conseil d'Etat ten onrechte, daar geen enkele wetsbepaling hem ertoe noopt, de aanwezigheid van sommige omstandigheden te verifieeren.

Dat wij over deze iuriprudentie spreken, heeft tweeërlei oorzaak.

In de eerste plaats is de theorie van den détournement de pouvoir voor een goed deel een gevolg van genoemde houding van den Conseil d'Etat. Zeer vele administratieve handelingen toch waren grootendeels aan het oordeel van den Conseil d'Etat onttrokken: niet alleen de vraag of de administratie een juist gebruik maakte van de vrijheid, haar door de rechtsregels gelaten, doch ook de vraag of de handeling onder de vereischte omstandigheden verricht werd, was aan zijn oordeel onttrokken. Geen wonder was het derhalve, dat de Conseil d'Etat naar een middel uitzag, welk middel hij in de leer van den détournement de pouvoir gevonden meende te hebben, om de administratie aan banden te kunnen leggen. In den laatsten tijd laat de Conseil

d'Etat zich steeds minder door de vaagheid der termen [1]) afschrikken. Deze iurisprudentie bestond echter niet op het oogenblik, dat de leer van den détournement de pouvoir haar intrede deed en kon dus op deze theorie geen invloed hebben.

In de tweede plaats hebben we deze houding van den Conseil d'Etat hier ter sprake gebracht, omdat door de Fransche auteurs ook van pouvoir discrétionnaire gesproken wordt, wanneer door den Raad op grond van de vaagheid der termen geweigerd wordt de aanwezigheid van bepaalde omstandigheden te verifieeren. Ons inziens geschiedt dit geheel ten onrechte en kan een tweeërlei gebruik van den term „pouvoir discrétionnaire" slechts tot verwarring aanleiding geven. Men dient toch wel de vraag, of de administratie een zekere vrijheid geniet ten aanzien van de rechtsregels, te onderscheiden van de vraag, of de rechter bevoegd is een bepaalden rechtsregel te handhaven. Gebruikt men den term pouvoir discretionnaire ook voor het laatste geval, dan zou men handelingen, als „actes qui ne font pas de grief", of „actes de gouvernement", welke geheel aan het rechterlijk oordeel onttrokken zijn, hoewel ook deze handelingen aan rechtsnormen onderworpen zijn, als actes discrétionnaires moeten beschouwen. Dat dit niet geschiedt, is slechts een inconsequentie van de Fransche auteurs.

De Conseil d'Etat heeft aanleiding gegeven tot een tweeërlei gebruik van den term „pouvoir discrétionnaire". Hij verklaart, dat de doelmatigheid der handeling aan zijn oordeel onttrokken is (il n'appartient pas au Conseil d'Etat de

---

1) Eenvoudigheidshalve en in aansluiting bij het algemeen gevolgde spraakgebruik spreken we van vage termen, telkens wanneer sprake is van termen, welke omstandigheden aanduiden, wier aanwezigheid niet zonder moeite vastgesteld kan worden. We geven echter toe, dat deze benaming minder juist is ten aanzien van termen, welke op zich zelve duidelijk zijn, terwijl er slechts sprake is van een technische moeilijkheid in concreto vast te stellen of de omstandigheden, welke deze termen aanduiden, aanwezig zijn.

juger l'opportunité de l'acte), zoowel wanneer er sprake is van de vrijheid aan de administratie door de rechtsregels gelaten, als wanneer hij weigert de aanwezigheid van bepaalde feiten te verifieeren. Het zou juister zijn in dit laatste geval niet van doelmatigheid te spreken. Wij willen dan ook den Conseil d'Etat hierin niet volgen. Wanneer men rechtmatigheid wil onderscheiden van doelmatigheid, is het onjuist van doelmatigheid te spreken, wanneer men te doen heeft met de vraag of een handeling rechtmatig is, doch de beantwoording van deze vraag aan den rechter onttrokken is.

Wij dienen ons wel aan te sluiten bij het algemeen gevolgd spraakgebruik, waarbij de term „pouvoir discrétionnaire" in tweeërlei zin verstaan wordt. Wij zullen echter telkens uitdrukkelijk vermelden, op welk soort pouvoir discrétionnaire wij het oog hebben.

Wanneer een eisch wordt ingesteld tot vernietiging van een handeling of veroordeeling van den staat op grond van de ondoelmatigheid der aangevallen handeling, is er sprake van een incompetentie van den Conseil d'Etat. De Raad is niet bevoegd zich uit te spreken over vragen van doelmatigheid. De Raad verklaart in zulk een geval dan ook altijd: „il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier l'opportunité de l'acte". Men houde echter wel in het oog, dat dit niet meebrengt, dat de Raad onbevoegd is van de handeling in haar geheel kennis te nemen. De handeling is slechts aan het oordeel van den Raad onttrokken, voor zoover zij een uiting is van den pouvoir discrétionnaire der administratie. Dit is wel eens door den Conseil d'Etat uit het oog verloren. Hij achtte meermalen handelingen, bij welke de administratie een uitgebreiden pouvoir discrétionnaire bezit, in hun geheel aan zijn oordeel onttrokken en weigerde van deze handelingen kennis te nemen. Men begrijpt de vèrstrekkende gevolgen van zulk een houding. Niet alleen de doelmatigheid, doch ook de rechtmatigheid der handeling zou door den Raad niet beoordeeld kunnen

worden. Een politiemaatregel, welke inbreuk maakt op de door de wet beschermde vrijheid van den handel, een ongemotiveerd ontslag van een Maire, terwijl door de wet motiveering geëischt wordt, zouden vrij uit gaan niettegenstaande hun onrechtmatigheid. En last not least de Conseil d'Etat zou deze handeling ook niet wegens détournement de pouvoir kunnen aanvallen.

De administratie heeft dan ook langen tijd met kracht deze leer verdedigd. Nog in de affaire van 18 Jan. 1907 (Lebon p. 45) merkt de Minister van binnenlandsche zaken op, dat de eisch tot vernietiging van de ontbinding van een gemeenteraad afgewezen dient te worden, omdat de ontbinding een acte de pure administration zou zijn, welke niet aan het oordeel van den Conseil d'Etat onderworpen kan worden, m.a.w. dat hier van onbevoegdheid van den Conseil d'Etat sprake zou zijn. Sinds meer dan een halve eeuw echter is deze leer reeds door den Conseil d'Etat verworpen. Vooral de theorie van den détournement de pouvoir heeft hiertoe den stoot gegeven. De Conseil d'Etat, welke deze theorie op alle administratieve handelingen wilde toepassen, zag zeer wel in, dat een leer, volgens welke handelingen, welke een uiting zijn van een pouvoir discrétionnaire der administratie, in hun geheel aan het oordeel van den rechter onttrokken zijn, aan de ontwikkeling van de theorie van den détournement de pouvoir volkomen in den weg stond.

Ter toelichting van het hierboven opgemerkte, willen we thans eenige arresten van den Conseil d'Etat laten volgen.

Een gemeente-secretaris beklaagt zich over zijn ontslag (28 Dec. 1917). Hij krijgt ten antwoord, dat „il n'appartient pas au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, d'apprécier l'opportunité de la mesure dont se plaint le sieur B." Volgens den Conseil d'Etat kunnen de disciplinaire maatregelen, welke de maire krachtens art. 88 van de wet van '84 nemen kan, slechts getroffen worden in het

belang van den goeden gang van zaken in den betreffenden tak van dienst (dans l'intérêt du bon fonctionnement du service). Cons. d'Etat 31 Oct. 1913 Rézard. (Lebon p. 1042). Hieruit volgt dus, dat de Maire zijn maatregelen slechts nemen kan, wanneer de goede gang van zaken verstoord dreigt te worden, terwijl hij vrijgelaten wordt in de keuze van den in een bepaald geval te treffen maatregel: ontslag, schorsing enz. Dat de Conseil d'Etat weigert te onderzoeken of de Maire door den ambtenaar te ontslaan wel den meest geschikten maatregel getroffen heeft en niet nagaat of schorsing of berisping niet beter op hun plaats waren geweest, vloeit hieruit voort, dat de Maire bij de keuze van deze verschillende disciplinaire maatregelen niet door rechtsregels gebonden is. Dat de Conseil d'Etat tevens weigert te beoordeelen of door het gedrag van den ambtenaar werkelijk de goede gang van den dienst dreigde verstoord te worden en er dus plaats was voor een diciplinaire maatregel, berust op de moeilijkheid in concreto vast te stellen, wanneer gevaar bestaat, dat de dienst niet langer behoorlijk functioneert. Uit dit arrest blijkt derhalve, dat de administratie bij het uitoefenen harer disciplinaire bevoegdheden een pouvoir discrétionnaire bezit, zoowel in den eenen als anderen zin.

Het arrest van 3 Mei 1912 Gérard (Lebon p. 528) bevat een geval, waarin slechts sprake is van den pouvoir discrétionnaire, voortvloeiende uit de vaagheid der termen. Krachtens het decr. van 27 Mei 1899 blijft de ambtenaar, die pensioengerechtig is, zijn functie bekleeden, zoo er geen tegengesteld besluit genomen wordt. Dit besluit kan genomen worden, wanneer het belang van den dienst (intérêt du service) het meebrengt (art. 1). De Conseil d'Etat acht, dat aan de administratie overgelaten is te bepalen of het belang van den dienst meebrengt een ambtenaar te ontslaan. De ambtenaar, welke zich bij den Raad over het ten zijnen opzichte genomen besluit kwam beklagen, kreeg dan ook te hooren, dat „le ministre de l'intérieur s'est fondé, conformément au décret du 27 Mei 1899, sur les nécessités

du service; qu'il n'appartient pas au conseil d'Etat d'apprécier l'opportunité de la décision ainsi motivée."

Art. 43 van de Fransche gemeentewet geeft den President der Republiek de bevoegdheid een gemeenteraad bij gemotiveerd besluit te ontbinden. De Conseil d'Etat heeft in zijn iurisprudentie uitgemaakt, dat de wet deze bevoegdheid slechts gegeven heeft in het belang van „le bon fonctionnement des asemblées municipales" (Conseil d'Etat 17 Nov. 1911, Le Cocq) (Lebon p. 1048). Wanneer de Raad weigert te treden in de beoordeeling der doelmatigheid [1]) van den maatregel, door den president genomen binnen de grenzen van zijn bevoegdheid, is dit een gevolg van de moeilijkheid vast te stellen, wanneer de vereischte omstandigheden aanwezig zijn. Conseil d'Etat 18 Jan. 1907. Séjourné. (Lebon p. 45).

Evenzoo is het gesteld met de decreten, waarbij een voorgenomen onteigening van algemeen nut verklaard wordt. De wet gaf den president de bevoegdheid, een dergelijke verklaring af te leggen, wanneer het voorgenomen werk van algemeen nut is. Door de vaagheid van den term acht de Conseil d'Etat zich niet geroepen het bestaan van de vereischte omstandigheden te verifieeren. Conseil d'Etat 11 Febr. 1910 (Lebon p. 117):

„Het komt aan den Conseil d'Etat niet toe de doelmatig-
„heid te beoordeelen van een werk, waarvoor men aldus
„(d. w. z. door een verklaring van algemeen nut) vergunning
„verkregen heeft."

Ten slotte een voorbeeld, dat ons verplaatst op het terrein van het politietoezicht op de onbevaren rivieren. Om een werk uit te voeren in een niet bevaarbare rivier behoeft men de vergunning van den prefect (wet 3 April '98 Art. 11). Volgens den Raad bezit de prefect deze bevoegd-

---

1) We volgen hier de terminologie van den Raad, welke ook in geval van een pouvoir discrétionnaire berustend op de vaagheid der termen van „doelmatigheid" spreekt (zie blz. 25).

heid o. a. in het belang van de openbare gezondheid, waaruit volgt, dat de vergunning geweigerd dient te worden, wanneer door het uit te voeren werk de openbare gezondheid geschaad zou worden. Iemand beklaagde er zich over, dat de prefect hem de vergunning geweigerd had om ten behoeve van een wasscherij een gedeelte van het water van een niet bevaarbare rivier af te voeren. Hij kreeg van den Conseil ten antwoord, „dat het aan den prefect toekwam te beoordeelen of de ver-„gunning, aangevraagd door den heer J., tot oprichting van „een wasscherij door middel van het afvoeren van het „water van de Véresse zonder gevaar voor de openbare „gezondheid verleend zou kunnen worden". Conseil d'Etat 29 Nov. 1895 (Lebon p. 762).

Dat hier de Conseil d'Etat weigerde te beoordeelen of gevaar voor de gezondheid aanwezig was, vloeit voort uit de moeilijkheid dit in concreto vast te stellen. Hier is derhalve sprake van een pouvoir discrétionnaire, welke berust op de vaagheid der termen.

HOOFDSTUK III.

Definitie van détournement de pouvoir. De strekking der theorie.

In vele arresten omschrijft de Conseil d'Etat den détournement de pouvoir als het geval waarin „l'administration use de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés".

Reeds uit de terminologie van deze definitie volgt, dat de Conseil d'Etat hierbij een handeling voor oogen heeft, welke, afgezien daarvan, dat zij aan détournement de pouvoir schuldig staat, door de administratie geheel binnen de perken van haar bevoegdheden verricht is — „l'administration use de ses pouvoirs". De administratie mag zich dus niet schuldig gemaakt hebben, — we gebruiken hier de technische termen van den Raad, — aan violation de la loi, vice de forme, of incompétence. Is dit laatste het geval, dan wordt op dezen grond de handeling vernietigd of de Staat veroordeeld, doch de theorie van den détournement de pouvoir blijft buiten spel, ook al mocht blijken, dat de handeling met een ongeoorloofd doel verricht is.

Het volgende arrest diene als voorbeeld.

De Parijsche Gemeenteraad had besloten over te gaan tot opheffing van verschillende kantoren van arbeidsbemiddeling (bureaux de placement) voor een zeker aantal beroepen als handelsbedienden, personeel werkzaam in bepaalde magazijnen. De Prefect van politie werd belast met de sluiting van deze bureaux. Er bestonden bureaux, welke niet alleen aan de personen, welke bovengenoemde beroepen uitoefenden, hun diensten verleenden, doch ook aan andere personen, welke niet in de verordening genoemd werden.

Aan de eigenaars van deze gemengde bureaux beval de Prefect eenvoudig zich niet langer te belasten met het plaatsen van het personeel in de verordening genoemd. Een der eigenaars van deze gemengde bureaux ging zich beklagen bij den Conseil d'Etat. Hij voerde aan, dat de Prefect zich aan détournement de pouvoir had schuldig gemaakt, omdat zijn doel geweest was het financieele belang der gemeente te dienen, door haar aan de verplichting te onttrekken aan de eigenaars van de gemengde bureaux een schadeloosstelling toe te kennen. Immers was het bureau niet gesloten, dan kon er ook van een schadevergoeding geen sprake zijn. De Conseil d'Etat vernietigde het verbod van den Prefect en veroordeelde deze laatste alsnog tot sluiting over te gaan, op grond van violation de la loi, zonder over de aangevoerde beschuldiging van détournement de pouvoir een woord te reppen.

Conseil d'Etat 21 Februari 1908. Muratet.

„O., dat het bureau van den Heer M., voor zoover het tot „doel had het plaatsen van bedienden, tot de categorie be„hoorde van de bureaux, waarvan de opheffing bepaald was; „dat, aldus, de prefect van politie, door te weigeren de ver„gunning in te trekken, de bovengenoemde wetsbepaling „miskend heeft;

„dat zijn weigering een excès de pouvoir vormt".

Een ander voorbeeld vinden we in het arrest van 2 Dec. 1887 Roos, waarin we lezen:

„O., dat de Maire bij het nemen van het aangevallen „besluit zich er toe bepaald heeft gebruik te maken van de „algemeene politiebevoegdheden, welke hij bezit, en dat de „requirant niet aannemelijk maakt, dat hij zich bediend „heeft van deze bevoegdheden met een ander doel dan dat, „met het oog waarop zij hem verleend zijn".

Het onderzoek naar den détournement de pouvoir volgt hier eerst dàn, wanneer de Conseil d'Etat vastgesteld heeft, dat de Maire overigens geheel binnen de perken van zijn politiebevoegdheden gebleven is.

De handeling dient dus, afgezien van het gebrek van détournement de pouvoir, geheel in orde te zijn, wil de Conseil d'Etat zijn theorie toepassen.

Kan nu elke handeling, welke door de administratie binnen de perken van haar bevoegdheid verricht is, wegens détournement de pouvoir aangevallen worden? We dienen hier het doel der theorie nader te onderzoeken. Heeft de Conseil d'Etat zich willen opwerpen als Censor Morum der administratie door haar handelingen, welke zij met een ongeoorloofd doel verrichtte, onrechtmatig te verklaren met alle gevolgen daaraan verbonden? Een handeling is altijd een middel ter bereiking van een bepaald doel. Handeling en doel kunnen beiden tegelijkertijd ongeoorloofd zijn, doch het is ook mogelijk dat dit slechts met een van beide het geval is. Dat een ongeoorloofde handeling ongeoorloofd blijft, ook al is de handeling bedoeld als middel tot bereiking van een geoorloofd doel, hierover bestaat geen verschil van meening. Omgekeerd kan de handeling zelve geoorloofd zijn, doch het doel waarop zij gericht is ongeoorloofd. Maakt nu de ongeoorloofdheid van het doel de handeling zelve ook ongeoorloofd? Ziehier een twistpunt bij uitnemendheid! Sommige schrijvers leeren, dat handeling en doel niet te scheiden zijn: de ongeoorloofdheid van het doel sleept de handeling altijd mee. Volgens anderen is het doel der handeling rechtens volkomen irrelevant. Het schijnt ons onjuist een algemeen rechtsbeginsel te willen zoeken, geldend voor alle wettelijke bepalingen, zoowel publiek- als privaatrechterlijke. De vraag, in hoeverre het doel invloed kan hebben op de rechtmatigheid der handeling, heeft zich op privaatrechterlijk terrein vooral gesteld naar aanleiding van de causa-leer der overeenkomsten. De beantwoording van deze vraag zou ons te ver van ons onderwerp voeren. We willen echter opmerken, dat ook, wanneer men tot de slotsom zou komen, dat de ongeoorloofdheid van het doel, waarmede een overeenkomst wordt aangegaan, de overeenkomst nietig maakt, dit niet met zich brengt, dat men van meening zou

zijn, dat ook op administratiefrechterlijk terrein de ongeoorloofdheid van het doel de handeling met zich sleept.

Wat is nu de invloed van het doel op de administratieve handelingen? Duguit [1]) leert, dat ook op administratief rechterlijk terrein de ongeoorloofdheid van het doel der handeling den aard der handeling zelve bepaalt. Hij ziet in de theorie van den détournement de pouvoir slechts een uitvloeisel van het algemeene rechtsbeginsel, dat elke handeling, met een ongeoorloofd doel verricht, onrechtmatig is. We willen een onderzoek naar de juistheid van zijn meening instellen.

De administratieve handelingen zijn te onderscheiden in handelingen, welke een uiting zijn van den pouvoir discrétionnaire der administratie, en handelingen, welke door de administratie verricht worden zonder dat zij van een pouvoir discrétionnaire gebruik kan maken. Heeft nu het doel, waarmede de handeling verricht is, invloed op deze laatste handelingen? We bedoelen hiermede niet de vraag te stellen of rechtens de ongeoorloofdheid van het doel invloed kan hebben op de rechtmatigheid dezer handelingen. — Deze vraag blijft voorloopig in het midden. — We bedoelen te onderzoeken of naar gelang het doel der handeling verschilt, de handeling er anders zal uitzien. Wanneer de wet aan de administratie voorschrijft een bepaalde handeling te verrichten zonder aan de administratie de minste vrijheid te laten, zoodat van een pouvoir discrétionnaire geen sprake is, is het doel, waarmee de handeling verricht werd, volkomen irrelevant. Wanneer een ambtenaar van den burgerlijken stand een akte opmaakt, wordt zijn handeling niet beinvloed door het doel, waarmede hij haar verrichtte. Blijft de ambtenaar binnen de perken der wet, dan zal de akte er altijd hetzelfde uitzien. Wanneer nu de akte, welke op zich zelf geheel in orde is, nietig zou zijn, wanneer zij met een ongeoorloofd doel werd opgemaakt, zou de wet eenvoudig

1) Duguit: Traité de droit constitutionnel. Tome I p. 251. (2e ed.).

krachteloos gemaakt worden. Een ieder geeft toe, dat een ambtenaar bij de uitoefening van zijn ambt het algemeen belang voor oogen dient te hebben, en dat in het tegenovergestelde geval disciplinaire of strafmaatregelen tegen hem genomen dienen te worden, doch door de handeling te treffen, treft men den ambtenaar niet, terwijl de handeling, die door de wet gewild werd, — we handelen hier altijd over het geval, dat de wet de administratie geheel bond —, vernietigd zou worden.

Stel een ambtenaar is verplicht een bepaalde handeling te verrichten. Men belooft hem een bepaalde som, wanneer hij de handeling met meer dan gewonen spoed verricht. Gaat hij op deze belofte in, dan valt hij in de termen van art. 177 C. P. De wet acht het dus blijkbaar zeer af te keuren, dat de administratie van haar bevoegdheden ten eigen bate gebruik maakt. Doch hieruit vloeit niet voort, dat de ongeoorloofdheid van het doel der handeling de handeling zelve ongeoorloofd maakt. Het doel der administratieve bevoegdheden behoort erop gericht te zijn het algemeen belang te dienen. Dit doel wordt altijd bereikt, wanneer er geen sprake is van een pouvoir discrétionnaire der administratie: de handeling zal er altijd hetzelfde uitzien, wat ook het doel der handeling geweest zij. Werd zulk een handeling ongeoorloofd geacht, wanneer het doel, waarmee ze verricht werd, ongeoorloofd was, dan zou dit slechts ten gevolge hebben, dat het bereiken van het doel der wet onmogelijk gemaakt werd.

Heeft men te doen met handelingen, welke een uiting zijn van een pouvoir discrétionnaire der administratie, dan staat de zaak anders. Hier zal in vele gevallen het doel der handeling de handeling geheel bepalen. Naarmate het doel der handeling verschilt zal de administratie van de vrijheid, welke de wet haar gelaten heeft, een ander gebruik maken. De wet schrijft b.v. aan den Maire niet voor, wanneer hij een bepaalden politiemaatregel moet nemen. Aan den Maire is overgelaten te bepalen hoe het doel zijner

politiebevoegdheid het best bereikt kan worden. Wanneer er geen sprake is van een pouvoir discrétionnaire, zal slechts één handeling rechtmatig zijn, nml. diè welke de wet voorschrijft; is er een pouvoir discrétionnaire aanwezig, dan zijn verschillende handelingen mogelijk, welke allen rechtmatig zijn. Zij zullen echter verschillen naarmate het doel der handeling verschilt. Het doel heeft hier invloed op de handeling zelve: wanneer het doel, waarmede de handeling verricht werd, ongeoorloofd is, is de kans groot, dat het doel der wet niet bereikt wordt, m. a. w. dat de handeling ondoelmatig is. Wanneer de Maire, om het reeds herhaaldelijk gebruikte voorbeeld te nemen, uitsluitend uit anti-clericalisme het houden van optochten verbiedt, is het niet waarschijnlijk dat door dit verbod het doel zijner politiebevoegdheid bereikt wordt.

Wanneer bij handelingen, welke een uiting zijn van een pouvoir discrétionnaire der administratie, de ongeoorloofdheid van het doel de ongeoorloofdheid der handeling met zich brengt, zal dit tengevolge hebben, dat in vele gevallen ondoelmatige handelingen getroffen worden, zoodat het bereiken van het doel der wet begunstigd wordt. Bij de handelingen, welke geen uiting zijn van een pouvoir discrétionnaire, zijn we juist tot de tegenovergestelde conclusie gekomen.

De leer van den détournement de pouvoir is niet eenvoudig, zooals Duguit leert, een uitvloeisel van de theorie, dat elke handeling, met een ongeoorloofd doel verricht, onrechtmatig is. Zij is door den Conseil d'Etat geintroduceerd als een middel, welke het hem mogelijk maakt te waken voor het bereiken van het objectieve doel der administratieve bevoegdheden.

We willen hiervoor drie bewijsgronden aanvoeren:

1o. De Conseil d'Etat acht alleen een handeling onrechtmatig op grond van de ongeoorloofdheid van het doel, wanneer de handeling een uiting is van een pouvoir discrétionnaire der administratie. Zooals we boven zagen, kan

alleen, wanneer er sprake is van een pouvoir discrétionnaire, het doel invloed hebben op de handeling. Is er geen pouvoir discrétionnaire aanwezig, dan is het doel irrelevant. Werd in dit geval toch de handeling onrechtmatig geacht, wanneer het doel ongeoorloofd was, dan zou dit tengevolge hebben, dat het bereiken van het doel der bevoegdheid, waarvan de handeling een uiting is, *niet* bereikt werd. Doch dit heeft de Conseil d'Etat juist niet gewild.

Het behoeft natuurlijk geen verwondering te wekken, dat de Conseil d'Etat bij de groote uitgebreidheid zijner iurisprudentie zich een enkele maal vergist heeft, en op grond van détournement de pouvoir een handeling vernietigde, welke geen uiting was van een pouvoir discrétionnaire. Doch dit bewijst niet de onjuistheid van onze stelling.

Als voorbeeld diene het volgende klassiek geworden arrest:

Conseil d'Etat 26 Nov. 1875. Laumonnier. (S. 311.2. '77.)

De wet van 2 Aug. 1872 had een staatslucifersmonopolie ingesteld en beval de onteigening der lucifersfabrieken. Er bestonden enkele van deze fabrieken, welke zonder de voorgeschreven vergunning werkten. De Minister zond een circulaire aan de Prefecten, waarin hij hun beval onmiddellijk tot de sluiting van die fabrieken over te gaan. Het was zonneklaar, dat dit alles geschiedde om den staat de kosten van de onteigening te sparen, doch het was de fout van den Conseil d'Etat, dat hij zich in dit geval door zijn billijkheidsgevoel mee liet sleepen en de handeling vernietigde. Dat de handeling niet met het voorgeschreven doel, het beschermen van de openbare gezondheid, verricht was, deed niets ter zake. De wet had uitdrukkelijk de fabrieken, waar zwavel verwerkt werd, gerangschikt onder de „établissements insalubres de première classe", welke een vergunning behoeven. (Wet 2 Aug. 1872 en het decreet ter uitvoering.) De autoriteiten met de uitvoering van de wet belast, moesten tot sluiting overgaan, wanneer de vergunning niet aangevraagd was of de verleende vergunning uitgeput. Van een pouvoir discrétionnaire was geen sprake. Aan de admini-

stratie was niet overgelaten te bepalen, welke fabrieken gevaar voor de gezondheid opleverden: het uitvoeringsdecreet had een limitatieve opsomming gegeven van de fabrieken, welke onder de bepalingen der wet vielen. Wanneer de Prefect de fabriek, welker eigenaars zich bij den Conseil d'Etat beklaagden, sloot, voerde hij slechts de uitdrukkelijke bepalingen der wet uit. Er kon geen sprake zijn van een misbruik van een pouvoir discrétionnaire. De Conseil d'Etat vernietigde de sluiting van de fabriek ten onrechte wegens détournement de pouvoir. Het is echter duidelijk, hoe de Conseil d'Etat aan zijn oordeel gekomen is. Immers het was grootendeels de schuld van de administratie, dat de fabriek zonder vergunning werkte. Zij had aan de bepalingen der wet stipt de hand moeten houden, en niet, doordat zij na afloop van den vergunningstijd de fabriek geruimen tijd liet doorwerken, de meening hebben doen post vatten, dat de wet niet langer uitgevoerd werd. Het was zeer onbillijk de eigenaars van de lucifersfabriek geheel van de schadeloosstelling te berooven wegens een verzuim, dat de administratie door haar stilzwijgen gesanctionneerd had.

In dit licht bezien, bewijst dit arrest dan ook niet, dat het doel van de leer van den détournement een andere zou zijn dan het hierboven uiteengezette.

2°. De Conseil d'Etat weigert een handeling, welke een uiting is van een pouvoir discrétionnaire, onrechtmatig te achten, op grond van de ongeoorloofdheid van haar doel, wanneer dit tengevolge zou hebben, dat een handeling, waarmede het doel der bevoegdheid bereikt werd, getroffen werd.

Het is toch zeer wel mogelijk, dat een handeling, welke een uiting is van een pouvoir discrétionnaire, met een ongeoorloofd doel verricht wordt, terwijl zij toch doelmatig is. Wordt b.v. een concessie ingetrokken uit persoonlijke wraakneming, dan blijft het mogelijk, dat het doel der bevoegdheid, waarvan de handeling een uiting is, nml. de instandhouding van het publiek domein, bereikt wordt, daar er bij het voortduren der concessie gevaar voor het behoud van het

publiek domein aanwezig is. In zulk een geval wordt de handeling niet vernietigd, niettegenstaande dat het doel der handeling ongeoorloofd is.

Openlijk wordt dit echter niet door den Conseil d'Etat toegegeven. De Conseil d'Etat wilde met zijn theorie een einde maken aan het misbruik, dat de administratie maakt van zijn pouvoir discrétionnaire. Tengevolge van dit misbruik toch zal in vele gevallen het doel der administratieve bevoegdheden niet bereikt worden. De Raad meende hieraan een einde te kunnen maken, wanneer hij elke handeling, welke een uiting is van een pouvoir discrétionnaire, onrechtmatig verklaarde, indien het doel, waarmee de handeling verricht werd, ongeoorloofd was. Spoedig heeft de Conseil d'Etat echter moeten inzien, dat de ongeoorloofdheid van het subjectieve doel niet altijd met zich brengt, dat door de handeling het doel der wet niet bereikt wordt: m. a. w. dat de ongeoorloofdheid van het subjectieve doel en de ondoelmatigheid der handeling streng gescheiden moeten worden. Doch men begrijpt, dat de Conseil d'Etat dit niet openlijk wil toegeven, daar hij hiermede zijn theorie van den détournement sterk zou compromitteeren. We hopen hierop in hoofdstuk IX, wanneer wij een critiek leveren op de theorie van den détournement, terug te komen. We hebben echter nu reeds deze opmerking willen maken, omdat zij bewijst, dat de theorie van den détournement niet eenvoudig een uitvloeisel is van de leer, dat elke handeling, met een ongeoorloofd doel verricht, onrechtmatig is.

3o. De schrijvers hebben altijd verband gelegd tusschen den pouvoir discrétionnaire der administratie en de leer van den détournement de pouvoir. We willen twee oudere schrijvers citeeren: Aucoc en Laferrière. Vooral deze laatste, jaren lang vice-president van den Conseil d'Etat, moet geacht worden de strekking van de theorie van den détournement geheel doorzien te hebben.

Aucoc [1]) definieert de détournement de pouvoir aldus:

1) Aucoc: „Conférences sur l'administration et le droit administratif".

„Est entaché de détournement de pouvoir le fait d'un „agent de l'administration qui, tout en faisant une acte de „sa compétence et en suivant les formes prescrites par le „législateur, use de son pouvoir discrétionnaire pour des „cas et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce „pouvoir lui a été attribué".

Ten onrechte heeft Aucoc de feitelijke omstandigheden, die de handelingen kunnen motiveeren (les cas), in zijn définitie opgenomen. De Conseil d'Etat heeft met zijn theorie het oog op het doel der handeling, terwijl men toch niet uit de afwezigheid der geëischte omstandigheden de aanwezigheid van een ongeoorloofd doel mag concludeeren. Het is zeer wel mogelijk, dat de handeling verricht is met het juiste doel, terwijl toch, doordat de administratie zich vergiste, de handeling ondoelmatig is.

Laferrière [1]) merkt het volgende op naar aanleiding van de theorie van den détournement de pouvoir:

„La theorie du détournement de pouvoir a surtout été „appliquée en matière de mesures de police réglementaires „ou individuelles. C'est en effet dans cette matière si vaste „et si variée, que l'administration peut exercer ses pouvoirs „avec le plus de liberté, et qu'elle peut être le plus tentée „d'en user pour faire des oeuvres auxquelles ils ne sont „point destiné. A la verité, lorsqu'une acte de cette nature „a un dispositif correct et ne révélant pas lui-même une „violation de la loi et une atteinte aux droits des particuliers, „il peut paraître difficile que la iuridiction administrative „demande compte à l'administration des motifs et de la „valeur des mesures qu'elle a prescrites dans la limite de „ses pouvoirs. Cette iuridiction ne peut pas en effet con„naître de l'opportunité de ces mesures. Elle ne peut pas „rechercher si un Préfet ou un Maire a fait de bonne ou „mauvaise police, mais elle a le droit de se demander s'il a „réellement fait de la police, ou bien s'il a fait, sous cette

---

1) Laferrière: Traité de la iuridiction administrative, p. 550 s.

„appérance, quelque chose qu'elle n'avait pas le droit à faire. „C'est à ce point de vue que le Conseil d'Etat se place pour „apprécier si l'administration agit ou non dans l'exercise de „ses pouvoirs de police, lorsqu'elle statue dans les diverses „matières ou les pouvoirs peuvent s'exercer.....".

Beide schrijvers hebben den nadruk gelegd op het nauw verband tusschen den pouvoir discrétionnaire der administratie en de theorie van den détournement de pouvoir. Ze hebben begrepen, dat de Raad de theorie van den détournement geïntroduceerd heeft om een einde te maken aan het misbruik van den pouvoir discrétionnaire, waardoor desbewust door de administratie handelingen verricht worden, waardoor het doel der administratieve bevoegdheden in het geheel niet bereikt wordt.

Onze slotsom kan dus zijn, dat de theorie van den détournement de pouvoir bedoeld is als een beperking van den pouvoir discrétionnaire der administratie. We willen hiermede niet eenvoudig opmerken, dat door de theorie van den détournement de pouvoir de vrijheid, welke door de wet aan de administratie gelaten werd, beperkt is, doordat hier de administratie aan een regel wordt gebonden, welke de wet niet of althans niet voor alle handelingen kent. Aldus laat men zich volstrekt niet uit over de strekking der theorie [1]. Zooals we in hfdst. II uiteengezet hebben, dient onder den pouvoir discrétionnaire verstaan te worden de vrijheid aan de administratie door de rechtsregels gelaten. Er is dus geen sprake van een beperking van den pouvoir discrétionnaire, wanneer de administratie gebonden wordt aan een regel, welke niet op de wet berust. Wanneer wij de theorie van den détournement de pouvoir een beperking achten van den pouvoir discrétionnaire van de administratie, bedoelen wij hiermede aan te duiden, dat door de theorie, zonder dat de pouvoir discrétionnaire zelve aangetast wordt, misbruik van

---

1) Mr. Dr. Boasson. De rechter tegenover de vrijheid der administratie. (Blz. 314).

dezen pouvoir discrétionnaire onmogelijk gemaakt wordt. Het citaat uit Laferrière spreekt geheel in dezen geest.

Na de hierboven gemaakte opmerkingen meenen we de volgende definitie van den détournement de pouvoir te kunnen geven:

Een détournement de pouvoir wordt begaan door de administratieve autoriteit, die, zonder zich aan violation de la loi, incompétence of vice de forme schuldig te maken, van haar bevoegdheden, welke haar een zekere vrijheid van handelen laten (pouvoir discrétionnaire), gebruik maakt met een ander doel (but of objet) dan dat, met het oog waarop zij haar verleend zijn.

HOOFDSTUK IV.

Nadere uiteenzetting der theorie.

Zooals we reeds in hfdst. II opmerkten, bevat de theorie van den détournement de pouvoir de erkenning van het beginsel, dat de pouvoir discrétionnaire der administratie niet gelijk staat met een pouvoir arbitraire. Door den Conseil d'Etat werd eens voor al aan de administratie voor oogen gesteld, dat haar hare bevoegdheden slechts in het algemeen belang gegeven zijn. Theoretisch heeft deze houding van den Conseil d'Etat belangrijke gevolgen gehad. De leer, dat de administratie van haar pouvoir discrétionnaire ad libitum gebruik kon maken, moest voor altijd verdwijnen. Ook de theorie van de actes de faveur moest het veld ruimen.

De leer van den détournement de pouvoir had echter ook practische gevolgen. De Raad vergenoegde zich niet met de platonische verklaring, dat de administratie bij haar handelen het doel harer bevoegdheden voor oogen dient te hebben: de Conseil d'Etat vernietigt, behoudens de reeds genoemde uitzonderingen, elke handeling, welke met een ander doel verricht is, dan het doel der bevoegdheid, waarvan de handeling een uiting is, terwijl de Raad tevens op dezen grond schadeloosstelling toekent. Is nu elke handeling, welke aan détournement de pouvoir schuldig staat, onrechtmatig? We staan hier voor de vraag, wat het karakter is van den regel, in de theorie van den détournement de pouvoir besloten. In het eerste hfdst. (Note blz. 2) bleek ons, dat de Conseil d'Etat statuant au contentieux een administratief rechtscollege is. Houdt men dit voor oogen, dan is hiermede de vraag, welke wij ons stelden beantwoord: wanneer de Conseil d'Etat een rechtscollege is, m. a. w. wanneer hij

belast is met het handhaven van de administratieve rechtsregels, dient de regel, dat de administratie bij haar handelen het doel harer bevoegdheden voor oogen behoort te hebben, welke regel door den Raad gehandhaafd wordt, een rechtsregel te zijn.

De leer van den détournement de pouvoir is door den Conseil d'Etat geheel buiten de wet om geintroduceerd. Nergens zegt de wet middellijk of onmiddellijk, dat het subjectieve doel der handeling gelijk moet zijn aan het objectieve doel der bevoegdheid. Het schijnt ons geheel onjuist te meenen, dat de Conseil d'Etat slechts de wet uitgelegd heeft. Doch dit verandert niets aan het karakter van den regel: de tijd, waarin de rechter slechts beschouwd werd als handhaver der wettelijke voorschriften, ligt achter ons; naast de wet wordt de iurisprudentie als rechtsbron erkend.

Hauriou [1]) ziet in den regel van den détournement de pouvoir slechts een regel van moraal, waaraan de administratie zich vrijwillig onderwerpt. Men kan slechts tot deze conclusie komen, wanneer men in den Conseil d'Etat niet een rechtscollege ziet, doch een administratief college, belast met een repressief toezicht op de handelingen der administratie. In dit geval zou men kunnen zeggen, dat de Conseil d'Etat en dus de administratie, waarvan de Conseil d'Etat slechts een deel zou uitmaken, vrijwillig den regel van den détournement zou handhaven. De opvatting van Hauriou is echter in zonderlinge tegenspraak met zijn meening omtrent het karakter van den Conseil d'Etat statuant au contentieux: Hauriou beschouwt den Raad als administratief rechter.

Door de meeste schrijvers [2]) wordt de regel, in de leer van den détournement besloten, als een rechtsregel beschouwd.

Ten slotte blijft het karakter van rechtsnorm van dezen regel ook gehandhaafd, wanneer men zou willen blijven ont-

---

1) Hauriou. Op. cit. p. 456.
2) Michoud. Op. cit.

kennen, dat de Conseil d'Etat een rechtscollege is. In den lateren tijd, — we hopen er later nog op terug te komen —, is de theorie van den détournement door den Cour de cassation geaccepteerd. De Cour de cassation acht een politievoorschrift, welke aan détournement de pouvoir schuldig staat, nietig, zoodat overtreding niet strafbaar is. Niemand zal nu aan den regel, welke door den Cour de cassation gehandhaafd wordt, het karakter van rechtsnorm willen ontzeggen.

Toen de Conseil d'Etat eenmaal de rechtsregel gegeven had, dat de administratie van haar bevoegdheden gebruik moet maken met het doel, waarmee deze bevoegdheden haar door den wetgever verleend zijn, zag de Raad zich voor de taak geplaatst het doel der administratieve rechtsregels op te sporen. Dat de administratieve bevoegdheden in het algemeen belang gegeven zijn, laat geen twijfel, doch de Conseil d'Etat kon niet volstaan met den regel op te stellen, dat de administratieve handelingen verricht moeten worden met het doel het algemeen belang te dienen. Immers herhaaldelijk wijzen reeds de stellige wetsbepalingen de administratie in een bepaalde richting. Politiemaatregelen kunnen niet met een willekeurig doel van een algemeen belang b.v. met het doel het financieel belang der gemeente te dienen, uitgevaardigd worden. Uit de wetsbepalingen volgt rechtstreeks, dat den wetgever, toen hij den Maire zijn politiebevoegdheden verleende, de openbare orde, gezondheid en veiligheid voor oogen stond. De Maire dient derhalve overeenkomstig de leer van den détournement dit doel tot het zijne te maken. Zeer juist omschrijft de Conseil d'Etat dan ook den détournement de pouvoir als het geval, waarin de administratie van zijn bevoegdheden gebruik maakt met een doel, waarmee deze bevoegdheid niet gegeven is, en spreekt de Raad niet van handelingen met een ongeoorloofd doel verricht. Wanneer de administratie aan een bepaald doel gebonden is, is het zeer wel mogelijk, dat een handeling met een doel van algemeen belang verricht, dus met een

doel dat op zich zelf genomen geheel geoorloofd is, toch aan détournement schuldig staat. Algemeen belang is derhalve geen criterium voor de geoorloofdheid van het doel eener bepaalde administratieve handeling. De Raad zag zich derhalve genoodzaakt het doel van elke administratieve bevoegdheid na te gaan. In vele gevallen volgt dit doel reeds onmiddellijk uit de wettelijke bepalingen. Doch in andere gevallen, niet minder talrijk, was de taak van den Raad moeilijker. Er bestaat een zeer uitgebreide iurisprudentie van den Conseil d'Etat, waarin hij het doel der administratieve wetsbepalingen opspoort om te kunnen vaststellen met welk doel de administratie van haar bevoegdheden gebruik moet maken. Het zou ons geheel op het terrein van het Fransche administratieve recht verplaatsen, wanneer wij den Conseil d'Etat hier zouden volgen. Dit zou geheel buiten ons bestek vallen. Wanneer we in het zesde hoofdstuk verschillende arresten van den Raad ter sprake zullen brengen, geschiedt dit alleen ter practische toelichting van de leer van den détournement.

In hoeverre de Conseil d'Etat zich werkelijk moeite geeft het doel der administratieve bevoegdheden op te sporen, op deze vraag kunnen wij geen antwoord geven. Het is niet onmogelijk, dat den wetgever volgens den Conseil d'Etat juist dat doel voor oogen stond, dat den Raad wenschelijk voorkomt. Doch in ieder geval is de regel, in de leer van den détournement vervat, door den Raad geheel buiten de wet om opgebouwd.

In bijkans alle gevallen is de administratie aan een zeer eng omschreven doel gebonden. In sommige gevallen is haar wat meer ruimte gelaten. Disciplinaire maatregelen mogen slechts genomen worden met het doel den goeden gang van zaken van den dienst te verzekeren, politiemaatregelen daarentegen mogen genomen worden zoowel met het doel de openbare orde, als met het doel de openbare veiligheid en gezondheid te verzekeren.

„L'excercise de chaque pouvoir administratif est étroite-

„ment enfermé dans la poursuite de sa but, et ne saurait „être employé à d'autres buts, même administratifs", zoo merkt Hauriou [1]) op.

In zeer enkele gevallen is de Conseil d'Etat van meening, dat den wetgever niet een *bepaald* doel van algemeen belang voor oogen stond, waaruit de Conseil d'Etat concludeert, dat de wetgever aan de administratie heeft willen overlaten te bepalen met welk doel van de bevoegdheid in een bepaald geval gebruik gemaakt kan worden. Er is hier dus sprake van een pouvoir discrétionnaire, waardoor het doel der handeling aan het oordeel van den Conseil d'Etat onttrokken wordt, en zoo de leer van den détournement niet toegepast kan worden. Ons schijnt de conclusie van den Raad in zooverre onjuist, dat ook, wanneer niet een bepaald doel der bevoegdheid aan te wijzen is, de bevoegdheid toch altijd in het algemeen belang gegeven is, zoodat, wanneer de Conseil d'Etat weigert in dit geval in de beoordeeling van het doel te treden, er veeleer sprake is van een pouvoir discrétionnaire, welke voortvloeit uit de vaagheid der term „algemeen belang", dan van een vrijheid, welke de wetgever aan de administratie liet.

Een voorbeeld vinden we in het reeds vroeger genoemde arrest van 2 April 1909 (blz. 19).

„De wetgever heeft aan den President der Republiek de „zorg willen laten te bepalen, welke buitengewone omstan„digheden het gebruik van het recht van ontbinding der „congregraties kunnen rechtvaardigen", zegt de Conseil d'Etat, m.a.w. aan de administratie is overgelaten te bepalen met welk doel van algemeen belang de ontbinding plaats vinden kan. De Conseil d'Etat weigert dan ook te onderzoeken of er een détournement de pouvoir gepleegd is.

Een ander voorbeeld vinden we in de weigering om concessie te verleenen. Een electriciteitsmaatschappij vraagt

---

1) Note van Hauriou onder het arrest van 10 Juli 1908 (S. 1910. 3. 149).

vergunning aan om in de straten van de gemeente kabels te leggen. De Maire weigert de vergunning. De maatschappij gaat zich bij den Conseil d'Etat beklagen en verklaart, dat de Maire zich aan détournement de pouvoir schuldig maakt. De Conseil d'Etat verklaart zich echter onbevoegd: „La décision (c.à.d. le refus) n'est pas de nature à être déféré au Conseil d'Etat....". (Conseil d'Etat 27 Mars 1901. Soc. mutuelle d'électricité de Neuilly sur S. Lebon p. 273).

Hetzelfde antwoord kreeg iemand, die vergunning vroeg om onder een openbaren weg een waterleiding te mogen aanleggen om het water van een bron naar zijn land te kunnen leiden, doch van den Maire een weigerend antwoord bekomen had. — Er was n.l. een geschil gerezen omtrent de rechten op den bron tusschen den aanvrager der concessie en een derde, en de Maire verklaarde nu: „J'attends le jugement pour lui accorder l'autorisation." (C. d'Et. 6 Mrt. 1885 Bonhomme. Lebon p. 266).

Wanneer men bedenkt dat in deze materie weer een beroep gedaan wordt op de theorie der actes de pure administration (blz. 26), welke reeds lang door den Raad verlaten was, en dat in het laatstgenoemde arrest de Maire zelf verklaart, dat hij weigerde de concessie te verleenen met het oog op een privaatrechterlijk geschil, — terwijl de Conseil d'Etat aan de administratie altijd verbiedt van zijn bevoegdheden gebruik te maken om in een geschil over den eigendom tusschenbeide te komen, — dan blijkt hieruit, dat de Conseil d'Etat hier de keuze van het doel der handeling aan de administratie overgelaten acht, waardoor de leer van den détournement niet toegepast kan worden.

Het arrest van 25 Jan. 1884 Leblanc et Géorgie (Lebon p. 74) schijnt met bovengemelde iurisprudentie in strijd te zijn. Het betreft hier een weigering vergunning te verleenen, gasbuizen onder openbare wegen aan te leggen. In de eerste plaats acht de Conseil d'Etat zich hier bevoegd, doch verder verklaart hij, dat de Prefect, welke weigerde

de concessie te verleenen, van zijn politiebevoegdheden slechts gebruik maakte in het belang van de „conservation du domaine public", en dus volkomen rechtmatig handelde. De Conseil d'Etat verklaart hier, dat het doel in orde is, waardoor de Raad te kennen geeft, dat hij het oordeel over het doel niet aan zich onttrokken acht.

Het schijnt ons toe, dat de pouvoir discrétionnaire der administratie, welke hierin bestaat, dat aan de administratie de keuze van het doel der bevoegdheden is overgelaten, gezien de zeer enkele gevallen, waarin hij door den Raad erkend wordt, en de weinige stabiliteit der iurisprudentie in deze materie, binnen afzienbaren tijd geheel zal verdwijnen, doordat de Conseil d'Etat ook in deze gevallen aan de administratie een bepaald doel voor oogen stelt.

Behalve deze uitzonderingsgevallen, is de administratie, zooals we gezien hebben, geheel door een bepaald doel gebonden, en verifieert de Conseil d'Etat of het te stellen doel werkelijk aanwezig geweest is.

Er is niet alleen sprake van détournement de pouvoir, wanneer aan de administratie bekend is, dat zij met een ander doel handelt, dan waarmee zij in een bepaald geval behoorde te handelen, doch ook dan, wanneer zij met het te stellen doel *meent* gehandeld te hebben, en er zoodoende rechtsdwaling bestaat aan den kant van de administratie. Een voorbeeld vinden we in het arrest van 27 Maart 1914 Hugot. (Lebon p. 399). Overeenkomstig de iurisprudentie van den Raad kan de President der Republiek slechts in het belang van den goeden gang der werkzaamheden van den Gemeenteraad van zijn recht gebruik maken den Gemeenteraad te ontbinden. De President had den Gemeenteraad ontbonden, terwijl als motief werd opgegeven, dat de Gemeenteraad zich in de onmogelijkheid bevond de openbare orde te handhaven. Het doel van den President was derhalve de continuïteit van een der werkzaamheden van den Raad te verzekeren. Ten onrechte rangschikte hij echter het handhaven van de openbare orde onder 's Raads werkzaam-

heden: hij vergiste zich in de betreffende wetsbepalingen. De Conseil d'Etat vernietigde derhalve het ontbindingsbesluit wegens détournement de pouvoir.

De leer van den détournement stelt den Conseil d'Etat voor de moeilijke taak het doel, waarmee de administratie de handeling verrichtte, op te sporen. In Hoofdstuk VII zullen we nagaan, wanneer de Raad den détournement de pouvoir bewezen acht. We willen echter nu reeds opmerken, dat de Raad het bestaan van den détournement slechts met groote voorzichtigheid aanneemt, zoodat in vele gevallen de administratieve handelingen wegens gebrek aan bewijs vrij uitgaan. Door Hauriou wordt de opmerking gemaakt, dat de taak van den Conseil d'Etat zeer vergemakkelijkt zou worden, wanneer de administratieve handelingen gemotiveerd behoorden te zijn. We willen nagaan of deze meening juist is.

Wanneer de handeling dan reeds gemotiveerd geacht zou worden, wanneer het doel, waarmee de handeling verricht werd, vermeld zou zijn, zou de motiveering niets te beteekenen hebben. Niets is eenvoudiger dan te verklaren, dat men de handeling werkelijk met het geboden doel verrichtte. De Conseil d'Etat zal zich dan toch genoodzaakt zien achter de schoon klinkende verklaring het ware doel der handeling te zoeken. De motiveering krijgt slechts dàn waarde, wanneer de administratie verplicht is mede te deelen met het oog op welke omstandigheden de handeling verricht is, en de Conseil d'Etat zich bevoegd acht te onderzoeken of de vermelde omstandigheden zich werkelijk voorgedaan hebben. Blijkt nu, dat de vermelde omstandigheden niet bestaan hebben en is tevens duidelijk, dat aan de administratie de afwezigheid der door haar vermelde omstandigheden bekend was, zoodat er geen dwaling aan haar kant aanwezig was, dan volgt hieruit, dat de administratie niet mee wil deelen, welke feiten haar tot de handeling hebben doen besluiten, en dus het doel der handeling verborgen wil houden. Dit laatste levert voor den Conseil

d'Etat een vermoeden op, dat er détournement de pouvoir aanwezig is (zie blz. 88).

De Conseil d'Etat gaat in den laatsten tijd echter verder. Hij gaat na of, wanneer eenmaal vaststaat, dat de vermelde omstandigheden werkelijk zich voordeden, deze ook de handeling hebben kunnen motiveeren, m. a. w. of de door de wet geëischte omstandigheden aanwezig zijn. Bij de beoordeeling hiervan laat hij zich niet langer door de vaagheid der termen afschrikken. Het is echter duidelijk, dat dit laatste onderzoek niet den détournement de pouvoir betreft. Alleen uit de afwezigheid van de door de wet geeischte omstandigheden kan nooit tot een détournement de pouvoir geconcludeerd worden. Het is zeer wel mogelijk, dat de handeling met het juiste doel verricht wordt, terwijl de administratie ten onrechte de aanwezigheid der door de wet geëischte omstandigheden afleidde uit de door haar genoemde feiten.

Een arrest, dat zeer duidelijk de verschillende momenten uiteenzet, vinden we in het arrest van 14 Jan. 1916. Camino (Lebon p. 15). Het betreft het ontslag van een Maire, welk ontslag volgens de wettelijke bepalingen bij gemotiveerd besluit dient te geschieden. De Conseil d'Etat merkt nu het volgende op:

„O., dat krachtens de bepalingen van de wet van 8 Juli „1908, betrekkelijk de procedure van schorsing en ontslag „van Maires, de besluiten van schorsing en ontslag gemoti- „veerd behooren te zijn,

„O., dat, indien de Conseil d'Etat de doelmatigheid der „maatregelen, welke langs den weg van recours pour excès „de pouvoir aan zijn oordeel onderworpen worden, niet „vermag te beoordeelen, het hem toekomt, aan den eenen „kant, het bestaan der feiten, welke de maatregelen ge- „motiveerd hebben, na te gaan, en aan den anderen kant, „voor het geval dat het bestaan der genoemde feiten vast- „gesteld is, te onderzoeken, of zij op wettige wijze de aan-

„wending der sancties, door vermelde wetsbepalingen voor-
„zien, kunnen rechtvaardigen."

Het is duidelijk, dat in dit arrest van een onderzoek naar détournement de pouvoir geen sprake is. De Raad onderzoekt slechts of de door de wet geëischte omstandigheden aanwezig waren. De pouvoir discrétionnaire der administratie bestaat hier in de keuze van de te nemen sancties.

Ten slotte willen we een oogenblik onze aandacht weiden aan het verband, dat bestaan kan tusschen incompétence en détournement de pouvoir.

Van incompétence is sprake wanneer door een administratief orgaan een handeling zonder bevoegdheid verricht wordt. In geval van détournement de pouvoir wordt door de administratie krachtens een haar verleende bevoegdheid gehandeld: Het onrechtmatige van zulk een handeling bestaat hierin, dat de administratie van haar bevoegdheid met een ongeoorloofd doel gebruik maakt. Theoretisch bestaat er dus altijd een onderscheid tusschen incompétence en détournement de pouvoir. In de practijk echter zal er somtijds weinig verschil bestaan tusschen deze beide soorten van excès de pouvoir. Wanneer b.v. een Prefect een concessie intrekt om in een privaatrechtelijk geschil tusschenbeide te komen, een geval derhalve van détournement de pouvoir, — aan den Prefect komt de bevoegdheid toe concessies in te trekken in het belang van de veiligheid van het publiek domein, — gelijkt dit zeer veel op een geval van absolute incompetentie, waarbij de administratie treedt op het terrein aan de rechtelijke macht gereserveerd. Van een werkelijke incompetentie zou echter eerst sprake zijn, wanneer de Prefect zonder een schijn van recht eenvoudig op den zetel van den rechter plaats zou nemen.

HOOFDSTUK V.

Historische ontwikkeling van de theorie van den détournement de pouvoir.

Het eerste arrest, waarin een administratieve handeling wegens détournement de pouvoir vernietigd wordt, dateert van 19 Juni 1863. Het bevat het volgende geval: eenige oevereigenaars hadden zich bij den Prefect er over beklaagd, dat een hooger gelegen oevereigenaar inbreuk maakte op hun eigendomsrecht door de wijze, waarop hij van het rivierwater gebruik maakte. De Prefect maakte nu krachtens zijn politiebevoegdheid, welke hem het toezicht op onbevaarbare rivieren verleent, een nieuw reglement, waarbij aan de wenschen der zich beklagende oevereigenaars voldaan werd. Hij maakte aldus van zijn politiebevoegdheid geen gebruik om het algemeen belang te dienen, doch hij kwam slechts tusschenbeide in een privaatrechterlijk geschil. De Conseil vernietigde het reglement:

Conseil d'Etat 19 Juni 1863. Duc de Conegliano.

„O., dat geen enkele van de besluiten genomen is met een „doel van algemeen belang, en dat, wanneer de fabrieks- „eigenaars van Royaumont meenen te kunnen stellen, dat „de wijze, waarop de Hertog van C. van het water gebruik „maakt, met hun rechten strijdt, zij aan de rechterlijke „autoriteit hun vorderingen moeten voorleggen.

„O., dat de Prefect bij het nemen van de aangevallen „besluiten en onze Minister van openbare werken, die ze „goedkeurde, in deze omstandigheden de grens van hun „bevoegdheden, welke hun door de bovengemelde wetten „verleend zijn, overschreden hebben." (volgt vernietiging van het reglement).

De handeling wordt derhalve vernietigd op grond van de

ongeoorloofdheid van het doel, waarmede zij verricht werd. Wanneer de Conseil d'Etat in zijn latere iurisprudentie den détournement de pouvoir herhaaldelijk omschrijft als het geval, waarin „de administratie van haar bevoegdheden ge-„bruik maakt met een ander doel dan dat, met het oog „waarop de bevoegdheden haar verleend zijn", is deze definitie geheel van toepassing op het geciteerde arrest. De theorie van den détournement de pouvoir heeft in de zestig jaren, waarin zij toepassing vindt, geen verandering ondergaan: de gegeven definitie blijft waar voor alle arresten, waarin van détournement de pouvoir sprake is. In zoo verre is er geen sprake van historische ontwikkeling der theorie. Derhalve hebben we in het volgende hoofdstuk verschillende arresten kunnen citeeren zonder op hun datum acht te slaan: van een verwarring, hieruit voortvloeiend, dat in de verschillende arresten aan den détournement de pouvoir een verschillende beteekenis gehecht moet worden, kan geen sprake zijn.

Wanneer we spreken over de historische ontwikkeling der theorie, hebben we het oog op de uitbreiding, welke de toepassing der theorie in den loop van den tijd ondergaan heeft. Het is duidelijk, dat elke administratieve handeling met een ongeoorloofd doel verricht kan worden, en dus aan détournement de pouvoir schuldig kan staan. Dat de theorie oorspronkelijk slechts op enkele administratieve handelingen toegepast werd en eerst in den lateren tijd elke administratieve handeling wegens détournement de pouvoir aangevallen kan worden, heeft verschillende oorzaken.

In de eerste plaats werden vele handelingen, waarbij de administratie een groote mate van pouvoir discrétionnaire bezit, als actes de pure administration aan het oordeel van den Raad onttrokken geacht (blz. 26). Eerst langzaam heeft deze theorie het veld geruimd, zoodat de theorie van den détournement ook toepassing kon vinden op deze handelingen.

De Conseil d'Etat had verder den tegenzin der admini-

stratie te overwinnen. De administratie maakte geen bezwaar, dat de theorie van den détournement toepassing vond op die handelingen, welke reeds, voordat de theorie van den détournement haar intrede deed, aan het rechterlijk oordeel onderworpen werden. De administratie was er aan gewend geraakt, dat de rechter deze handelingen beoordeelde. De handelingen echter, welke een uiting zijn van een uitgebreiden pouvoir discrétionnaire der administratie, ontsnapten practisch aan het rechterlijk oordeel, omdat door deze handelingen in den regel geen rechtsnorm geschonden werd. De administratie nu zag zeer ongaarne, dat deze handelingen tengevolge van de leer van den détournement binnen bereik van het rechterlijk oordeel kwamen. De Conseil d'Etat moest met dezen tegenzin der administratie rekening houden: dit is toch het eigenaardige van de administratieve rechtspraak, dat zij tenslotte slechts berust op de welwillendheid der administratie, daar de administratie niet gedwongen kan worden aan de vonnissen van den administratieven rechter te voldoen. Slechts langzaam heeft de Conseil d'Etat den tegenzin der administratie kunnen overwinnen en haar theorie een algemeene toepassing kunnen waarborgen.

Er is ten slotte een derde oorzaak.

Zooals we reeds zagen, stelde de theorie van den détournement de pouvoir den Conseil d'Etat voor de zware taak het objectieve doel van elke administratieve bevoegdheid op te sporen. Men begrijpt, dat er jaren moesten verloopen, voor de Conseil d'Etat een definitieve houding had aangenomen. Vandaar b.v. de weifelende houding van den Conseil d'Etat bij die arresten, waarbij hij verklaart, dat er van détournement de pouvoir geen sprake kan zijn, omdat aan de administratie zelve de keuze van het te stellen doel zou zijn overgelaten (blz. 46). Het is duidelijk, dat in deze gevallen de Raad nog in twijfel verkeert omtrent het doel der betreffende bevoegdheid. —

Wanneer we een volledig historisch onderzoek naar de ontwikkeling van de theorie van den détournement de pouvoir

zouden willen instellen, zouden we van elke administratieve handeling dienen na te gaan, wanneer zij voor het eerst aan de theorie van den détournement onderworpen werd. Aard en omvang van dit werk laten zulk een uitgebreid onderzoek niet toe. Verder zou dit onderzoek ons niet een duidelijker inzicht kunnen verschaffen in de strekking van de theorie van den détournement.

In de laatste jaren is er een belangrijke wijziging te constateeren in de iurisprudentie van den Conseil d'Etat ten aanzien van den pouvoir discrétionnaire der administratie. De pouvoir discrétionnaire, welke op de vaagheid der termen berust, schijnt langzamerhand te verdwijnen. Ook hier is sprake van historische ontwikkeling der iurisprudentie. Daar deze ontwikkeling, hoewel ze, naar later blijken zal, ten nauwste verband houdt met de theorie van den détournement de pouvoir, echter den pouvoir discrétionnaire der administratie betreft, schijnt het ons wenschelijker haar in hfdst. X ter sprake te brengen.

Ten slotte enkele opmerkingen omtrent de ontwikkeling der iurisprudentie van de rechterlijke macht ten aanzien van de theorie van den détournement de pouvoir.

Slechts de strafrechter heeft ten aanzien van de theorie van den détournement de pouvoir zijn houding te bepalen. Wanneer de détournement de pouvoir een handeling onrechtmatig maakt, is de overtreding van een strafverordening, welke aan détournement de pouvoir schuldig staat, niet strafbaar. In zulk een geval dient de beklaagde van rechtsvervolging ontslagen te worden. Langen tijd is de rechterlijke macht van meening geweest, dat de regel, vervat in de theorie van den détournement de pouvoir, niet het karakter bezit van een rechtsregel, welke door den rechter gehandhaafd behoort te worden, doch slechts een regel van moraal betreft, waaraan de administratie zich slechts vrijwillig behoeft te onderwerpen. De rechterlijke macht heeft, terwijl zij dit voorop stelde, tweeërlei houding aangenomen: óf zij veroordeelde op grond van de overtreding van de strafverordening, hoewel

deze aan détournement de pouvoir schuldig stond, óf wel, doch dit eerst in den lateren tijd, zij schorste het geding, totdat de Conseil d'Etat in een praejudicieel geschil over den détournement de pouvoir beslist zou hebben.

Het arrest van 31 Jan. 1890 (Bournac) verschaft ons een voorbeeld van de eerstgenoemde iurisprudentie. Een slagersvrouw had een gemeentelijke politieverordening overtreden, welke het invoeren in de gemeente van vleesch, dat niet van het gemeentelijk abattoirstempel voorzien was, strafbaar stelde. Het Tribunal de police van Lesparre had de vrouw van rechtsvervolging ontslagen op dezen grond, dat de verordening aan détournement de pouvoir schuldig zou staan, daar de verordening slechts een monopolie had willen scheppen ten behoeve van het gemeentelijk abattoir, en dus alleen het financieel belang van de gemeente had willen dienen. Door de Cour de cassation werd dit vonnis gecasseerd: „gehoord, dat het Tribunal de police van Les-„parre de verordening van 17 Mei als onwettig beschouwd „heeft, omdat de verordening inbreuk zou maken op de „vrije concurrentie, of omdat de verordening, welke oogen-„schijnlijk slechts uitgevaardigd was om het juiste gewicht „en de goede hoedanigheid der eetwaren te verzekeren, „bedoelde een monopolie te scheppen ten behoeve van het „gemeentelijk abattoir van Lesparre;

„doch gehoord, dat het Tribunal de police door het nut, de „doelmatigheid of de gestrengheid van een maatregel te be-„oordeelen, de scheiding tusschen de rechterlijke en uit-„voerende macht miskend heeft." (volgt cassatie).

De Cour de Cassation achtte derhalve een verordening, welke aan détournement de pouvoir schuldig stond, volkomen rechtmatig. De Maire, welke de verordening had uitgevaardigd, had slechts een regel van moraal geschonden, welke van geen belang was voor de rechterlijke macht.

In het vonnis van 22 Febr. 1906 (Abbé Garcin) nam het Tribunal de police van Montpellier een andere houding aan.

Een gemeentelijke politieverordening had het dragen van

priestergewaden op den openbaren weg verboden. De Abbé der gemeente, welke de verordening had overtreden, verklaarde voor den rechter, dat de verordening met een ongeoorloofd doel was uitgevaardigd. Het Tribunal schorste nu het geding, totdat de Conseil d'Etat over den détournement de pouvoir beslist zou hebben. Het Tribunal de police achtte zich derhalve niet bevoegd over den détournement de pouvoir te oordeelen, doch achtte het ook blijkbaar minder gewenscht een politieverordening, welke aan détournement de pouvoir schuldig stond, toe te passen.

In de laatste jaren is de houding van de rechterlijke macht gewijzigd. Zij acht elke politieverordening, welke met een ongeoorloofd doel uitgevaardigd is, onrechtmatig, zoodat zij den overtreder van zulk een verordening van rechtsvervolging ontslaat. In het volgende hoofdstuk hopen we een enkel voorbeeld te kunnen geven van deze iurisprudentie.

HOOFDSTUK VI.

Practische toepassing der Leer.

Zooals we reeds opmerkten, is het onmogelijk om in een algemeenen regel weer te geven, wanneer de administratie bij zijn handelen détournement de pouvoir gepleegd heeft.

De regel, dat geen enkele administratieve handeling verricht mag worden met een doel, dat niet op het algemeen belang gericht is, is waar, doch onvoldoende. We zagen reeds, dat in zeer vele gevallen aan de administratie een zeer eng omschreven doel voor oogen gesteld wordt. Uit den aard der zaak zal van de verschillende administratieve bevoegdheden het doel geheel uiteenloopen, waaruit onmiddellijk volgt, dat men niet voor alle bevoegdheden in één regel samen kan vatten met welk doel zij verricht kunnen worden.

Men zou van elke bevoegdheid het doel dienen na te gaan, wilde men de gevolgen van de leer van den détournement de pouvoir voor het Fransche recht geheel overzien.

Voor ons doel, een uiteenzetting te geven van de theorie van den détournement, is dit echter niet noodzakelijk, zoodat we meenen te kunnen volstaan met uit de talrijke arresten van den Conseil d'Etat slechts een greep te doen om hetgeen we opmerkten door voorbeelden te verduidelijken. —

De détournement de pouvoir maakt een handeling onrechtmatig. Dit kan verschillende gevolgen hebben.

In de eerste plaats kan de Conseil d'Etat een handeling, welke aan détournement de pouvoir schuldig staat, vernietigen. Verder kan de administratieve rechter schadevergoeding toekennen op grond van de onrechtmatigheid van

de handeling, voortvloeiend uit den détournement de pouvoir. Ten slotte is het mogelijk, dat de gewone rechter de overtreding van een strafverordening, welke aan détournement de pouvoir schuldig staat, niet strafbaar acht, daar de verordening onrechtmatig en derhalve nietig is.

We hadden de hieronder volgende arresten naar deze onderscheiding kunnen indeelen. Het scheen ons echter overzichtelijker de arresten, welke betrekking hebben op dezelfde administratieve bevoegdheid, onder één hoofd te brengen.

Maatregelen van algemeene Politie.

De Maire bezit krachtens art. 97 wet 4 April 1884 de bevoegdheid maatregelen te nemen in het belang der openbare orde, waarvan de wet als de drie elementen naar voren brengt: Openbare rust, veiligheid en gezondheid. Heeft de Maire een ander doel voor oogen gehad, dan wordt op dezen grond de maatregel vernietigd.

Conseil d'Etat 28 Juni 1912. Guislain. (Lebon p. 741).

Een Maire had een muziekgezelschap verboden om op den openbaren weg te spelen. Uit de instructie der zaak was gebleken, dat de Maire met zijn verbod niet ordeverstoringen had willen voorkomen, doch slechts gehandeld had om de „fanfare municipale" tegen concurrentie te vrijwaren.

De Conseil d'Etat merkte op:

„O., dat het uit de instructie blijkt, dat de Maire door „aan het muziekgezelschap X. de door hem aangevraagde „vergunning te weigeren, van zijn politiebevoegdheden ge„bruik gemaakt heeft met een ander doel dan dat, met het „oog waarop ze hem verleend zijn; dat aldus zijn besluit „aan détournement de pouvoir schuldig staat". (volgt vernietiging van het besluit).

Conseil d'Etat 17 Nov. 1899. Cestier. (Lebon p. 645).

De Maire van Lyon had bij een politieverordening het venten van koopwaren op den openbaren weg gereglemen-

teerd. Zijn doel was echter niet geweest om een maatregel te nemen in het belang van het verkeer. Immers de considerans bevatte het volgende: ‚gezien de talrijke klachten „door den kleinhandel geuit ten opzichte van de ruïneerende concurrentie, hem door de kooplui van den openbaren weg aangedaan....". De Conseil d'Etat vernietigde de verordening met de volgende overwegingen:

„O., dat het uit de bewoordingen zelf van de aangevallen „verordening voortvloeit, dat de Maire, bij zijn reglemen- „teering van den handel, welke door de rondtrekkende „kooplui op den openbaren weg gedreven wordt, niet het „doel had de handhaving van de goede orde en het verkeer „te verzekeren, doch de belangen van den kleinhandel in „bescherming te nemen;

„dat hij aldus van zijn bevoegdheden, welke hij krachtens „art. 97 van de wet van 4 April 1884 bezit, een gebruik „heeft gemaakt met een ander doel dan dat, met het oog „waarop ze hem verleend zijn".

Conseil d'Etat 6 Juni 1913. (S. 1919. 3. 15).

Bij politieverordening had een Maire het halen van zand uit de zandgroeve, welke het eigendom van eene gemeente was, geregeld. Het bleek duidelijk, dat deze verordening niet uitgevaardigd was in het belang der openbare orde. De Conseil d'Etat vernietigde de verordening:

„O., dat de zandgroeve van Lessard een gemeentelijk „eigendom is, waarvan het genot in natura aan de bewoners „van de streek van dezen naam voorbehouden is;

„dat, door bij de aangevallen verordening het halen van „zand uit genoemde zandgroeve te verbieden, en te besluiten, „dat het uitgegraven zand slechts weggehaald zal mogen „worden na door de zorgen van de gemeentelijke autoriteit „afgemeten te zijn, de Maire niet tot doel gehad heeft maat- „regelen te nemen ter verzekering van de veiligheid der „inwoners der gemeente, doch zich tot doel stelde het genot „van zekere rechthebbenden te beperken;

„O., dat, indien de Maire belast is met het beheer van „de gemeentegoederen krachtens de voorwaarden en over- „eenkomstig de wijze van genot door den gemeenteraad „vastgesteld, de maatregelen, welke hij aldus neemt in het „belang van het privaatdomein van de gemeente, niet uit- „gevaardigd kunnen worden in den vorm van politieveror- „deningen onder de sanctie van art. 471 § 15 C. P.;

„dat aldus, genomen onder gemelden vorm en onder ge- „melde sanctie, de verordening aan excès de pouvoir schul- „dig staat".

Arrest Conseil d'Etat 21 Jan. 1910. Gonot. (Lebon p. 52).

Een Maire had bevolen een kruis, dat op een kerkhof ter plaatse van een altijddurende concessie was opgericht, weg te nemen. De Conseil d'Etat verklaarde, dat een politiemaatregel, — daar er geen sprake kon zijn van een maatregel ter uitvoering van de wet van 9 Dec. 1905, welke de godsdienstige neutraliteit der kerkhoven waarborgt, — niet genomen kon worden met het doel deze wet uit te voeren.

„O., dat uit de bewoordingen zelf van de aangevallen maat- „regel blijkt, dat de Maire van de Gemeente T., door aan „den Heer G. te gelasten het kruis, dat hij op het terrein, „waarvan hij concessionaris is, heeft laten oprichten, weg „te nemen, en door in het algemeen „het plaatsen van elk „kruis, welk het karakter bezit van een godsdienstig zinne- „beeld", te verbieden, de neutraliteit ten aanzien van den „godsdienst heeft willen verzekeren;

„O., dat.... art. 28 van de wet van 9 Dec. 1905 het recht „der families handhaaft om aan hun graven een godsdienstig „karakter te geven;

„O. aan den anderen kant, dat de politiebevoegdheden, „aan den Maire door art. 97 van de wet van 5 April 1884 „verleend, slechts betrekking hebben op de maatregelen, „bevolen in het belang van de openbare veiligheid, gezond- „heid en rust of van het handhaven der goede orde en de „gepaste stilte en welvoegelijkheid op het kerkhof; dat, indien

„aan den Maire toekomt de afmetingen en de hoogte van de „grafmonumenten te bepalen, hij dit slechts doen kan met „het oogmerk de boven uiteengezette belangen te bewaken;

„dat volgt uit hetgeen voorafgaat, dat de requirant be- „voegd is te stellen, dat bij het nemen van voormelden „maatregel de Maire van de Gemeente P. de grens van „zijn wettelijke bevoegdheden overschreden heeft" (volgt vernietiging).

Arrest van 12 Febr. 1892. Royer et Faitout.

Naar het oordeel van den Maire van de Gemeente Gagny hadden de openbare wegen te veel te lijden van de zware transportmiddelen, welke de producten der kalkovens vervoerden.

Bij een politiemaatregel reglementeerde hij vorm en afmetingen der voertuigen. De Conseil d'Etat wierp hem echter tegen, dat hoe loffelijk ook zijn streven was om op de gemeentelijke uitgaven te bezuinigen, hij tot dit doel niet van zijn politiebevoegdheden gebruik mocht maken.

„O., dat, indien de Maire van Gagny maatregelen mag „nemen de veiligheid van het verkeer op de openbare „wegen betreffend, hij zonder zijn bevoegdheden te buiten „te gaan niet bij het aangevallen besluit een geheel van „voorschriften heeft kunnen uitvaardigen, welke op den „vorm en de afmetingen der voertuigen betrekking hebben, „met het doel, zooals reeds uit de bewoordingen zelf van „het besluit blijkt, om de inwoners van Gagny te vrijwaren „tegen het ongerief, dat met het transport van zekere „fabrieksproducten gepaard gaat, en om de belangen der „belastingbetalers te beschermen door de onderhouds- „kosten van de openbare wegen ten laste der gemeente te „verminderen; dat aldus het bovengemelde besluit van den „Maire van Gagny vernietigd dient te worden wegens excès „de pouvoir."

Cour de Cassation 9 Dec. 1911 Fortin.

Een politieverordening had verboden om zonder gemeen-

telijke vergunning aan de kerk, welke de gemeente toebehoorde, herstellingen te verrichten.

De persoon, die zonder de voorgeschreven vergunning werkzaamheden aan den kerktoren verricht had, zag zich uit dien hoofde veroordeeld door het Tribunal de police van Mondoubleau.

De Cour de Cassation casseerde het vonnis van het Tribunal: „gehoord, dat de verordeningen van den Maire, „welke op de gemeentepolitie betrekking hebben, tot doel „hebben de goede orde, de veiligheid en de openbare ge„zondheid, en niet het privaatbelang der gemeente;

„dat deze verordeningen, indien ze bepalingen inhouden, „welke betrekking hebben op laatstgenoemde belangen, „vreemd zouden zijn aan de gemeentepolitie, ...,

„gehoord, dat de bepalingen zelf van het genoemde ar„tikel vaststellen, dat het genomen is door den Maire als „beheerder der gemeentegoederen en dat het slechts tot „doel gehad heeft de privaatbelangen der gemeente te hand„haven;

„dat in deze omstandigheden de verordening van den „Maire van D. niet het karakter bezit van een politieveror„dening en geen enkele strafsanctie met zich brengt."

Maatregelen van bijzondere politie.

Arrest Conseil d'Etat 22 Mrt. 1901 Pagès (Lebon p. 351).

De eigendom van onbevaarbare rivieren is aan beperkende bepalingen onderworpen. De C. C. geeft eene uitvoerige regeling, doch bovendien is in sommige gevallen de uitoefening van den eigendom slechts mogelijk na eene prealabele vergunning der administratie (wet 5 April 1898). Het is echter duidelijk, dat het verleenen van zulk een vergunning geen civielrechterlijke gevolgen heeft. Men heeft hier slechts met een politiemaatregel te doen. De administratie verleent verlof datgene te doen, waartoe men volgens zijn eigendomsrecht gerechtigd is. De administratie behoeft dus niet te vreezen, dat door verleenen van een

vergunning aan de rechten van derden afbreuk gedaan zou kunnen worden.

De Conseil d'Etat vernietigt zelfs elke weigering een vergunning te verleenen, wanneer zij gebaseerd is op het bestaan van geschillen over den eigendom.

Aldus zag een Prefect zijn weigering vergunning te verleenen om het water van een onbevaarbare rivier op te vangen, vernietigd:

„O., dat de administratie, wanneer zij te beslissen heeft „over de aanvrage tot vergunning, welke door hen, wier „bezittingen aan onbevaarbare rivieren grenzen, tot haar „gericht worden, slechts besluiten mag op grond van rede„nen van algemeen belang, zooals de noodzakelijkheid „overstroomingen te voorkomen, den natuurlijken loop van „het water te behouden, de openbare gezondheid te verze„keren of de van kracht zijnde reglementen uit te voeren;

„dat het haar niet toekomt zich op te werpen als rechter „over den omvang der rechten door de Code Civil aan de „eigenaars der aangrenzende perceelen toegestaan, waar„over alleen de rechterlijke autoriteit competent is zich uit „te spreken;

„dat hieruit volgt, dat de Prefect, door de aan hem ge„vraagde vergunning te weigeren, 't zij omdat hij niet de „hoedanigheden bezeten zou hebben haar te verleenen, 't zij „omdat zij de grenzen van de rechten van den requirant in „zijn hoedanigheid van oevereigenaar zou overschreden „hebben, een excès de pouvoir begaan heeft" (volgt vernietiging).

Arrest Conseil d'Etat 25 Fevr. 1864. Lesbats.

Dit arrest, een der eerste, waarin van détournement de pouvoir sprake is, verplaatst ons op het terrein van het poltietoezicht op de spoorwegen.

De verbinding tusschen het station van Fontainebleau en de stad liet veel te wenschen over. Reizigers, welke gedurende den nacht aankwamen vonden geen voertuigen om

hen naar de stad te vervoeren. De Prefect, die den reizigers een geregelden dienst tusschen het station en de stad wilde verzekeren, trachtte dit doel te bereiken door middel van zijn bevoegdheid de standplaats en het verkeer der voertuigen op de stations te regelen. Hij richtte een schrijven tot de hôteliers van de stad, waarin hij hen sommeerde te verklaren of zij op zich wilden nemen om zoowel overdag als des nachts den dienst tusschen het station en de stad te onderhouden. Bij een weigerend antwoord zou hun rijtuigen de standplaats op het station ontzegd worden en aan een bepaalde maatschappij zou het monopolie van den dienst verleend worden. De hôteliers weigerden de verplichting op zich te nemen en zagen aan hun omnibussen de standpaats op het station ontzegd. Een der hôteliers ging zich bij den Conseil d'Etat beklagen, welke hem in het gelijk stelde:

„O., dat het besluit van den Prefect..... slechts de „uitvoering wilde verzekeren van de overeenkomst, waarbij „de spoorwegmaatschappij Paris—Méditerranée aan den „Heer R., stalhouder, het recht verzekerde om met uitslui„ting van alle andere stalhouders op het station toegelaten „te worden om de reizigers op te nemen;

„O., dat, indien art. 1 van de ordonnance royale van 15 „Nov. 1846 aan de Prefecten het recht verleent om den toe„gang, de standplaats en het verkeer der rijtuigen in de „hal der stations te regelen, deze bevoegdheid slechts in „een belang van politie en publieken dienst gebruikt mag „worden;

„dat hieruit volgt, dat het besluit.... wegens excès de „pouvoir vernietigd dient te worden".

De Prefect bleef echter bij zijn weigering om onvoorwaardelijk aan de stalhouders het verblijf hunner rijtuigen in de hal van het station toe te staan, zoodat de requirant zich genoodzaakt zag zich tegenover den Prefect te verplichten om bij de aankomst van alle treinen met een rijtuig gereed te staan. Hij kwam echter deze verplichting niet na,

zoodat een strafvervolging tegen hem werd ingesteld. Het Hof van Amiens stelde, zich op een ander standpunt plaatsend als de Conseil d'Etat in het genoemde arrest, den Prefect in het gelijk.

Hof Amiens 3 Febr. 1865. Journal du Palais p. 701.

„O., dat de hoofden der departementale administratie, „belast met de regeling van den toegang der voertuigen in „de hal der stations, er het aantal van kunnen beperken „en er het soort van kunnen bepalen, 't zij om een opeen„hooping te voorkomen, 't zij met het oog op elk ander „motief van algemeen belang."

Het Hof aanvaardde dus wel de theorie van den détournement de pouvoir, daar het ook het doel, waarmee de regeling gemaakt werd, van belang achtte, doch verschillende slechts met den Conseil d'Etat over den omvang van het doel, dat de Prefect zich stellen mocht.

Lesbats (Lebon 1865 p. 624).

Het arrest van den Conseil d'Etat van 7 Juni 1865 maakte een einde aan den strijd. Het besliste het volgende:

„O., dat de bepalingen der aangevallen besluiten, waarbij „de Prefect den heer L. slechts machtigde om zijn rijtuigen „de hal van het station binnen te doen komen onder de „voorwaarde alle treinen te bedienen . . . ., niet zijn ge„grond op de noodzakelijkheid van het toezicht op het „station, en ook niet op de noodzakelijkheid maatregelen „te nemen om de orde aldaar te handhaven en het gevaar „van opeenhoopingen te voorkomen, maar dat zij tot doel „hebben tusschenbeide te komen in de bestaande con„currentie tusschen de verschillende ondernemingen, welke „de verkeersdienst tusschen het station en de stad en vice „versa onderhouden;

„dat onder deze omstandigheden de bepalingen van ge„noemde besluiten niet zijn genomen in de uitoefening van „de politiebevoegdheden, welke den Prefect en onzen Minis„ter door art. 1 Ord. Roy. van 15 Nov. 1846 verleend zijn;

„en dat zij aldus vernietigd dienen te worden wegens „excès pouvoir."

Conseil d'Etat. 6 Dec. 1878. Larbaud (Lebon p. 973).

Het arrest van 1878 betreft de sanitaire politie.

De exploitatie van minerale bronnen is aan de goedkeuring van de administratie onderworpen in het belang van de openbare gezondheid. Overeenkomstig de theorie van den détournement de pouvoir is dus elke weigering, niet gegrond op de bescherming van genoemd belang, onrechtmatig. Aldus zag de Minister van Landbouw zijn weigering een gevraagde vergunning te verleenen vernietigd, daar deze weigering berustte op het doel een aan den staat behoorende bron te beschermen.

„O., dat het arrest van den Raad van 5 Mei 1781, het „besluit van het gouvernement van 24 flor. an 7 en de „ord. van 18 Juni 1823, welke de exploitatie en den verkoop „van het water van minerale bronnen, welke ontdekt moch„ten worden, aan een prealabele vergunning onderworpen „hebben na een onderzoek, welks formaliteiten vastgesteld „zijn, aan de administratie slechts de bevoegdheid hebben „verleend om de aanvragen, welke haar met dit oogmerk „bereiken in overweging te nemen met het doel de gevaren „te voorkomen, welke kunnen voortvloeien uit de versprei„ding en verkoop van geneesmiddelen, welke aan de open„bare gezondheid schadelijk zijn;

„dat zoowel uit de bewoordingen van de aangevallen be„slissing als uit de verklaringen, welke de Minister van „Landbouw en de Commissaris van het gouvernement hebben „afgelegd naar aanleiding van het verzoek, blijkt, dat ge„noemde Minister de tot hem gerichte aanvrage niet heeft „willen toetsen aan het belang der openbare gezondheid, „doch door de vergunning te weigeren het mineraalwater „van de bron Prunelle in exploitatie te brengen, een maat„regel heeft willen nemen ter bescherming van een naburige „minerale bron, aan den Staat behoorend;

— (De Minister beweerde n.l. dat de bron Prunelle een kunstmatig vervaardigde afleiding was van de staatsbron te Vichy) —,

„dat, indien de wet van 14 Juli 1856 aan de administratie „vergunning verleent om in het belang van de instandhou- „ding der minerale bronnen beschermingsmaatregelen te „nemen, welke genoemde wet nader omschrijft, de Minister „de bevoegdheden, welke hem in het belang van de openbare „gezondheid verleend zijn, niet aan dit doel dienstbaar „mocht maken,

„dat hieruit volgt, dat de Minister bij het nemen van de „aangevallen beslissing zijn bevoegdheden te buiten is ge- „gaan".

Disciplinaire maatregelen tegen ambtenaren.

De disciplinaire maatregelen tegen ambtenaren kunnen slechts genomen worden met het oog op den goeden gang van zaken in den betreffenden tak van dienst, zooals uit het volgende arrest blijkt:

Conseil d'Etat. 28 Nov. 1913. (Lebon p. 1161). Petrocalli.

„O., dat uit de bewoordingen zelf van het besluit, waarbij „de Maire van B. den heer P. uit zijn functie als gemeente- „geneesheer ontslagen heeft, blijkt, dat deze beslissing ge- „nomen is uit motieven, welke vreemd zijn aan den goeden „gang van zaken van den dienst aan den requirant toever- „trouwd; dat onder deze omstandigheden laatstgenoemde „bevoegd is te stellen, dat de Maire in dit geval van zijn „wettelijke bevoegdheden gebruik heeft gemaakt met een „ander doel dan dat, met het oog waarop zij hem verleend „zijn." (volgt vernietiging).

Het klassiek geworden voorbeeld is de schorsing van den politieagent Maugras, die geschorst werd, omdat hij geheel terecht een procesverbaal had opgemaakt. De Maire had den politieagent hiermee een vingerwijzing willen geven om de vriendin van zijn huishoudster, welke als caféhoudster haar inrichting geregeld na het sluitingsuur voor het publiek

toegankelijk liet, in het vervolg met rust te laten. De Maire maakte dus van zijn bevoegdheid gebruik met het doel de uitvoering van een gemeentelijke verordening onmogelijk te maken, wat een zeer ernstige fout is, welke de administratie ten laste gelegd kan worden. De Conseil d'Etat vernietigde deze schorsing:

Conseil d'Etat 16 Nov. 1900 Maugras (S. 1901. 3. 57).

„O., dat uit de bewoordingen zelf van een brief van den „Maire van Denain blijkt, dat de Maire door Maugras dis- „ciplinair te straffen gehandeld heeft met een ander doel, „dan de bewaking der belangen, welke hem zijn toever- „trouwd, en dat hij diensvolgens de bevoegdheden, hem „door de wet verleend, te buiten is gegaan".

Conseil d'Etat. 9 Dec. 1910. Ottavy.

Een gemeentesecretaris was door den Maire met een ongeoorloofd doel ontslagen. Aan den onrechtmatig ontslagen ambtenaar werd door den Conseil d'Etat een schadeloosstelling toegekend.

Het betreft hier derhalve een geval, waarin op grond van détournement de pouvoir de gemeente tot schadevergoeding veroordeeld wordt.

„O., dat uit de instructie volgt, dat de Heer O. door een „brief van den Maire van de Gemeente Vico ontslagen is;

„dat de Maire tot motiveering van zijn besluit zich op geen „enkele dienstfout beroept en zich er toe beperkt te verkla- „ren, dat hij bij de keuze van een nieuwen secretaris op het „oogenblik, dat hij bezit heeft genomen van het gemeente- „huis, zich slechts aangesloten heeft aan het gebruik, dat bij „voortduring in de Gemeente gevolgd wordt door alle nieuw „gekozen gemeenteraden;

„O., dat het ontslag van den Heer O. in deze omstandig- „heden niet gebaseerd is op een fout van den requirant;

„dat hij bijgevolg bevoegd is het herstel van de schade, „welke hem veroorzaakt is, te vragen, welke schade op de „juiste waarde geschat zal worden, wanneer hem een bedrag

„van 510 fr., welke som gelijk staat met een jaar salaris, „wordt toegekend." (volgt veroordeeling van de gemeente).

Ontbinding van den Gemeenteraad.

Volgens de iurisprudentie van den Conseil d'Etat mag de President der Republiek slechts van zijn recht de gemeenteraden te ontbinden, gebruik maken met het doel den goeden gang der werkzaamheden van den Gemeenteraad te verzekeren. Bij elk ander doel wordt de ontbinding vernietigd.

Conseil d'Etat 31 Jan. 1902. Grazietti (S. 1903. 3. 113).

Het arrest van 31 Jan. 1902 vernietigde voor de eerste maal een ontbindingsbesluit van den President. Het arrest draagt dan ook de sporen van de weifelende houding van den Conseil d'Etat, welke het decreet wegens détournement de pouvoir vernietigt, doch tevens in zonderlinge tegenspraak hiermede verklaart, dat de motieven der handeling geen onderwerp van discussie kunnen uitmaken.

„O., dat de President der Republiek krachtens art. 43 „wet 4 April 1884 de bevoegdheid bezit elken zitting „hebbenden gemeenteraad te ontbinden, en dat de mo„tieven van een decreet van ontbinding, genomen krach„tens de bevoegdheden door dit artikel aan het Staats„hoofd verleend, niet aan het oordeel van den „administratieven rechter onderworpen kunnen worden;

„maar dat, hoe uitgebreid de bevoegdheden aan het „Staatshoofd toegekend ook mogen zijn, zij niet uit„geoefend kunnen worden met de bedoeling een herstel „te verkrijgen van de onregelmatigheden, welke zich voor„gedaan zouden hebben in den loop van de verkiezing van „den gemeentenraad, en waarvan de kennisneming uit„drukkelijk door de wet aan den administratieven rechter „is voorbehouden;

„O., dat uit de bewoordingen zelf van het aangevallen „decreet blijkt, dat de ontbinding van den gemeenteraad

„van V. slechts is uitgesproken ter oorzake van onregel-
„matigheden, waaraan de verkiezing van de leden van
„dezen Raad zou schuldig staan;
„dat aldus het aangevallen decreet aan excès de pouvoir
„schuldig staat."

Arr. Conseil d'Etat 17 Nov. 1911. Le Cocq.

Bij een andere gelegenheid had de Gouverneur van het eiland Réunion een gemeenteraad ontbonden, omdat hij van meening was, dat, gezien het gedrag van eenige leden bij een openbare betooging, het aanzien van den Raad te zeer gedaald was. De Gouverneur vond den Conseil d'Etat, waarbij sommige leden van den ontbonden Raad waren gaan klagen, tegenover zich:

„O., dat uit de bewoordingen zelf van het besluit blijkt,
„dat de ontbinding van den Gemeenteraad van Saint-Denis
„uitgesproken is wegens het deelnemen van eenige leden
„van dezen Raad aan een betooging op den openbaren weg,
„en wegens een te kort schieten door de gemeentelijke
„autoriteit in haar plicht de orde en veiligheid te verzekeren;

„O., dat aan den eenen kant, indien de Gouverneur be-
„voegd is de ontbinding uit te spreken uit motieven van
„doelmatigheid, welke niet aan het oordeel van den admini
„stratieven rechter onderworpen kunnen worden, hij om
„handelingen, welke slechts de persoonlijke verantwoor-
„delijkheid betreffen van hun auteurs, onmogelijk te
„maken, niet van zijn bevoegdheden gebruik kon maken,
„welke hem alleen in het belang van den goeden gang
„van werkzaamheden van de gemeenteraden verleend zijn;

„O., aan den anderen kant, dat de gemeentelijke politie
„tot de bevoegdheden van den Maire behoort, en niet tot
„die van den Gemeenteraad, dat uit hetgeen voorafgaat
„volgt, dat de requiranten bevoegd zijn te stellen, dat het
„aangevallen besluit aan détournement de pouvoir schul-
„dig staat en om om deze reden vernietiging van het besluit
„te verzoeken."

Maatregelen, welke betrekking hebben op de wet van 2 Jan. 1907.

De wet van 2 Jan. 1907 houdt eene nadere regeling in van de gevolgen van de scheiding van Kerk en Staat ten aanzien van de pastorieën. Ten gevolge van deze scheiding mogen de pastorieën, welke de gemeente in eigendom behooren, niet langer kosteloos aan de verschillende kerkgenootschappen in gebruik afgestaan worden. Om nu een verkapte subsidie te voorkomen, werd aan de Prefecten een preventief toezicht verleend op het verhuren der pastorieën. Het is duidelijk, dat de wet slechts wilde voorkomen, dat de huur te laag gesteld werd. Dientengevolge vindt de Prefect krachtens de theorie van den détournement de pouvoir den Conseil d'Etat tegenover zich, wanneer hij met een ander doel de toestemming weigert te verleenen.

Zoo werd een weigering een huurcontract goed te keuren vernietigd, daar de Prefect de bedoeling had gehad, niet om eene verkapte subsidie te voorkomen, doch om, daar hij vond dat de gemeente bij het bedingen van een hoogere huur ook wel haar zin gekregen zou hebben, de kerk te dwingen een hoogere huur te betalen dan strikt noodig was.

Conseil d'Etat 11 April 1913. Lebon (Lebon p. 394).

„O., dat de gemeenteraad van Saint-Denis, geheel over-
„eenkomstig de hem toekomende bevoegdheden, bij een
„besluit van 3 Dec. 1911 met goedvinden van den kape-
„laan het huurcontract van 20 Juli 1907, door den Prefect
„goedgekeurd, waarbij de pastorie verhuurd werd tegen
„een jaarlijksche prijs van 140 frcs., terwijl de belastingen,
„de reparatiën en de verzekering van het pand ten laste
„komen van den huurder, heeft ontbonden;

„dat hij bij hetzelfde besluit een voorstel tot een nieuw
„contract voor den duur van 9 jaar tegen een jaarlijkschen
„huur van 200 frs., terwijl de belasting en de reparatiën
„ten laste van de gemeente komen, heeft goedgekeurd,
„en dat het contract den 12en Jan. 1912 is ingegaan;

„dat de Prefect bij zijn weigering het nieuwe huur-
„contract goed te keuren zich niet hierop gebaseerd heeft,
„dat het contract eene verkapte subsidie zou zijn aan den
„eeredienst, — wat overigens niet blijkt uit het vergelijken
„der bovengenoemde voorwaarden —, doch daarop, dat
„„het scheen, dat de gemeente niet voldoende voordeelen
„zou trekken uit de voorgestelde wijzigingen van het huur-
„contract", dat hij als nog loopend beschouwde; dat hij van
„zijn bevoegdheden gebruik heeft gemaakt met een ander
„doel dan dat, met het oog waarop zij hem verleend zijn;
„en dat aldus de aangevallen beslissing aan excès de
„pouvoir schuldig staat." (volgt vernietiging).

Om een verkapte subsidie te voorkomen heeft de wet uitsluitend de huurcontracten aan het toezicht van den Prefect onderworpen, doch wat te doen, wanneer eenvoudig geen huurcontract opgemaakt wordt en de kerk zonder verdere formaliteiten rustig in het bezit gelaten wordt van de pastorie?

Er bestaat een uitgebreide iurisprudentie van den Conseil d'Etat, waarin besluiten van den Prefect, waarbij hij trachtte de gemeente te dwingen een huurcontract aan te gaan, vernietigd worden, daar hij gebruik maakte van bevoegdheden, welke hem met een ander doel gegeven waren dan waarvoor hij ze aanwendde.

Zoo werd bij arrest van 10 Juli 1908 een besluit van den Prefect vernietigd, waarbij hij weigerde verschillende uitgaven, voorkomende op de gemeentebegrooting, goed te keuren, zoolang niet het huurcontract door hem goedgekeurd was. „Ajourné jusqu'à l'approbation du bail du presbytère", had hij eenvoudig bij enkele geheel willekeurige uitgaven verklaard.

Conseil d'Etat 10 Juli 1908. Comm. de Randan (S. 1910. 3. 149).

„O., dat uit bovengenoemde mededeeling blijkt, dat de
„beslissing, welke overigens niet op de natuur, noch op

„den omvang der uitgaven, waarvan de verdaging wordt „uitgesproken, het oog heeft, genomen is om redenen, welke „vreemd zijn aan het doel, met het oog waarop de wet „van 5 April 1884 aan den Prefect de bevoegdheid heeft „verleend de gemeentebegrootingen te regelen....;

„dat aldus de gemeente Randan bevoegd is de vernietiging „van de aangevallen beslissing te vragen wegens détour- „nement de pouvoir".

Een ander voorbeeld vinden we in het arrest van 10 Mrt. 1911. Ook hier had de Prefect zijn weigering gegrond op het ontbreken van het contract, waarbij de pastorie verhuurd werd. In dit geval betrof de weigering de verdeeling van de houtopbrengst van het gemeentebosch, voor welke verdeeling de gemeenteraad de toestemming van den Prefect behoeft, goed te keuren. Doch ook hier vond de Prefect den Conseil d'Etat tegenover zich. De Conseil d'Etat maakte het aan den Prefect duidelijk, dat hij de verdeeling van het hout, uit het gemeentebosch afkomstig, niet met het bovengenoemde doel mocht verhinderen.

Conseil d'Etat 10 Mrt. 1911. Comm. de Boujailles. (S. 1912. 3. 41).

„O., dat de Prefect bij zijn beslissing van 21 Maart 1908 „aan de gemeente B. heeft doen weten, dat „het besluit „betreffende de rechten hout te halen uit het gemeentebosch „(affouage) slechts aan een onderzoek onderworpen zou „worden, wanneer de gemeenteraad zich gevoegd zou hebben „naar de wet van 2 Juni 1907, wat betreft het verhuren van „de pastorie;

„O., dat uit de bewoordingen zelf van deze beslissing, „welke noch op het doel, noch op de doelmatigheid van „het besluit gebaseerd is, volgt, dat de Prefect van zijn „rechten, welke de wet van 1884 hem verleent, een gebruik „heeft gemaakt met een ander doel dan dat, met het oog „waarop zij hem verleend zijn; dat aldus de gemeente B. „bevoegd is vernietiging van genoemde beslissing te vragen

„als schuldig aan détournement de pouvoir". (volgt vernietiging).

Concessies.

Het standpunt, door den Conseil d'Etat ingenomen tegenover de weigering om concessie te verleenen, hebben we reeds uiteengezet (blz. 46). We willen nu enkele arresten geven, welke betrekking hebben op het intrekken van een verleende concessie.

Het is merkwaardig, dat, terwijl bij het weigeren een concessie te verleenen de administratie geheel vrijgelaten wordt in de keuze van het doel der weigering, de administratie bij het intrekken van de concessie zich slechts door het belang van het behoud van het publiek domein mag laten leiden.

Het is hier echter niet de plaats in een nadere beschouwing te treden van de houding van den Conseil d'Etat, daar dit ons zou voeren tot een onderzoek, naar het rechtskarakter van het publiek domein en dat der concessies. Zooals we reeds opmerkten, mag naar 's Raads iurisprudentie een concessie slechts ingetrokken worden, wanneer het behoud van het publiek domein dit eischt.

Conseil d'Etat 29 Nov. 1878. Dehaynin. (Lebon p. 959).

Zoo werd bij arrest van 29 Nov. 1878 een besluit van den Prefect vernietigd, waarbij hij een vergunning geleidingen aan te leggen onder de departementale wegen introk, omdat hij dit besluit genomen had wegens de weigering van den concessionaris een jaarlijkschen cijns te betalen.

„O., dat, indien de Prefect het recht had om in het belang „van het behoud van het publiek domein en het politie-„toezicht daarop, de concessies aan den heer Dehaynin ver-„leend in te trekken, hij zonder excès de pouvoir niet in „het financieel belang van den Staat van zijn recht gebruik „kon maken om den Heer Dehaynin te dwingen zich aan „de betaling van den cijns, waarvan hij de wettigheid be-„twistte, te onderwerpen;

„dat aldus de requirant bevoegd is de vernietiging van „het aangevallen arrest te vragen".

Bij een andere gelegenheid had een Maire een concessie tot het plaatsen van een waterleidingbuis ingetrokken om de gemeentelijke waterleiding van een lastigen concurrent te bevrijden. De Maire, wiens geweten blijkbaar sprak, had zich gehaast te verklaren, dat hij zich wel degelijk slechts liet leiden door het belang van het behoud van het publiek domein, daar het gevaarlijk was voor het verkeer, dat twee geleidingen zich onder een smal voetpad bevonden. De Conseil d'Etat liet zich door deze schoon klinkende verklaring echter niet om den tuin leiden en vernietigde het besluit van den Maire wegens détournement de pouvoir.

Conseil d'Etat 12 Febr. 1886. Charret. (Lebon p. 129).

„O., dat uit de stukken zelf, bij het dossier gevoegd, welke „tot een beslissing geleid hebben, genomen ten aanzien van „den Heer Charret op 2 Mei 1883, blijkt, dat de Maire van „de gemeente Flins door de vergunning, verleend aan den „Heer Charret, om een waterleiding aan te leggen onder een „gemeentelijk voetpad in te trekken, niet gehandeld heeft „in het belang van de begaanbaarheid van het voetpad, maar „in het privaatbelang van de Gemeente;

„dat hij aldus van zijn bevoegdheden gebruik heeft ge„maakt met een ander doel dan dat, met het oog waarop „zij hem verleend waren;

„dat aldus en op dezen grond de Heer Charret bevoegd „is de vernietiging van het aangevallen besluit te vragen."

In vele gevallen valt de Conseil d'Etat een handeling aan wegens détournement de pouvoir, zonder dezen term zelf te gebruiken. Een handeling kan dus wegens détournement de pouvoir vernietigd worden, zonder dat dit onmiddellijk uit het arrest blijkt. Dit heeft echter ten gevolge gehad, dat verschillende schrijvers de vernietiging op grond van détournement de pouvoir aanwezig achten, terwijl er slechts

sprake is van violation de la loi, vice de forme of incompétence.

We willen twee groepen van arresten naar voren brengen, waarover dit misverstand bestaat.

Een weigering een rooilijn vast te stellen wordt altijd door den Conseil d'Etat vernietigd. Het is duidelijk, dat dit alleen geschiedt op grond van violation de la loi, daar de Maire krachtens de wet verplicht is een alignement te verschaffen, wanneer de belanghebbende er om vraagt. Van détournement de pouvoir is dan ook geen sprake, daar dit slechts ter sprake komt, zooals we zagen, wanneer de handeling overigens geheel in orde is. Het is dan ook geheel onverschillig waarom de weigering geschiedde.

Conseil d'Etat 23 Febr. 1883. Dame Sarlandie.

Zoo weigerde een Maire een rooilijn vast te stellen, omdat binnenkort onteigening van het perceel te wachten was en hij zoodoende wilde voorkomen, dat de kosten van onteigening zouden stijgen tengevolge van het bouwwerk, dat op het terrein verricht werd. Doch niet wegens dit doel, doch wegens violation de la loi werd de weigering vernietigd.

Talloos zijn de arresten ten aanzien van de gemeentelijke politieverordeningen, welke betrekking hebben op het toezicht op de levensmiddelen. De Conseil d'Etat vernietigde herhaaldelijk zulke verordeningen, wanneer zij b.v. verboden vleesch, dat niet afkomstig was van vee op het gemeentelijk abattoir geslacht, in de gemeente te verkoopen, — wanneer zij geboden, dat verschillende levensmiddelen slechts op den gemeenteafslag verkocht zouden worden, enz. Verschillende schrijvers zien in deze arresten een vernietiging wegens détournement de pouvoir, daar aan den Maire niet het doel voor oogen stond de openbare gezondheid te beschermen, doch omdat hij slechts het financieele belang der gemeente dienen wilde. Ongetwijfeld werden herhaaldelijk deze verordeningen met dit doel uitgevaardigd, doch dit doel doet hier niets ter zake, omdat

de Conseil d'Etat vernietigt wegens violation de la loi, n.l. wegens schending van de wet van 1791, welke de vrijheid van handel garandeert of wel, doch dit slechts in den lateren tijd, op grond van de afwezigheid van de omstandigheden, welke de verordening zouden kunnen motiveeren.

Als voorbeeld diene het arrest van 8 Febr. 1901. Hennequin (Lebon p. 149).

Bij verordening van 19 Juni 1896, had de Maire van Saint-Cloud de invoer van vleesch in de gemeente verboden gedurende de zomermaanden. Hier bleek zelfs niet, dat de Maire slechts in het financieel belang der gemeente gehandeld had, toch werd de handeling vernietigd:

„O., dat de Maire, indien hij de bevoegdheid bezit maat-
„regelen voor te schrijven bestemd om de goede hoedanig-
„heid der eetwaren te verzekeren, niet zou kunnen ver-
„bieden, zonder zijn bevoegdheden te overschrijden en
„de wet van 2—17 Maart 1791, welke de vrijheid van han-
„del garandeert, te schenden, om in de gemeente vleesch-
„waren in te voeren;

„dat aldus de Heer H. bevoegd is vernietiging aan te
„vragen wegens excès de pouvoir van de aangevallen ver-
„ordening."

Conseil d'Etat 22 Mei 1896. (S. 1897. 3. 121).

In een ander geval had de Maire den verkoop van vleesch verboden, wanneer dit niet afkomstig was van vee, op het gemeentelijk abattoir geslacht. In dit geval was het duidelijk, dat de Maire slechts het financieel belang der gemeente wilde dienen, hoewel waarschijnlijk de Conseil d'Etat toch geaarzeld zou hebben een détournement de pouvoir aan te nemen, gezien zijn strenge eischen ten aanzien van een bewijs van den détournement. Doch ook hier vernietigt hij de verordening wegens schending van het beginsel der handelsvrijheid. —

Hiermede zijn we genaderd tot het bewijs van den détournement de pouvoir, dat in het volgende hoofdstuk aan een nader onderzoek onderworpen zal worden.

HOOFDSTUK VII.

Bewijs van den détournement de pouvoir.

Hoewel het publiekrechterlijk karakter van de administratieve rechtspraak op den voorgrond staat en de Conseil d'Etat zich als regel een zelfstandig onderzoek naar de feiten niet ontzegd acht, zoo heeft de Raad een ander standpunt ingenomen ten aanzien van den détournement de pouvoir: de détournement de pouvoir moet door den requirant gesteld en bewezen worden. Deze houding van den Conseil d'Etat is alleen te verklaren uit een zekere angstvalligheid om de leer van den détournement de pouvoir toe te passen, hetgeen ook blijkt uit de groote voorzichtigheid ten aanzien van het bewijs van den détournement. De Conseil d'Etat is blijkbaar bevreesd een onschuldige handeling te treffen en onttrekt zich aan het netelige onderzoek, wanneer de détournement de pouvoir niet door den requirant gereleveerd wordt. De requirant is belast met het bewijs. Voert de eischer geen détournement de pouvoir aan, dan wordt de handeling geacht met een geoorloofd doel verricht te zijn, zonder dat dit verder uitdrukkelijk in het vonnis vermeld wordt: het normale wordt verondersteld.

Conseil d'Etat 2 Juni 1909. Cerati. (Lebon p. 633).

„O., dat de Heer Cerati, indien hij stelt dat er een détour-
„nement de pouvoir gepleegd is, geen enkel bewijs aanvoert
„ter ondersteuning van deze bewering."

Hierop volgt dan de verwerping van den eisch tot vernietiging.

Conseil d'Etat 2 Dec. 1887. Roos. (Lebon p. 756).

„O., dat de Maire van de Gemeente R. bij het nemen van
„het aangevallen besluit zich ertoe bepaald heeft om ge-

„bruik te maken van zijn algemeene politiebevoegdheden, „en dat de requirant niet bewijst, dat hij zich van zijn „bevoegdheden bediend heeft met een ander doel dan dat, „met het oog waarop zij hem verleend zijn." waarop eveneens vernietiging van den eisch volgt.

Met deze iurisprudentie zijn echter sommige arresten in strijd. De Conseil d'Etat wijst hier niet den eisch af op dezen grond, dat de aangevoerde détournement de pouvoir niet door den requirant bewezen is, — wat het gewone standpunt is van den Conseil d'Etat, — doch op dezen grond, dat de handeling met het juiste doel verricht zou zijn. Terwijl in den regel het normale, in casu de afwezigheid van den détournement de pouvoir, verondersteld wordt, wordt deze afwezigheid hier uitdrukkelijk gesteld.

Deze iurisprudentie is echter ook merkwaardig door de wijze, waarop de Conseil d'Etat bewezen acht, dat de handeling met het juiste doel verricht is. Meermalen verklaart de Conseil d'Etat, dat uit de bewoordingen van de aangevallen handeling blijkt, dat de handeling met het juiste doel verricht is. Het is toch duidelijk, dat de verklaring van de betreffende administratieve autoriteit, dat de aangevallen handeling met het juiste doel verricht is, geen enkel bewijs levert. Meermalen heeft dan ook de Conseil d'Etat een handeling wegens détournement de pouvoir vernietigd niettegenstaande de uitdrukkelijke verklaring in de handeling, dat zij met het juiste doel verricht was. Dat in deze gevallen de Conseil d'Etat geheel van zijn gewone iurisprudentie afwijkt, moet dus wel een bijzondere oorzaak hebben. In hfdst. IX hopen we gelegenheid te vinden dit nader te onderzoeken.

De twee volgende arresten dienen als voorbeeld van deze overigens zeldzame iurisprudentie.

Een Prefect had het reglement van een niet bevaarbare stroom vernieuwd. Men voerde tegen deze handeling aan, dat de Prefect slechts ten doel had gehad een fabrikant te bevoordeelen ten nadeele van de andere oevereigenaars. De

Conseil d'Etat verwierp echter den eisch tot vernietiging met de volgende overwegingen:

Arrest Conseil d'Etat 4 Aug. 1913. Fabre.

„O., dat uit de stukken van het dossier blijkt, dat de aan-„gevallen handelingen genomen zijn met een doel van alge-„meen belang en niet schuldig staan aan détournement de „pouvoir."

Conseil d'Etat 15 Mrt. 1901. (Lebon p. 292).

„O., dat, indien de gemeentelijke verordening verboden „heeft, dat een of meer groepen personen, welke aan hun „betooging een godsdienstig karakter geven, 't zij door het „zingen van liederen, 't zij door de zinnebeelden, die zij met „zich dragen, zich loopend of stilstaand in de publieke straten „of op de publieke terreinen ophouden, uit de bewoordingen „zelf van de aangevallen verordening voortvloeit, dat de „Maire slechts tot doel heeft gehad elke betooging te ver-„bieden, welke het verkeer zou kunnen belemmeren of wan-„orde zou kunnen veroorzaken;

„dat hij aldus gehandeld heeft binnen de grenzen van de „politiebevoegdheden, welke hem door art. 97 wet 5 Aug. „1884 verleend zijn. Art. 1o: de eisch wordt verworpen."

Wanneer is nu de détournement de pouvoir bewezen? De Conseil d'Etat gaat met groote omzichtigheid te werk, wat geen verwondering verwekt, wanneer men bedenkt, dat het hier een zeer moeilijk onderzoek betreft.

Als regel is op te stellen, dat de Conseil d'Etat slechts dàn den détournement de pouvoir bewezen acht, wanneer de administratieve autoriteit, van wie de aangevallen handeling afkomstig is, zelf erkend heeft de handeling niet met het juiste doel verricht te hebben. De détournement de pouvoir moet derhalve, daar het proces schriftelijk is, uit de schriftelijke verklaringen van de betrokken administratieve autoriteit voortvloeien. Deze regel kent uitzonderingen, doch zij zijn zeldzaam, zoodat de Conseil d'Etat in het ge-

citeerde arrest van 16 Nov. 1900, kon verklaren: „dat, indien de Conseil d'Etat niet bevoegd is de motieven der beslissingen op te sporen, het uit de bewoordingen van het aangevallen besluit zelf blijkt, dat.....".

Het is echter volstrekt niet noodzakelijk, dat de détournement de pouvoir uit de aangevallen handeling zelf blijkt. De administratieve autoriteit, welke desbewust een handeling met een ongeoorloofd doel verricht, zal er zich voor wachten dit doel in haar handeling te vermelden. Blijkt uit de handeling zelf, dat er détournement de pouvoir gepleegd is, dan zal er bijna altijd sprake zijn van rechtsdwaling aan den kant van de administratie ten aanzien van het doel der bevoegdheid. De Conseil d'Etat acht den détournement de pouvoir ook bewezen door andere stukken uit het dossier, welke van de betreffende administratieve autoriteit afkomstig zijn, zooals dienstorders, vertrouwelijke mededeelingen enz.. Door deze „indiscrétions du dossier", zooals de Fransche schrijvers ze noemen, is de Raad herhaaldelijk in staat de détournement de pouvoir op te sporen niettegenstaande de moeite, welke de administratie zich gaf het ware doel der handeling verborgen te houden.

We willen het opgemerkte met enkele voorbeelden verduidelijken.

De détournement de pouvoir blijkt uit de handeling zelf.

In het geciteerde arrest van 10 Maart 1911 (blz. 74) blijkt uit de verklaring van den Prefect, dat hij de gevraagde goedkeuring slechts zou verleenen, „wanneer de gemeenteraad voldaan zou hebben aan de wet van 2 Jan. 1907, wat betreft het verhuren der pastorie", dat hij zich aan détournement de pouvoir schuldig maakte.

Uit de verklaring van den Gouverneur, dat hij den gemeenteraad ontbond, omdat deze te kort schoot in zijn plicht om de orde te handhaven, kon de Conseil d'Etat onmiddellijk een détournement de pouvoir afleiden. Arrest van 17 Nov. 1911 (blz. 71).

In de affaire Cestier (blz. 59) bleek uit de considerans, welke bevatte, dat de maatregel genomen was om den kleinhandel te beschermen, dat de Maire van zijn politiebevoegdheden met een ongeoorloofd doel gebruik gemaakt had.

In het arrest van 30 Nov. 1917 Janvier (Lebon p. 773), bleek de détournement de pouvoir uit de verklaring van den Maire, dat hij den gemeentesecretaris ontslagen had, omdat „zijn inzichten en gevoelens niet in overeenstemming waren met die van den gemeenteraad".

Uit de verklaring van den Maire, dat hij handelde ter uitvoering van de wet, welke de neutraliteit ten aanzien van den godsdienst op de kerkhoven waarborgt, vloeide voort, dat hij van zijn politiebevoegdheden met een ongeoorloofd doel gebruik maakte. (blz. 61).

In de zaak Royer en Faitout (blz. 62) bleek de détournement de pouvoir weer uit de considerans, daar de Maire hierin verklaard had, dat hij den politiemaatregel nam om „de belangen der belastingbetalers in bescherming te nemen."

Dat het verbod aan de hôteliers van Fontainebleau om met hun rijtuigen de hal van het station binnen te komen, aan détournement de pouvoir schuldig stond, vloeide voort uit de verklaring, dat dit geschiedde, omdat zij geweigerd hadden op de voorwaarden van den Prefect in te gaan. Arr. van 25 Febr. 1864 (blz. 64).

De détournement de pouvoir vloeit voort uit de „indiscrétions du dossier" of andere stukken.

In de zaak Maugras (blz. 69) bleek de détournement niet uit de aangevallen handeling zelf, doch uit een brief van den Maire aan den commissaris van politie, waarin hij uiteenzette, waarom de agent van politie geschorst werd.

Ook in het arrest van 22 Nov. 1907 La Fraternelle de Beuzeville (Lebon p. 847) kon de Conseil d'Etat den détournement de pouvoir afleiden uit brieven van den Maire.

Dat de weigering vergunning te verleenen een minerale bron in exploitatie te brengen aan détournement de pouvoir schuldig stond, bleek zoowel uit de aangevallen handeling zelf, als uit de verklaringen van den Minister tijdens het proces afgelegd, waarbij hij naar voren bracht, dat de maatregel bescherming bedoelde van de staatsbron te Vichy. Van indiscrétions du dossier is in dit geval geen sprake, daar de Minister openlijk het doel der maatregelen erkende. Arr. 6 Dec. 1878 (blz. 67).

In de zaak Charret (blz. 76) kon de Conseil d'Etat in de stukken van het dossier door den Maire erkend vinden, dat hij een détournement de pouvoir gepleegd had, niettegenstaande de Maire in de aangevallen handeling zelf verklaard had, dat hij handelde met het doel, dat hij zich stellen moest.

De détournement de pouvoir wordt afgeleid uit de omstandigheden, welke de handeling vergezelden, wordt derhalve door vermoedens bewezen.

In enkele gevallen leidt de Conseil d'Etat den détournement de pouvoir af uit omstandigheden, welke de handeling vergezelden. Hij gaat hiermede echter met de grootste voorzichtigheid te werk, zoodat het bewijs van den détournement door middel van vermoedens uitzondering blijft.

Zoo weigert de Conseil d'Etat bij voortduring détournement de pouvoir daardoor bewezen te achten, dat tusschen de betrokken administratieve autoriteit en dengene, die zich door de aangevallen handeling in zijn belangen geschaad acht, een vijandige verhouding bestaat. Tevergeefs deed b.v. de pastoor van St. Nicolas (arr. 10 Mars 1911 Abbé Délméjà) een beroep op den Raad om een verordening te vernietigen, welke iedere uiting van eeredienst buiten de kerk, behalve die ter gelegenheid van begrafenissen, verboodt. Hij voerde aan, dat de Maire niet ten doel had gehad de orde te handhaven, doch slechts uit

vijandschap tegen hem, — welke vijandige houding een ieder bekend was, — gehandeld had. De Conseil d'Etat achtte echter den détournement de pouvoir niet aangetoond door het feit, dat de pastoor en de Maire geen vrienden waren. Verder leidt de Conseil d'Etat den détournement de pouvoir nooit af uit de ondoelmatigheid der handeling. In dit geval is het toch zeer wel mogelijk, dat de administratie ter goeder trouw is en met het juiste doel handelde. De Raad houdt juist den détournement de pouvoir en de opportuniteit der handeling streng uit elkaar. Men zie b.v. het arrest van 25 Febr. 1916, waarbij een gemeenteambtenaar, welke zich over zijn ontslag beklaagde, ten antwoord kreeg,

„dat het niet bewezen is, dat de Maire handelde met „een ander doel dan dat, met het oog waarop de bevoegd- „heden hem verleend zijn, en dat de doelmatigheid der „genomen maatregel niet het voorwerp van een discussie „kan uitmaken voor den Conseil d'Etat."

Er bestaat een groep arresten, waarover misverstand zou kunnen heerschen. Het zijn die arresten, waarbij politieverordeningen vernietigd worden op dezen grond, dat „aucun motif tiré de la neccessité de maintenir l'ordre publique ne pouvait être invoqué." Men zou naar aanleiding van de gebruikte terminologie kunnen meenen, dat hier sprake is van détournement de pouvoir, welke uit de ondoelmatigheid der handeling afgeleid wordt, en welke ondoelmatigheid hierin zou bestaan, dat de door de wet geëischte omstandigheden, welker aanwezigheid door de vaagheid der termen alleen aan de administratie te beoordeelen staat, niet aanwezig zijn. In hoofdstuk IX zullen we echter aantoonen, dat hier slechts sprake is van vernietiging op grond van violation de la loi, daar de geëischte omstandigheden niet aanwezig zijn en de Conseil d'Etat in zijn latere iurisprudentie niet meer uit de vaagheid der termen een pouvoir discrétionnaire der administratie afleidt.

De Conseil d'Etat leidt ten slotte slechts uit drieërlei

omstandigheden de aanwezigheid van den détournement de pouvoir af.

De Conseil d'Etat leidt den détournement de pouvoir af uit de omstandigheid, dat de administratieve autoriteit, van wie de aangevallen handeling afkomstig is, een aanwijzing heeft gekregen van haar superieur of van iemand, aan wien zij geacht kan worden gehoor te hebben gegeven, om de handeling met een ongeoorloofd doel te verrichten.

Conseil d'Etat 28 Juni 1912. Guislain. (Lebon p. 741).

Een besluit van den gemeenteraad van Somain bevatte, dat de Maire in het vervolg aan elk ander muziekgezelschap dan de Fanfare municipale diende te verbieden om met muziek de straten door te trekken. Uit de beraadslagingen bleek zeer duidelijk, dat de Raad zich niet liet leiden door het verlangen de openbare orde te verzekeren, doch slechts de Fanfare municipale wilde begunstigen. De Maire was niet verplicht den Raad te gehoorzamen: De Raad was niet zijn superieur. Zoo vernietigde de Conseil d'Etat het gemeenteraadsbesluit, omdat het niet den vorm had van een motie, doch rechtstreeks aan den Maire een bevel gegeven had. Toch achtte den Conseil d'Etat een weigering van den Maire een muziekgezelschap te vergunnen om met muziek de straten door te trekken, aan détournement de pouvoir schuldig, omdat hij aannam, dat de Maire bij zijn weigering aan het gemeenteraadsbesluit had willen voldoen.

In de bekende arresten, welke de sluiting van de lucifersfabrieken betreffen (blz. 36), leidde de Conseil d'Etat den détournement de pouvoir af uit een bevel van den superieur van den Prefect. De Minister van Financiën had n.l. tot de Prefecten een circulaire gericht om zoo spoedig mogelijk tot het sluiten over te gaan der lucifersfabrieken, welke zonder vergunning werkten, waardoor de Minister den Staat een financieel buitenkansje dacht te bezorgen. Hij verklaarde in een circulaire:

„Gij, Prefecten, zult er zorg voor dragen in dit besluit „slechts de wetten en reglementen, welke op de voor de

„publieke gezondheid schadelijke bedrijven betrekking „hebben, te vermelden. Gij dient U er van te onthouden „de wet van 2 Aug. 1872, welke den Staat het monopolie „verleend heeft van de vervaardiging en verkoop der lucifers, „ter sprake te brengen".

Ongelukkig voor den Minister, deze circulaire kwam in handen van den Conseil d'Etat, welke niet aarzelde op grond van deze circulaire het sluitingsbevel van den Prefect aan détournement de pouvoir schuldig te achten.

De Conseil d'Etat leidt den détournement de pouvoir af uit de herhaling der handeling, 't zij omdat uit de herhaling zelf reeds de détournement voortvloeit, 't zij omdat van een der handelingen de détournement bewezen is.

De Conseil d'Etat heeft meermalen ingegrepen ten behoeve van ambtenaren, welke achtereenvolgens verschillende malen geschorst werden, zonder dat zij zelfs tusschen twee schorsingen hun werk hervat hadden. Door deze herhaling achtte de Conseil d'Etat bewezen, dat de schorsing niet geschiedde in het belang van den dienst, doch om de wettelijke schorsingsduur te kunnen verlengen. Conseil d'Etat 31 Juli 1903. Roux. (Lebon p. 584).

Bij andere gelegenheden achtte de Conseil d'Etat den détournement de pouvoir bewezen, doordat van een van de elkaar geheel gelijke handelingen de détournement bewezen was.

Conseil d'Etat 9 Juni 1893. Thorrand. (Lebon p. 450).

Een intrekking van een concessie was vernietigd wegens détournement de pouvoir, daar de Prefect zich niet had laten leiden door het belang van het behoud van het publiek domein, doch door het financieel belang der gemeente. Voor een tweede maal trok de Prefect de concessie in. Hij was nu wijzer geworden en trachtte zorgvuldig het ware doel der handeling verborgen te houden, terwijl hij verklaarde, dat de uitvoering van het werk het verkeer zou kunnen belemmeren. De Conseil d'Etat achtte echter door de omstandig-

heden, waaronder de handeling verricht was, bewezen, dat er détournement de pouvoir aanwezig was.

Ten slotte acht de Conseil d'Etat den détournement de pouvoir bewezen door de omstandigheid, dat de in de handeling vermelde motiveerende feiten afwezig blijken te zijn.

Hij acht, dat wanneer de administratie het doel verborgen wil houden door het vermelden van gefingeerde feiten, er slechts sprake kan zijn van détournement de pouvoir. Doch natuurlijk dient vast te staan, dat er geen dwaling bestaan heeft aan de kant van de administratie ten aanzien van het bestaan der vermelde feiten.

Conseil d'Etat 14 Jan. 1910. Rigal. (Lebon p. 24).

Een veldwachter was ontslagen op grond van nalatigheid bij de uitoefening van zijn ambt. Het bleek aan den Conseil d'Etat, — de Minister kwam het hem uitdrukkelijk verzekeren — dat de veldwachter zijn ambt altijd met de grootste zorg had waargenomen. De Conseil d'Etat achtte nu door de valsche aanklacht tegen den veldwachter, in het ontslag vermeld, den détournement de pouvoir bewezen.

Eindelijk dienen we volledigheidshalve twee arresten te vermelden, welke met de overige iurisprudentie in strijd zijn.

In de eerste plaats het arrest van 1 Juli 1898. Seynoise (Lebon p. 498). Hier leidt de Raad den détournement af uit de afwezigheid van een motiveering der handeling, terwijl overigens de Conseil d'Etat hierdoor nooit den détournement bewezen acht.

Verder acht de Raad in het arrest van 5 Juli 1912 Becquart. den détournement bewezen door de vijandige verhouding, welke bestond tusschen den Maire en een muziekgezelschap, waaraan verboden was op straat muziek te maken.

HOOFDSTUK VIII.

Détournement de pouvoir en Abus du droit.

Tot nu toe beschouwden we de theorie van den détournement de pouvoir van haar practische zijde. Ons doel was eenvoudig vast te stellen, wanneer men zich aan détourement de pouvoir schuldig maakt. De vraag, hoe de détournement de pouvoir door den Conseil d'Etat en de schrijvers theoretisch wordt geconstrueerd, hield ons slechts terloops bezig. Derhalve willen we nu het rechtskarakter van den détournement de pouvoir vaststellen. In hoofdstuk IV zagen we, dat hij, die zich aan détournement de pouvoir schuldig maakt, niet slechts immoreel, doch onrechtmatig handelt. Ons punt van uitgang kan derhalve zijn, dat elke administratieve handeling, met een ongeoorloofd doel verricht, onrechtmatig is [1]).

Door den Conseil d'Etat wordt in vele arresten de détournement de pouvoir omschreven als het geval, waarin de administratie van haar bevoegdheden gebruik maakt met een ander doel dan dat, met het oog waarop de bevoegdheden haar verleend zijn.

Uit deze definitie blijkt niet of de Conseil d'Etat in den détournement de pouvoir een *misbruik van bevoegdheid* ziet, en dus de theorie van den abus du droit, zooals zij in den regel door de Fransche auteurs verstaan wordt, aanhangt, dan wel of de Raad slechts heeft willen aanduiden, dat het administratief orgaan, dat zich aan détournement de pouvoir schuldig maakt, wel handelt krachtens een verleende bevoegdheid, doch door het schenden van een rechtsnorm, die bevoegdheid overschrijdt.

---

1) Eenvoudigheidshalve laten we de gemaakte restricties op den regel, welke hier niet van belang zijn, achterwege.

We dienen thans eerst na te gaan, wat de Fransche auteurs bedoelen, wanneer zij spreken van abus du droit. Het zou voor de hand liggen, dat men, sprekend van abus du droit, het oog had op de objectieve rechtsorde en met abus du droit wilde aanduiden, dat het mogelijk is, dat men zonder de letter der wettelijke bepalingen te schenden, handelen kan in strijd met hun bedoeling. Het voordeel van zulk een theorie van abus du droit is, dat men nog eens den nadruk legt op het doel, waarmee de wettelijke bepalingen tot stand komen. Het bezwaar, dat men tegen een dergelijke opvatting van abus du droit zou kunnen aanvoeren, is, dat met een te groot onderscheid maakt tusschen de regels, welke op de woorden der wet berusten, en de regels, die uit de bedoeling der wet voortvloeien. Stelt men deze regels geheel op één lijn, dan zal toch bezwaarlijk van abus du droit sprake kunnen zijn. Afgezien echter van dit bezwaar, zou het mogelijk zijn in détournement de pouvoir een vorm te zien van abus du droit, wanneer de regel in de theorie van den détournement de pouvoir vervat, uit den geest der wettelijke bepalingen voortvloeide. Immers dan was het mogelijk, dat men zonder de woorden der wet te schenden in strijd handelde met de bedoeling der wettelijke bepalingen. Dat ons inziens de regel, begrepen in de theorie van den détournement de pouvoir, geheel niet door interpretatie uit de wet is af te leiden, hebben we boven uiteengezet (blz. 43). De rechtsregel, dat geen enkele administratieve handeling op straffe van nietigheid genomen mag worden met een doel, dat strijdig is met het doel der bevoegdheid, waarvan de handeling een uiting is, is een norm, welke door den Conseil d'Etat geheel buiten de wet om is opgesteld. Stelt men zich op dit standpunt, dan is het natuurlijk onmogelijk in den détournement de pouvoir een vorm te zien van abus du droit, genomen in den zin hierboven uiteengezet.

Door de Fransche auteurs wordt in den regel de term „abus du droit" niet in bovengenoemden zin verstaan. Spreken zij over abus du droit, dan hebben zij het oog op

een ongeoorloofd gebruik eener bevoegdheid, m. a. w. een abus de droit. Wij zullen ter voorkoming van verwarring, wanneer we het oog hebben op laatstgenoemde theorie, van abus de droit spreken, ook al wordt door de Fransche auteurs geheel ten onrechte geen onderscheid gemaakt tusschen de begrippen „abus du droit" en „abus de droit".

Wanneer de détournement de pouvoir is aan te merken als een ongeoorloofd gebruik der administratieve bevoegdheden, — de meeste schrijvers sluiten zich bij deze meening aan — [1], dient men dan in den détournement de pouvoir een vorm te zien van abus de droit of zijn abus de droit en détournement de pouvoir als gelijkwaardige grootheden naast elkaar te plaatsen?

De schrijvers geven op de laatste vraag een bevestigend antwoord. Voor hen ligt abus de droit uitsluitend op het terrein van het privaatrecht, terwijl détournement de pouvoir op het terrein van het administratiefrecht ligt. De auteurs maken een onderscheid tusschen de pouvoirs der administratie en de droits, welke uit het privaatrecht voortvloeien. Wij voor ons zouden zulk een strenge scheiding niet willen maken. Tusschen recht en bevoegdheid bestaat geen verschil: te spreken van de bevoegdheden der administratie is hetzelfde als te spreken van de administratieve rechten.

Neemt men in beginsel het begrip abus de droit aan, dan kan abus de droit zich zoowel op publiek- als privaatrechterlijk terrein voordoen: in détournement is slechts een speciale vorm van abus de droit te zien, nml. abus des droits administratifs. — De vraag echter of détournement de pouvoir, als een abus de pouvoir, en abus de droit naast elkaar staan of wel of abus de droit détournement de pouvoir in zich sluit, is slechts van secundair belang. Van primair belang is de vraag of de uitdrukking „abus de droit" en „abus de pouvoir" bestaanbaar is.

---

1) Duguit op. cit p. 176 en de aldaar gecit. litt.

Onder abus de droit denkt men zich het geval, dat iemand, geheel blijvend binnen de perken van zijn bevoegdheid, van die bevoegdheid een ongeoorloofd gebruik maakt.

Wanneer men zich stelt op het standpunt der droits naturels, en in de wet slechts een beperking ziet dezer rechten, is het mogelijk van abus de droit te spreken. De wet laat de rechten intact, zoodat men, ook wanneer men van zijn rechten een onwettig gebruik maakt, binnen de perken zijner rechten blijft. Moeilijker wordt de vraag, wanneer van meening is, dat de rechten slechts uit de wet voortvloeien. Wanneer het plegen van abus de droit een onrechtmatige handeling is, vervalt hiermede de geheele theorie van abus de droit. De wet kan niet aan den eenen kant geven, wat zij aan den anderen kant ontneemt. Het uitoefenen van een recht kan nooit onrechtmatig zijn te noemen. Wanneer de wet de handeling rechtmatig verklaart, kan zij niet tevens de handeling onrechtmatig achten. Reeds door Planiol is hierop uitdrukkelijk gewezen.

Vooral ten gevolge van de critiek van Planiol heeft men de theorie, krachtens welke de abus de droit zou bestaan uit een usage excessif de droit, goeddeels verlaten. Vooral ten aanzien van het eigendomsrecht was deze theorie tot een groote ontwikkeling gekomen. De jurisprudentie verbiedt herhaaldelijk een bepaald gebruik van een zaak te maken, zonder dat de wet uitdrukkelijk ten dien opzichte het eigendomsrecht beperkt heeft. Men achtte nu een usage excessif van het eigendomsrecht aanwezig, wanneer men, zonder dat de wet uitdrukkelijk de handeling verbiedt, toch volgens de iurisprudentie een ongeoorloofd gebruik heeft gemaakt van de zaak, waarvan men eigenaar is.

Men ziet onmiddellijk in, dat er in wezen geen verschil bestaat tusschen een handeling, welke door de wet uitdrukkelijk verboden is, — omdat b.v. de handeling een indruk zou maken op een regel van burenrecht, met zooveel woorden in de wet genoemd, — èn een handeling, welke door de iurisprudentie als ongeoorloofd wordt aangemerkt,

omdat ze met den geest der wet in strijd zou zijn. Beide handelingen zijn als inbreuk op een rechtsregel als onrechtmatig aan te merken. Derhalve kan ook een handeling, welke inbreuk maakt op een rechtsregel, welke niet met zooveel woorden door de wet genoemd wordt, niet als een usage excessif van een recht worden aangemerkt, en dient zij beschouwd te worden als een handeling, waardoor de grenzen der bevoegdheid overschreden is.

Tegenwoordig maakt een nieuwe theorie bij de Fransche auteurs opgang. Abus de droit zou dàn aanwezig zijn, wanneer men met een ongeoorloofd *doel* van zijn bevoegdheden gebruik maakt. Volgens sommige schrijvers handelt men niet onrechtmatig, wanneer men met een ongeoorloofd doel van zijn rechten gebruik maakt, daar de handeling objectief geheel in orde is. Derhalve zou in dit geval werkelijk van abus de droit sprake zijn.

Volgens de iurisprudentie is elk gebruik van een burgerlijk recht met een intention de nuir ongeoorloofd [1]). Derhalve

1) We kunnen hier niet uitvoerig spreken over de wenschelijkheid van deze iurisprudentie. We willen slechts wijzen op een opmerking van Planiol. Hij zegt, dat geen rekening behoort gehouden te worden met de bedoeling van hem, die schade toebrengt. Schadevergoeding behoort toegekend te worden, geheel afgezien van de bedoeling van den dader, omdat men in strijd met een rechtsregel handelde, en dus de schade onrechtmatig werd toegebracht; b.v.:

Een eigenaar, welke een valsche schoorsteen bouwde, niet omdat hij van meening was, dat de schoorsteen hem nuttig zou zijn, doch omdat hij zijn buurman wilde plagen door hem het uitzicht te belemmeren, werd veroordeeld, omdat hij de handeling verricht had met een intention de nuir. Naar Planiols oordeel zou zulk een motiveering onjuist zijn. De eigenaar had niet veroordeeld moeten worden, omdat bij hem een intention de nuir aanwezig was, doch omdat een handeling, welke den eigenaar geen voordeel aanbrengt en anderen in hun rechten schaadt, onrechtmatig is. Planiol richt hetzelfde bezwaar tegen de theorie, welke een burgerlijke handeling, verricht met een intention de nuir als onrechtmatig kenmerkt, als wij tegen de theorie van den détournement de pouvoir aanvoerden: Ook hier is de bedoeling, waarmee de handeling verricht wordt van geen belang, het komt slechts op de handeling zelve aan.

zou zoowel op het terrein van het privaatrecht als op het terrein van het publiek recht van abus de droit [1]) sprake zijn.

Op privaatrechterlijk terrein is abus de droit aanwezig, wanneer men van zijn bevoegdheden gebruik maakt met het doel een ander schade toe te brengen; op administratiefrechterlijk terrein is er van abus de droit sprake, wanneer men zich aan détournement de pouvoir schuldig maakt.

Doch ook de theorie, volgens welke abus de droit aanwezig zou zijn, wanneer men van zijn rechten met een ongeoorloofd doel gebruik maakt, is onjuist. Een handeling met een ongeoorloofd doel verricht, is niet rechtmatig. De ongeoorloofdheid van het doel is een omstandigheid, welke de handeling onrechtmatig maakt. Dat deze omstandigheid niet uitwendig blijkt, heeft geen beteekenis. Een handeling, welke onrechtmatig is, kan nooit als de uitoefening van een recht worden aangemerkt.

De détournement de pouvoir is derhalve niet te beschouwen als een abus de droit of abus de pouvoir, doch slechts als een excès de pouvoir. Hij, die zich aan détournement de pouvoir schuldig maakt, gebruikt zijn bevoegdheden niet, doch overschrijdt hunne grenzen.

Het schijnt ons toe, dat de Conseil d'Etat, die den détournement de pouvoir onder de excès de pouvoir rangschikt, in den détournement de pouvoir geen vorm ziet van abus de droit. Het is toch niet mogelijk, dat men een zij het ook ongeoorloofd gebruik van zijn bevoegdheid maakt en tevens de grenzen van zijn bevoegdheid overschrijdt.

---

1) We maken hier niet het formeele onderscheid, dat door de schrijvers gemaakt wordt tusschen abus de droit en détournement de pouvoir (blz. 91).

HOOFDSTUK IX.

Critiek op de Theorie.

Zooals wij in hfdst. III uiteengezet hebben, bedoelde de Conseil d'Etat door zijn theorie van den détournement de pouvoir paal en perk te stellen aan de misbruiken, welke de administratie van haar pouvoir discrétionnaire maakte. Hoewel de Conseil d'Etat den détournement de pouvoir herhaaldelijk definieert als het geval, waarin „de administratie van haar bevoegdheden gebruik maakt met een ander doel dan dat, met het oog waarop de bevoegdheden haar verleend zijn" blijkt, dat de Conseil d'Etat handelingen, welke geen uiting zijn van een pouvoir discrétionnaire der administratie, niet wegens de ongeoorloofdheid van het doel aanvalt. De gegeven definitie is derhalve, naar uit 's Raads iurisprudentie blijkt, te ruim, zoodat we, ons bij de schrijvers aansluitend, de op blz. 41 voorkomende definitie geven konden. De theorie van den détournement de pouvoir is beperkt tot de handelingen, welke een uiting zijn van een pouvoir discrétionnaire der administratie.

Reeds uit het feit, dat handelingen, welke geen uiting zijn van een pouvoir discrétionnaire, niet aangevallen worden wegens de ongeoorloofdheid van het doel der handeling, blijkt, dat de ongeoorloofdheid van het doel, waarmee de handeling verricht werd, niet met zich behoeft te brengen, dat van de bevoegdheid een gebruik is gemaakt, dat niet strekken kan tot het bereiken van het doel der bevoegdheid. Ziet men dit in, dan is hiermede reeds de theorie van den détournement de pouvoir veroordeeld.

Zooals ons in hfdst. III bleek, heeft bij handelingen, waarbij van een pouvoir discrétionnaire geen sprake is, de ongeoorloofdheid van het doel geen invloed op de vraag of

het doel der bevoegdheid bereikt is. Bij handelingen, welke een uiting zijn van een pouvoir discrétionnaire, zal dikwijls het doel ,waarmede de handeling verricht wordt, de handeling beinvloeden, doch ook hier behoeft niet de ongeoorloofdheid van het doel een onjuist gebruik der bevoegdheid met zich te brengen. Het is zeer wel mogelijk, dat de administratie van haar pouvoir discrétionnaire, niettegenstaande zij de handeling met een ongeoorloofd doel verrichtte, een juist gebruik gemaakt heeft. Wanneer een concessie wordt ingetrokken met het doel het financieel belang der gemeente te dienen, — dus met een naar 's Raads iurisprudentie ongeoorloofd doel — is het zeer wel mogelijk, dat door het intrekken der concessie het objectieve doel der bevoegdheid, nml. het instandhouden van het publiek domein, bereikt wordt, ook al was aan den betreffenden ambtenaar volkomen onbekend, dat het voortduren der concessie gevaar opleverde voor het publiek domein. Wanneer een ambtenaar uit wraakneming ontslagen wordt, is het zeer wel mogelijk, dat dit ontslag doelmatig is niettegenstaande het ontslag met een ongeoorloofd doel verleend werd, doordat de autoriteit, welke het ontslag verleende, met vreugde van de gelegenheid, haar geboden, doordat de ontslagen ambtenaar zich aan een fout schuldig maakte, gebruik maakte om zijn vijand te treffen.

De Conseil d'Etat heeft dit alles zeer wel ingezien. Hij weigert een handeling, welke doelmatig is, wegens détournement de pouvoir te vernietigen. De Raad wacht zich er echter wel voor dit uitdrukkelijk te verklaren. De Conseil d'Etat legt er altijd den nadruk op, dat de doelmatigheid der handeling hem niet aangaat. Wanneer hij nu met zooveel woorden weigerde een doelmatige handeling wegens détournement de pouvoir te vernietigen, zou hij hiermede toegeven, dat de toepassing van de theorie van den détournement slechts een voorwendsel is om een ondoelmatige handeling te treffen, en dat, wanneer die ondoelmatigheid niet aanwezig blijkt te zijn, de handeling met rust gelaten wordt. De uitdrukkelijke verklaring, dat de theorie van den détour-

nement de pouvoir slechts haar toepassing vindt op ondoelmatige handelingen, zou geheel in strijd zijn met de opmerking, door den Raad herhaaldelijk gemaakt, dat de doelmatigheid der handelingen hem niet aangaat.

Dat slechts ondoelmatige handelingen wegens détournement de pouvoir aangevallen worden, blijkt uit verschillende arresten.

In de eerste plaats willen we wijzen op die arresten, waarin door den Conseil d'Etat verklaard wordt, dat de wegens détournement de pouvoir aangevallen handeling met een geoorloofd doel verricht is. We hebben hierover reeds op blz. 80 gesproken en de merkwaardigheid dezer arresten aangetoond. Hier zij nog gewezen op het arrest van 9 Aug. 1911 Basque. Bij een besluit van een Maire was het houden van bals in een bepaalde inrichting verboden. De eigenaar der inrichting, welke het besluit van den Maire van détournement de pouvoir betichtte, kreeg van den Conseil d'Etat te hooren:

„O., dat uit de instructie blijkt, dat zich in de inrichting, „waarin de Heer D. een openbaar bal georganiseerd had, „wanordelijkheden hebben voorgedaan, en dat de Maire van „B. het besluit genomen heeft met het doel om een herhaling „te verhinderen".

Terwijl in de arresten van dezen aard (zie blz. 80) de Conseil d'Etat in den regel verklaart, dat uit de termen zelf der handeling voortvloeit, dat de handeling met het juiste doel verricht is, schijnt in dit arrest de Conseil d'Etat uit de aanwezigheid der door de wet geëischte omstandigheden te willen afleiden, dat de handeling met het juiste doel verricht is. Zoowel het een als het andere is onjuist. De verklaring, afgelegd door den auteur der handeling, dat de handeling met het juiste doel verricht is, bewijst niets, doch ook uit de aanwezigheid der motiveerende omstandigheden, m.a.w. uit de doelmatigheid der handeling, volgt geenszins, dat de handeling met een geoorloofd doel verricht zou zijn. De oorzaak van deze eigenaardige jurisprudentie kan slechts

daarin gelegen zijn, dat de Conseil d'Etat bij een handeling, welker doelmatigheid hem gebleken is, bij voorbaat elke discussie over détournement de pouvoir wil afsnijden door te verklaren, dat de handeling met een geoorloofd doel verricht is.

In een andere groep arresten wordt, alvorens de handeling venietigd wordt wegens détournement de pouvoir, door den Conseil d'Etat uitdrukkelijk geconstateerd, dat de omstandigheden, welke de handeling zouden kunnen motiveeren, afwezig zijn. De Conseil d'Etat weigert in vele gevallen op grond van de vaagheid der termen te beoordeelen of de geëischte omstandigheden aanwezig zijn: er is hier sprake van een pouvoir discrétionnaire der administratie. Dat nu in sommige arresten de afwezigheid der vereischte omstandigheden door den Raad geconstateerd wordt, duidt aan, dat de doelmatigheid der handeling aan den Conseil d'Etat niet geheel onverschillig is, en dat de Raad geweigerd zou hebben de handeling wegens détournement de pouvoir te vernietigen, wanneer de vereischte omstandigheden aanwezig geweest zouden zijn.

Als voorbeeld diene het arrest van 23 Febr. 1916 Javal. Een Maire had bij politieverordening om redenen, welke hier niet ter zake doen, het berijden van een openbaren weg verboden. De verordening zou slechts gemotiveerd kunnen worden door het feit, dat het verkeer van voertuigen op den weg gevaar opleverde. Het is duidelijk, dat dit feit aanwezig kon zijn, niettegenstaande de Maire de verordening met een ongeoorloofd doel, — dus niet met een doel, dat gericht was op het voorkomen van verkeersgevaren, — uitgevaardigd had. De Conseil d'Etat vernietigt nu de verordening wegens détournement de pouvoir na uitdrukkelijk geconstateerd te hebben, dat de weg voor voertuigen begaanbaar was, dus na de ondoelmatigheid der handeling vastgesteld te hebben.

Een ander voorbeeld vinden we in het reeds geciteerde arrest van 11 April 1913 (blz. 72).

Hier wordt het besluit van den Prefect vernietigd wegens détournement de pouvoir, nadat de Raad geconstateerd heeft, dat de bepaalde huursom niet te laag gesteld was en dus de omstandigheden, welke het besluit van den Prefect hadden kunnen motiveeren, niet aanwezig waren.

Ten slotte wijzen we op een groep arresten, welke betrekking hebben op politieverordeningen. Zij bevatten alle de stereotiepe verklaring, dat „geen enkel motief, gegrond op de noodzakelijkheid de orde te handhaven, door den Maire ingeroepen zou kunnen worden om een bepaald voorschrift te billijken." Oppervlakkig beschouwd zou men kunnen meenen, dat hier een détournement de pouvoir door den Conseil d'Etat geconstateerd wordt. Bij nader inzien blijkt dit niet het geval te zijn. Beschouwen we b.v. het arrest van 10 Aug. 1917 Baldy (Lebon p. 638).

Bij een politieverordening had een Prefect het dragen, tentoonstellen en verkoopen van de nationale kleuren voorzien van een zinnebeeld op den openbaren weg en op de voor het publiek toegankelijke plaatsen verboden. De verordening was gericht, dit was evident, tegen een insigne, dat een Maria-beeltenis vertoonde omgeven door de nationale kleuren, welk insigne tijdens den oorlog veel gedragen werd. Een pastoor vroeg vernietiging van de verordening wegens détournement de pouvoir, omdat de verordening slechts uit de anti-clericale houding van den Prefect zou voortvloeien. De Conseil d'Etat gaat nauwkeurig na, wanneer gevaar voor ordeverstoring aanwezig zou zijn. Hij komt tot de conclusie, dat in sommige gevallen het dragen van het verboden insigne of het tentoonstellen ervan gevaar voor ordeverstoring kan opleveren, in andere gevallen niet. Zoo wordt de verordening gedeeltelijk in stand gelaten, gedeeltelijk vernietigd.

„O., dat, indien de Prefect de bevoegdheid bezit het ten-
„toonstellen van de nationale kleuren voorzien van zinne-
„beelden, als dit geschiedt op den openbaren weg, te regelen,
„en den verkoop, de uitdeeling en het dragen van deze

„insignes, wanneer dit geschiedt om aan een manifestatie „deel te nemen, te verbieden, geen enkel motief van dezen „aard ingeroepen zou kunnen worden om het verbod van „louter individueele handelingen te rechtvaardigen...."

De Conseil d'Etat constateert, dat in sommige gevallen gevaar voor ordeverstoring bestaat, in andere gevallen niet. Hij vernietigt derhalve op grond van de afwezigheid der motiveerende omstandigheden, zonder zich door de vaagheid der termen te laten afschrikken. Dat hier geen sprake is van een vernietiging wegens détournement de pouvoir, volgt onmiddellijk hieruit, dat, zooals in hfdst. VII bleek, de Conseil d'Etat nimmer de détournement de pouvoir bewezen acht door de afwezigheid der geëischte motiveerende omstandigheden.

Duidelijk verklaart ook de Commissaire du gouvernement in zijn conclusie, genomen in de hierboven geciteerde zaak, dat van een vernietiging wegens détournement de pouvoir geen sprake is.

„Est ce qu'on a un moyen tiré d'un prétendu détourne- „ment de pouvoir, qui est ainsi formulé: „les arrêtés at- „taqués n'ont pas poursuivi un but de tranquilité publique, „mais un but politique irréligieux ou plutôt anti-religieux"? „Nous écartons résolument ce moyen. Avant tout votre „iurisprudence exige que le détournement de pouvoir ne „soit pas simplement allégué: vous demandez que le détour- „nement de pouvoir soit iustifié par les pièces du dossier.... „Vous appréciez, au fond, les nécessités de l'ordre pu- „blique, parceque de ces nécessités ressort la vraie ou la „fausse appliquation de la loi par l'auteur de l'acte....".

De Conseil d'Etat bedoelt in de genoemde arresten te verklaren: „Gij, Prefect of Maire, kunt bij de aangevallen handeling als redelijk mensch niet de bedoeling gehad hebben de orde te handhaven, daar wij geconstateerd hebben, dat er geen enkel gevaar voor ordeverstoring aanwezig was". De Conseil d'Etat heeft zoodoende den détournement de pouvoir geobjectiveerd, doch hiermede tevens, we komen er

hieronder op terug, den détournement de pouvoir op zijde gezet.

De hier behandelde arresten leveren echter het bewijs, dat de theorie van den détournement de pouvoir geen toepassing vindt op handelingen, welke doelmatig zijn. Immers in de hierboven geciteerde arresten spreekt de Conseil d'Etat bij handelingen, waarvan gebleken is, dat zij ondoelmatig zijn, van détournement de pouvoir, hoewel hiervoor geen enkele reden aanwezig is. Hieruit volgt, dat in de gedachte van den Conseil d'Etat de theorie van den détournement de pouvoir ten nauwste verband houdt met handelingen, welke niet strekken ter bereiking van het door de wet gestelde doel, zoodat niet is te veronderstellen, dat de theorie toegepast zou worden op handelingen, waardoor dit doel wel bereikt wordt.

In sommige arresten, b.v. in het arrest van 1 Juli 1898 (Brillouin) wordt, nadat door den Conseil d'Etat geconstateerd is, dat de omstandigheden, welke de handeling behooren te vergezellen, aanwezig zijn, en dat dus de handeling beantwoordt aan het objectieve doel der wet, nog de vraag gesteld of soms van een détournement de pouvoir sprake zou kunnen zijn. Men zou hieruit de conclusie kunnen trekken, dat de Conseil d'Etat een handeling aan kan vallen wegens détournement de pouvoir niettegenstaande haar doelmatigheid. Het blijkt echter, dat in alle arresten van dezen aard de eisch tot vernietiging wegens détournement de pouvoir door gebrek aan bewijs afgewezen wordt. De Conseil d'Etat, welke in geen geval een doelmatige handeling wegens détournement de pouvoir wil vernietigen, behoeft in dit geval niet bevreesd te zijn den détournement de pouvoir ter sprake te brengen, daar wegens gebrek aan bewijs van een vernietiging wegens détournement de pouvoir toch geen sprake kan zijn. De Conseil d'Etat behoeft hier derhalve niet naar een middel uit te zien om de ongewenschte gevolgen van de theorie van den détournement de pouvoir te ontgaan. Zou aan den Raad echter gebleken zijn, dat inderdaad

détournement de pouvoir te bewijzen was, dan zou hij ongetwijfeld zijn toevlucht genomen hebben tot de verklaring, dat de handeling met het juiste doel verricht werd, — welke verklaring, zooals we zagen, door den Raad gebruikt wordt om te voorkomen, dat een doelmatige handeling het slachtoffer zou worden van de theorie van den détournement de pouvoir. — We kunnen dan ook niet uit deze arresten de conclusie trekken, dat de theorie van den détournement de pouvoir toepassing zou vinden op alle handelingen, hetzij dat ze doelmatig zijn, hetzij dat het niet het geval is [1]).

Door Michoud [2]) is zeer wel ingezien, dat de theorie van den détournement, gezien het doel der theorie, geen toepassing kan vinden op alle handelingen, welke een uiting zijn van den pouvoir discrétionnaire van de administratie. Hij tracht de theorie te redden met de volgende opmerkingen:

„La theorie du détournement de pouvoir est plus objective „que l'on dit souvent. Ce serait un erreur de croire que le „Conseil d'Etat examine l'intention subjective de l'admini„stration, il ne sonde pas ses reins et son coeur.... L'acte „est annulé, parceque, pris en luimême, il n'a pas une cause „licite."

Michoud tracht de theorie te objectiveeren. Dit is echter een onmogelijkheid. De theorie van den détournement de pouvoir blijft bij uitstek subjectief. Het is de leer van de onrechtmatigheid van het subjectieve doel, waarmede een handeling verricht is. Te veronderstellen, gelijk Michoud wil, dat een handeling met het juiste doel verricht is, wanneer zij doelmatig is, en haar aan détournement de pouvoir schuldig te achten, wanneer zou blijken, dat de handeling ondoelmatig is, zou wel de theorie van den détournement de pouvoir meer objectief doen zijn, doch ons tevens brengen op het terrein van ficties en woordenspel.

We kunnen nu dit hfdst. besluiten met de volgende con-

---

1) Mr. Dr. Boasson op. cit. blz. 316.

2) Michoud: étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

clusie: de Conseil d'Etat wilde, met eerbiediging van den pouvoir discrétionnaire van de administratie, een einde maken aan de misbruiken, van dezen pouvoir discrétionnaire gemaakt. Wilde hij echter den pouvoir discrétionnaire eerbiedigen en niet treden in het oordeel over de doelmatigheid der administratieve handelingen, dan diende hij aan de misbruiken een einde te maken door het handhaven van een rechtsregel. De Conseil d'Etat meende nu in de theorie van den détournement de pouvoir een rechtsregel gevonden te hebben, krachtens welke alle handelingen, waarbij de administratie misbruik heeft gemaakt van haar pouvoir discrétionnaire, door deze handelingen ondanks of juist wegens hun ondoelmatigheid te verrichten, door hem aangevallen konden worden. De Conseil d'Etat heeft echter moeten inzien, dat door de toepassing van den rechtsregel in sommige gevallen ook doelmatige handelingen getroffen konden worden. Wanneer de Conseil d'Etat consequent had willen zijn, had hij de theorie van den détournement de pouvoir verlaten. Immers voor hij een handeling wegens détournement de pouvoir aanvalt, dient hij na te gaan of de handeling werkelijk ondoelmatig is. Hij is dus gedwongen de doelmatigheid der handeling te beoordeelen, niettegenstaande hij uitdrukkelijk verklaart, dat het oordeel over de doelmatigheid hem ontsnapt. Dat de Conseil d'Etat toch de theorie van den détournement de pouvoir niet heeft opgegeven, vloeit hieruit voort, dat zij practisch prachtig werk verrichtte, daar de theorie den pouvoir discrétionnaire beperkte, waaraan ten onrechte door den Raad een te groote uitgebreidheid was toegekend. Vandaar de moeite, welke de Conseil d'Etat heeft genomen om te camoufleeren, dat hij, wanneer de aangevallen handeling doelmatig blijkt te zijn, de theorie van den détournement de pouvoir niet kan toepassen.

Uit theoretisch oogpunt echter blijft de theorie van den détournement de pouvoir veroordeeld.

HOOFDSTUK X.

De erreur de fait.

Met de theorie van den erreur de fait wordt door de schrijvers aangeduid de recente iurisprudentie van den Conseil d'Etat, krachtens welke de Raad de aanwezigheid der feitelijke motiveerende omstandigheden verifieert, zonder zich langer door de vaagheid der termen te laten afschrikken. De gebruikte terminologie lijkt ons minder gelukkig gekozen. Men zou kunnen meenen, dat de Raad slechts dàn een handeling zou aanvallen wegens erreur de fait, wanneer aan de administratie bij haar handelen de afwezigheid der motiveerende omstandigheden onbekend was. Dit is echter niet het geval: de handeling wordt, ook wanneer deze afwezigheid aan de administratie bekend was, aangevallen. De uitdrukking „erreur de fait" dient derhalve in objectieven en niet in subjectieven zin verstaan te worden.

De handeling, waarvan de motiveerende omstandigheden ontbreken, is onrechtmatig: de wet verleent aan de administratie de bevoegdheid een bepaalde handeling in zekere omstandigheden te verrichten. Wordt de handeling ondanks de afwezigheid dezer omstandigheden verricht, dan heeft de administratie haar bevoegdheden overschreden. Duidelijk wordt dit door den Conseil d'Etat verklaard in het arrest van 14 Mei 1915 Buléon (Lebon p. 159). Hier wordt een gemeentelijke politieverordening vernietigd, omdat „geen enkel motief, gegrond op de noodzakelijkheid de orde te handhaven, ingeroepen zou kunnen worden om de verordening te rechtvaardigen...., en dat de requiranten bevoegd zijn te stellen, dat de verordening uitgevaardigd

is in strijd met de genoemde wettelijke bepalingen (art. 97 wet 1884)".

Eerst in de laatste 15 jaren is de Raad getreden in een onderzoek naar de feiten. Het eerst vond de theorie van den erreur de fait toepassing op politieverordeningen. Voordat de theorie haar intrede deed, had de Raad steeds geweigerd te onderzoeken of de motiveerende omstandigheid, welke hierin bestaat, dat gevaar voor ordeverstoring aanwezig is, bestond. Hij achtte door de vaagheid der termen zich niet bevoegd in dit onderzoek te treden. Langzamerhand heeft de Conseil d'Etat echter ingezien, dat de vaagheid der termen geen pouvoir discrétionnaire voor de administratie behoeft in het leven te roepen. De rechter dient de rechtsregels te handhaven: dat niet altijd gemakkelijk is vast te stellen of in strijd met de wettelijke bepalingen gehandeld is, behoeft geen reden te zijn, dat de rechter zijn post verlaat en zich tot oordeelen onbevoegd acht.

Ons inziens heeft de theorie van den détournement de pouvoir er voor een groot deel toe bijgedragen, dat de pouvoir discrétionnaire, welke op de vaagheid der termen berust, gaat verdwijnen. Immers de Raad is genoodzaakt, zooals we in het vorige hoofdstuk zagen, om, voor een handeling wegens détournement de pouvoir te vernietigen, na te gaan of de handeling werkelijk ondoelmatig is, en vast te stellen of de motiveerende omstandigheden ontbreken. Zoodoende is de Raad er aan gewend geraakt de aanwezigheid der genoemde omstandigheden te verifieeren.

Ook in een ander opzicht is de theorie van den détournement de pouvoir van invloed geweest op de hier gesignaleerde iurisprudentie. Door de theorie van den détournement werd de Conseil d'Etat genoodzaakt het objectieve doel van elke administratieve bevoegdheid op te sporen, ook daar waar de wet er zich niet over uitlaat. Staat nu eenmaal het objectieve doel der bevoegdheid vast, dan is ook bekend onder welke omstandigheden van de bevoegdheid gebruik gemaakt kan worden (zie blz. 18). Zoodoende bezitten we

een uitvoerige iurisprudentie van den Raad, waarin hij bepaalt onder welke omstandigheden van een bepaalde administratieve bevoegdheid gebruik gemaakt kan worden. Wanneer de Raad zich niet langer door de vaagheid der termen laat afschrikken, heeft hij derhalve slechts de regels toe te passen, welke hij ten behoeve van zijn theorie van den détournement de pouvoir heeft opgebouwd.

Een ieder zal het duidelijk zijn, dat een handeling, bij welke de motiveerende omstandigheden niet aanwezig zijn, niet aan détournement de pouvoir schuldig behoeft te staan. Het is dan ook hoogst wonderlijk, dat een autoriteit als Hauriou [1]) in de erreur de fait een vorm van détournement de pouvoir ziet, „car c'est user de son pouvoir autrement que pour le bien du service, quand on en use sans avoir acquis la compétence technique indispensable sur les faits de l'affaire". Uit de onkundigheid van den ambtenaar vloeit toch geenszins voort, dat de handeling met een ongeoorloofd doel verricht werd. Waarschijnlijk heeft Hauriou hier, door van détournement de pouvoir te spreken, slechts willen aanduiden, dat in geval van onkundigheid van een ambtenaar een ongewenscht gebruik der administratieve bevoegdheden gemaakt wordt. Hauriou heeft echter aldus den term „détournement de pouvoir" niet in zijn gewonen zin gebruikt, wat slechts tot verwarring aanleiding kan geven.

De theorie van den erreur de fait is nog in zijn volle ontwikkeling. Tot haar grootste ontplooiing is zij gekomen ten aanzien van politiemaatregelen. Constant worden deze maatregelen vernietigd wegens de afwezigheid der motiveerende omstandigheden. Meestal gebruikt de Raad in zulk een geval de terminologie, welke voorkomt in het op blz. 99 geciteerde arrest van 10 Aug. 1917. In andere gevallen drukt de Raad zich eenigszins anders uit. Zoo wordt b.v. in het arrest van 31 Juli 1908 Sécher (Lebon p. 837) een verbod varkensborsten in de gemeente in te voeren ver-

---

1) Hauriou: Op. cit. blz. 459.

nietigd, omdat „niet vastgesteld is kunnen worden, dat het absolute verbod varkensborsten in te voeren, noodzakelijk is voor de handhaving der openbare gezondheid".

Ten aanzien van andere administratieve handelingen wordt door den Raad een meer weifelende houding aangenomen. Zoo wordt nog steeds door den Conseil d'Etat geweigerd, om, wanneer een disciplinaire maatregel tegen een ambtenaar getroffen wordt, na te gaan of de betrokken ambtenaar inderdaad een fout begaan heeft, welke de tegen hem getroffen maatregel zou kunnen rechtvaardigen. Dient echter de maatregel volgens wettelijk voorschrift gemotiveerd te worden, dan is de houding van den Raad anders. Zoo wordt in het op blz. 50 geciteerde arrest van 14 Jan. 1916 door den Raad uitdrukkelijk verklaard, dat hij bevoegd is te onderzoeken of „de omstandigheden, welke op wettelijke wijze de aanwending der sancties kunnen rechtvaardigen", aanwezig zijn. De Conseil d'Etat heeft hier blijkbaar een van zijn gewone houding afwijkend standpunt ingenomen, omdat het een disciplinaire maatregel betreft, welke volgens het wettelijk voorschrift gemotiveerd behoort te worden. Het is echter duidelijk, dat het in het genoemde arrest ingenomen standpunt over alle disciplinaire maatregelen tegen ambtenaren uitgebreid zal worden.

De ontwikkeling, waarin de iurisprudentie van den Conseil d'Etat zich bevindt, verklaart ook de onderlinge tegenspraak der arresten. Somtijds treedt de Conseil d'Etat ten aanzien van administratieve handelingen in een onderzoek der feiten, terwijl zij eenigen tijd later weigert in hetzelfde onderzoek te treden: in zulk een geval heeft de Raad zijn houding blijkbaar nog niet bepaald.

Het zou ons te ver voeren hier te onderzoeken tot welk stadium van ontwikkeling de leer van den erreur de fait gekomen is. Het schijnt ons voldoende er op te wijzen, dat deze ontwikkeling in vollen gang is. Binnen afzienbaren tijd zal ons inziens bij elke administratieve handeling nagegaan worden of zij van de vereischte motiveerende omstandig-

heden vergezeld is, zoodat de pouvoir discrétionnaire, welke op de vaagheid der termen berust, geheel zal verdwijnen. Er zal dan nog slechts sprake zijn van een pouvoir discrétionnaire, welke voortvloeit uit de vrijheid, aan de administratie door de rechtsregels gelaten.

De Conseil d'Etat blijft laatstgenoemden pouvoir discrétionnaire ten volle erkennen. Deze pouvoir discrétionnaire bestaat hieruit, dat de wet aan de administratie heeft overgelaten te bepalen, door welk middel, bij aanwezigheid der motiveerende omstandigheden, het doel harer bevoegdheden het best bereikt zal worden. Wanneer er van een pouvoir discrétionnaire sprake is, mag de Conseil d'Etat niet nagaan of het doel der wet bereikt is: hij mag slechts de aanwezigheid der motiveerende omstandigheden verifieeren. In sommige arresten, welke echter uitzondering gebleven zijn, is de Raad te ver gegaan. Hij vernietigt hier niet wegens afwezigheid der motiveerende omstandigheden, doch wegens de ondoelmatigheid der handeling. We wijzen hier op het arrest van 16 Febr. 1917. Soc. Mus. la Liberté (Lebon p. 157).

„O., dat indien de Maire, gegeven de ongeregeldheden,
„welke veroorzaakt waren door het feit, dat de twee muziek-
„gezelschappen van B. zich gelijktijdig op straat bevonden,
„bevoegd was om de uren vast te stellen, waarop elk van
„deze gezelschappen zich op straat zou kunnen begeven, hij
„niet, zonder zijn bevoegdheden te overschrijden, syste-
„matisch aan het gezelschap „La Liberté" de vergunning
„heeft kunnen weigeren om op den openbaren weg te gaan,
„terwijl genoemde vergunning verleend was aan het ge-
„meentelijk muziekgezelschap;

„dat bijgevolg de requirant bevoegd is vol te houden, dat
„de aangevallen beslissing aan excès de pouvoir schuldig
„staat". (volgt vernietiging van het besluit).

Door den Raad wordt vastgesteld, dat inderdaad de omstandigheden, welke de weigering zouden kunnen motiveeren aanwezig zijn: er bestond gevaar voor ordeverstoring. De Conseil d'Etat achtte echter de genomen maatregel geen juist

middel ter bereiking van het doel, zoodat hij op dezen grond de behandeling vernietigt, terwijl hij bovendien nog te verstaan geeft door welken maatregel het bestaande gevaar op doeltreffender wijze voorkomen had kunnen worden.

We hebben op dit arrest willen wijzen om te doen uitkomen, dat een onderzoek naar de feitelijke omstandigheden er gemakkelijk toe voeren kan, dat inbreuk gemaakt wordt op den pouvoir discrétionnaire der administratie, welke berust op de vrijheid aan de administratie door de rechtsregels gelaten.

HOOFDSTUK XI.

Slotbeschouwingen.

Wat is nu de invloed van de in het voorgaande hfdst. gesignaleerde iurisprudentie op de theorie van den détournement de pouvoir? Het schijnt ons toe, dat naarmate de pouvoir discrétionnaire, berustend op de vaagheid der termen, verdwijnt, de toepassing van de theorie van den détournement de pouvoir steeds minder talrijk zal worden. In de eerste plaats reeds hierom, omdat bij vele handelingen de pouvoir discrétionnaire geheel gaat verdwijnen, — daar bij deze handelingen slechts sprake is van een pouvoir discrétionnaire, berustend op de vaagheid der termen, — zoodat de theorie van den détournement de pouvoir niet langer gebruikt behoeft te worden om een einde te maken aan de misbruiken, van den pouvoir discrétionnaire gemaakt. Dat hierdoor de taak van den Raad zeer vergemakkelijkt wordt, blijkt uit een vergelijk van het reeds geciteerde arrest van 11 April 1913 (zie blz. 72) met het arrest van 12 Mrt. 1915 Pellissard (Lebon p. 74). Beide arresten hebben betrekking op een weigering van een Prefect den verhuur van de pastorie door de gemeente aan de kerk goed te keuren, welke weigering door den Prefect uitgesproken mag worden, wanneer de verhuur, doordat de huursom te laag gesteld is, een verkapte subsidie aan de kerk zou beteekenen (wet 2 Jan. 1907). In het arrest van 1913 acht de Conseil d'Etat aan den Prefect overgelaten te bepalen, wanneer er sprake is van een verkapte subsidie. Er is hier derhalve sprake van een pouvoir discrétionnaire der administratie, welke voortvloeit uit de technische moeilijkheid in concreto vast te stellen of een verkapte subsidie aanwezig is. Hoewel de Conseil d'Etat overtuigd is, dat van een verkapte subsidie geen sprake is —

hij verklaart dit uitdrukkelijk in zijn arrest — mag hij op dezen grond niet de weigering vernietigen, daar hij hiermede zou treden op het terrein van den pouvoir discrétionnaire der administratie. Hij is derhalve genoodzaakt de handeling wegens détournement de pouvoir te vernietigen en zich het moeilijk onderzoek naar den détournement de pouvoir te getroosten.

In het arrest van 1915 daarentegen wordt de weigering eenvoudig vernietigd, nadat door den Raad is vastgesteld, dat „het huurcontract geen verkapte subsidie aan den eeredienst verleend heeft", zoodat de door de wet vereischte omstandigheid de weigering van den Prefect niet vergezelt. De taak van den Conseil d'Etat is hier veel gemakkelijker, doordat de Conseil d'Etat niet een pouvoir discrétionnaire, gegrond op de vaagheid der term „verkapte subsidie", aanwezig acht. Overigens reikt in het arrest van 1915 de controle van den Raad verder. Immers het was zeer wel mogelijk geweest, dat in het arrest van 1913 een vernietiging wegens détournement de pouvoir onmogelijk was, omdat geen détournement de pouvoir aanwezig was, of de détournement niet bewezen kon worden. Dit had tengevolge gehad, dat de weigering, niettegenstaande de motiveerende omstandigheid ontbrak, in stand gelaten had moeten worden. —

Ook daar, waar de pouvoir discrétionnaire bestaan blijft, omdat er sprake is van een vrijheid aan de administratie door de rechtsregels gelaten, zal de theorie van den détournement de pouvoir steeds minder toepassing vinden. Immers wanneer de Conseil d'Etat de aanwezigheid der motiveerende omstandigheden mag verifieeren, zullen slechts die handelingen in stand gelaten worden, welke van deze omstandigheden vergezeld zijn. Een handeling nu, welke van deze omstandigheden vergezeld is, zal altijd strekken tot het bereiken van het door de wet gestelde doel. Wanneer althans de bevoegdheden aan de administratie gegeven, van dien aard zijn, dat door het uitoefenen dezer bevoegdheden het doel der wet bereikbaar is, zal er slechts van een meer of minder

doeltreffend bereiken van dit doel sprake zijn, en is een niet bereiken van dit doel uitgesloten. Wanneer b.v. een politieverordening vergezeld is van de motiveerende omstandigheden, wil dit zeggen, dat inderdaad door de verordening een bepaald gevaar voorkomen wordt. Het blijft alleen mogelijk, dat door een andere verordening dit gevaar doeltreffender voorkomen zou zijn. Het gevaar, dezen pouvoir discrétionnaire te misbruiken, is derhalve zeer gering. Het is echter mogelijk, dat de Conseil d'Etat de theorie van den détournement de pouvoir zal blijven gebruiken om den pouvoir discrétionnaire, welke berust op de vrijheid aan de administratie ten aanzien der rechtsregels gelaten, te kunnen beperken. Doch ook in dit geval blijft waar, dat naarmate de pouvoir discrétionnaire, berustend op de vaagheid der termen verdwijnt, de toepassing van de theorie van den détournement de pouvoir steeds geringer zal worden.

HOOFDSTUK XII.

De theorie van den détournement de pouvoir en de Nederlandsche wetgeving en iurisprudentie.

In dit hoofdstuk stellen we ons tot taak te onderzoeken in hoeverre de theorie van den détournement de pouvoir intrede deed in onze wetgeving en iurisprudentie.

In de eerste plaats willen we nagaan of er wetsvoorschriften bestaan, waarin met zoovele woorden, zonder dat er plaats is voor een andere wetsuitlegging, een administratieve handeling onrechtmatig verklaard wordt, wanneer zij met een ongeoorloofd doel verricht werd. Zulk een bepaling nu, welke zich over alle administratieve handelingen uitstrekt, is nergens in de wet te vinden. Dit is reeds de oorzaak, dat de theorie van den détournement de pouvoir in haar algemeenheid is verworpen door den H. R., welke zich zal moeten afvragen, 't zij bij het toetsen van een verordening aan de wet, 't zij bij het toekennen van schadevergoeding op grond van onrechtmatige overheidsdaad, in hoeverre het doel, waarmee een administratieve handeling verricht wordt, invloed kan hebben op haar rechtmatigheid. In het algemeen toch kan men zeggen, dat de H. R. op het standpunt staat, dat de administratie slechts door de woorden van de wet gebonden is: de door de woorden der wet aan de administratie gelaten vrijheid behoort geëerbiedigd te worden: de rechter mag niet treden op het terrein van het vrije goedvinden. Geen wonder dan ook, dat iemand, die zich voor den H. R. erop beriep, dat een administratieve handeling verbindende kracht miste, daar zij aan détournement de pouvoir schuldig zou staan, — terwijl de wet niet be-

paalde, dat de handeling met een bepaald doel verricht moest worden, — zijn eisch afgewezen zag. Het betrof het volgende geval. H. R. 16 Juni 1916. W. 10002.

De Gemeente Amsterdam had verschillende perceelen in de Vijzelstraat onteigend. Een der eigenaars van deze perceelen verklaarde voor den H. R., dat de schadevergoeding, welke hem toegewezen was, onvoldoende was: immers zijn perceel had door zijn gunstige ligging een hooge waarde als bouwterrein. Nu had de Raad wel door de voorgevelrooilijn in de Vijzelstraat vast te stellen, de waarde van zijn perceel verminderd, doordat het te bebouwen gedeelte zóó smal geworden was, dat er geen belangrijke gebouwen meer geplaatst zouden kunnen worden. De requirant ontkende echter juist de wettigheid van de verordening, waarbij de rooilijn vastgesteld was. De verordening toch was, naar requirant beweerde juist gemaakt met het oog op de eventueele onteigening. De Raad had door het vaststellen der rooilijn willen voorkomen, dat kostbare gebouwen op de te onteigenen perceelen verrezen, en dus slechts het financieele belang der gemeente willen dienen. De Raad had derhalve, naar requirant beweerde, zich aan détournement de pouvoir schuldig gemaakt. — Zooals te verwachten was, wees de H. R. den eisch af. Immers de Amsterdamsche bouwverordening gaf zonder eenige beperkende bepaling aan den Raad de bevoegdheid de voorgevelrooilijn in de Vijzelstraat vast te stellen.

„O., dat de Gemeenteraad van Amsterdam bevoegd was „om, gelijk hij heeft gedaan bij zijn verordening van 15 Mei „1907, ingevolge voormelde bepaling der bouwverordening „de voorgevelrooilijn aan de westzijde van de Vijzelstraat „vast te stellen, *onverschillig welke bedoeling bij de vast-„stelling mag voorgezeten hebben.* —

In hoeverre de theorie van den détournement de pouvoir door den H. R. aanvaard zal worden, wanneer de H. R. zijn houding zou wijzigen ten aanzien van het vrije goed-

vinden der administratie, en de administratie ook gebonden zou achten aan normen, welke niet op de woorden der wet berusten, doch uit den geest der wet zouden voortvloeien, is moeilijk te voorspellen. Dat echter de theorie van den détournement de pouvoir naar onze meening niet door interpretatie uit de wet is af te leiden, zullen we later uiteenzetten (blz. 119).

Wettelijke bepalingen, welke voor enkele handelingen voorschrijven, dat zij met een bepaald doel verricht behooren te worden, kwamen tot voor kort met zoovele woorden in de wet niet voor. Van sommige wetsvoorschriften is het twijfelachtig of zij het oog hebben op het doel, waarmee bepaalde administratieve handelingen tot stand behooren te komen. Het lijkt ons daarom meer gewenscht deze voorschriften later naar aanleiding van de iurisprudentie van den H. R. ter sprake te brengen.

De crisiswetgeving bracht ons een wetsbepaling, waarin uitdrukkelijk aan de administratie voorgeschreven wordt zekere handelingen te verrichten met hetzelfde doel als aan den wetgever bij het verleenen der administratieve bevoegdheden voor oogen stond. We hebben het oog op het 6e lid sub 3o van artikel 1 der wet van 26 Juli 1918, S. 494, tot instelling eener bijzondere rechtspraak in distributieen andere crisiszaken.

Art. 1 lid 6 luidt aldus:

„Beroep kan worden ingesteld op grond:

„1o. dat de besluiten, handelingen en weigeringen (om „te besluiten of te handelen) onwettig zijn;

„2o. dat zij steunen op het aanwezig zijn van feitelijke „omstandigheden, welke in werkelijkheid niet bestaan;

„3o. dat bij het nemen, verrichten of uitspreken van be„sluiten, handelingen en weigeringen (om te besluiten of te „handelen) het orgaan van zijne bevoegdheid kennelijk een „ander gebruik heeft gemaakt dan tot de doeleinden, waar„voor die bevoegdheid is gegeven."

Heeft met dit voorschrift de theorie van den détour-

nement de pouvoir, al zou het slechts zijn ten aanzien van bepaalde crisismaatregelen, haar intrede gedaan in onze wetgeving? Het artikel spreekt over het doel, waarmee een administratieve handeling tot stand behoort te komen. Doch hebben we te doen met een rechtsregel, welke bedoelt een einde te maken aan de misbruiken, welke de administratieve van de haar gelaten vrijheid maakt? Slechts wanneer deze vraag bevestigend beantwoord kan worden, is het duidelijk, dat hier van de theorie van den détournement de pouvoir sprake is. Men zou het onder sub 1° genoemde kunnen stellen tegenover sub 3°, en kunnen meenen, dat terwijl in sub 1° sprake is van de onwettigheid eener administratieve handeling, in sub 3° gesproken wordt over hare ondoelmatigheid. Uit het bij het tot stand komen der wet gevoerde Kamerdebat (Handelingen 2e Kamer 1917—1918 blz. 2817 vlg.) blijkt, dat sub 3° niet bedoelde de doelmatigheid te brengen onder het rechterlijk oordeel. De administratie werd onderworpen aan den *rechtsregel*, dat zij bij haar handelen het doel harer bevoegdheden voor oogen moet hebben. Dat verder deze rechtsregel niet eenvoudig een uitvloeisel is van de leer, waarvan Duguit vooral zich de woordvoerder maakt, blijkt ook duidelijk uit het Kamerdebat. Het artikel bedoelt om zonder den pouvoir discrétionnaire der administratie zelve aan te tasten, door middel van het handhaven van een rechtsnorm te waken tegen het maken van misbruik van deze vrijheid. Verder is volgens het artikel niet noodig, dat de ongeoorloofdheid van het doel, waarmee de handeling tot stand kwam, aan de administratie bekend was [1]). Ook door den Conseil d'Etat

---

1) Het artikel verklaart eenvoudig, dat een administratieve handeling met een ongeoorloofd doel verricht, onrechtmatig is. Dat de ongeoorloofdheid van het doel aan de administratie bekend moet zijn, staat nergens. Men zou kunnen verdedigen, dat dit wel het geval was, wanneer in de wet, zooals de Commissie van Rapporteurs bij amendement voorstelde, van misbruik van gezag werd gesproken. Immers

wordt dit niet geëischt. We kunnen derhalve concludeeren, dat in artikel 1 der genoemde wet een voorschrift gegeven is, welke geheel overeenstemt met de norm, welke voortvloeit uit de theorie van den détournement de pouvoir, zooals zij door den Conseil d'Etat is opgesteld.

Thans enkele woorden over hetgeen door den Minister tijdens de Kamerdebatten werd opgemerkt. De Minister was van meening, dat opname van het onder sub 3° vermelde, dat bij amendement in de wet kwam, feitelijk overbodig was. Wij moeten echter bekennen, dat de redeneering van den Minister ons niet volkomen duidelijk is geworden. De Minister begon met te verklaren, dat de norm, welke de richting van het administratieve handelen aanwijst, ook

---

voor misbruik van gezag is misschien opzet vereischt. Dit was dan ook een van de redenen waarom de term „misbruik van gezag" verdween en plaats maakte voor de tegenwoordige redactie. De rechter zal een handeling mogen vernietigen, zoodra hem blijkt, dat de handeling met een ongeoorloofd doel tot stand kwam: dat opzet bestond aan de kant van de administratie wordt niet vereischt. Is men van een tegenovergesteld gevoelen, dan moet men met behulp van een ingewikkelde constructie de ongewenschte gevolgen van zijn meening ongedaan maken. Zoo wordt in het commentaar op de rechtsspraak in crisiszaken (op. cit. blz. 35 vlg.) niet de persoonlijke bedoeling van de gezagsdragers van belang geacht, doch de bedoeling, tot welke men — in de veronderstelling, dat zij wisten, wat hun als goede functionarissen te doen stond — op grond van hun daden kan besluiten. Naar de meening van de schrijvers van het commentaar is opzet een vereischte door de wet gesteld, doch opzet wordt aanwezig geacht, zoodra de ongeoorloofdheid van het doel aan de administratie naar redelijkheid bekend kon zijn.

Dat het dikwijls zeer moeilijk zal zijn het doel, waarmee de administratie handelde, op te sporen, is een kwestie, welke hier geheel buiten staat. Wij hebben geen bezwaar den détournement de pouvoir aanwezig te achten, wanneer men naar redelijkheid hiertoe kan besluiten. We willen hiermee echter alleen aanduiden, dat het doel, waarmee een handeling tot stand kwam, nooit met volkomen zekerheid kan worden vastgesteld. Om te weten te komen, wat zich innerlijk bij iemand afspeelde, moet men er wel van uitgaan, dat de handelende persoon een normaal mensch is.

door den rechter gehandhaafd mag worden, wanneer de wet haar niet uitdrukkelijk vermeld. „Het criterium behoeft nog „niet", zoo zeide de Minister, „met zooveel woorden in de „wet te worden uitgedrukt. Uit het administratieve voor- „schrift kan dikwijls blijken, dat de boete, die is opgelegd, „en de eisch, die is gesteld, in strijd is met de bedoeling van „het wettelijk voorschrift, d.w.z. dat de administratie door „een dergelijke beslissing tegen het recht is ingegaan, en „dan wordt aan den crisisrechter het recht gegeven te ver- „klaren, dat in deze is genomen een beslissing of is gegeven „een weigering in strijd met het recht". Welke gevolgen de Minister verbond aan de norm, welke aan de administratie de richting van haar handelen aanwijst, blijkt uit hetgeen vervolgens werd opgemerkt. „Men kan zich voorstellen in „die gevallen, waarin de criteria niet in het artikel worden „genoemd, dat daar is een abus de pouvoir, die aanleiding „kan geven, dat de crisisrechter zich met de kennisneming „daarvan inlaat". — Duidelijkheidshalve zij vermeld, dat de Minister hier het oog had op het onder sub 3o vermelde, welk lid oorspronkelijk in het door de Commissie van Rapporteurs voorgestelde amendement, van „misbruik van gezag" sprak. — De Minister was van meening, dat opname van sub 3o, hoewel volgens hem overbodig, alleen eenige beteekenis heeft voor die administratieve westvoorschriften, welke niet met zooveel woorden aan de administratie de richting van haar handelen aanwijzen. Hij gaat uit van de gedachte, dat, wanneer eenmaal de norm, waaruit het doel der administratieve bevoegdheid blijkt, vaststaat, 't zij dat de wet haar uitdrukkelijk vermeldt, 't zij dat zij door redeneering uit de wet volgt, tevens blijkt met welk doel de administratie behoort te handelen, en dat elke administratieve handeling met een ongeoorloofd doel verricht, onrechtmatig is. Werd deze redeneering consequent doorgevoerd, dan zou ook een handeling, waarbij van een administratieve vrijheid geen sprake is, aangevallen moeten worden, wanneer zou blijken, dat de administratie de handeling verrichtte met

een ander doel, dan dat met het oog waarop de wetgever de bevoegdheid verleende. Het is echter niet waarschijnlijk, dat de Minister, welke slechts ondoelmatige handelingen treffen wilde, deze consequentie zou aandurven. Het is echter zeer ongewenscht, dat de meening ingang vindt, dat uit de wet zou voortvloeien, ook al verklaart de wet het niet uitdrukkelijk, dat elke administratieve handeling met een ongeoorloofd doel verricht, onrechtmatig is. Uit de norm, welke aan de administratie de richting van haar handelen aanwijst, vloeit alleen voort onder welke omstandigheden gehandeld mag worden. Slechts dan, wanneer de wetgever, zooals in het besproken artikel, uitdrukkelijk de theorie van den détournement de pouvoir importeert, is de rechter verplicht haar toe te passen. Dat het wenschelijk is, dat dergelijke artikelen weer uit de wet verdwijnen, zullen we hieronder uiteenzetten (blz. 134).

Artikel 1 lid 6 sub 3° heeft slechts weinig tepassing gevonden voor den rechter. De houding van de iurisprudentie tegenover dit artikel is dus moeilijk te bepalen. Het is echter zeer waarschijnlijk, gezien de strekking van het artikel, dat het wetsvoorschrift niet toegepast zal worden op handelingen, welke geen uiting zijn van een pouvoir descrétionnaire der administratie, noch op handelingen, waarbij de administratie wel een vrijheid bezit, indien deze handelingen niettegenstaande de ongeoorloofdheid van het doel, waarmee ze verricht werden, toch doelmatig blijken te zijn. Verder is niet met zekerheid vast te stellen, welke eischen de rechter zal stellen aan het bewijs van den détournement de pouvoir. Het zou in ieder geval wenschelijk zijn, dat de rechter den Conseil d'Etat, welke niet spoedig den détournement de pouvoir bewezen acht, hierin zou volgen.

Volledigheidshalve laten we hieronder een uitspraak van den crisisrechter volgen, waarin een administratieve handeling wegens détournement de pouvoir wordt vernietigd.

Centraal Distributiegerecht 17 Mei 1919. (Commentaar op de rechtspraak in crisiszaken blz. 87).

Een landbouwer beklaagde zich er voor den rechter over, dat eenige zijner koeien ten onrechte door den Minister in beslag genomen waren. Klager voerde o.a. aan, dat bij het inbezitnemen de Minister zich aan détournement de pouvoir had schuldig gemaakt. Volgens klager toch was de inbeslagname kennelijk geschied ter bestraffing van een overtreding ten aanzien van den kaasverkoop, terwijl de bevoegdheid tot inbezitneming van goederen bij art. 9 der Distributiewet aan den Minister is gegeven in het belang van een doelmatige distributie van goederen.

De rechter verklaart in zijn uitspraak o.a. het volgende:

„In rechte:

„Overwegende, dat, ingevolge art. 9 sub 2 der Distributie-
„wet 1916 de Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel
„bevoegd is alle daar bedoelde goederen in bezit te nemen,
„indien dit in het belang eener doelmatige distributie van
„goederen noodig is;

„Overwegende, dat dus ongetwijfeld tot inbezitneming van
„vee mag worden overgegaan, indien deze geschiedt met het
„doel om de kaas, die bereid wordt uit de melk door dit vee
„geproduceerd en die door den houder van het vee aan de
„regeling betreffende de kaasdistributie wordt onttrokken,
„beter aan deze distributie ten goede te doen komen;

„Overwegende dat echter, naar het oordeel van dit Ge-
„recht, uit de omstandigheden waaronder en de wijze waar-
„op in het onderwerpelijke geval de inbezitneming van vee
„is geschiedt, ten duidelijkste blijkt, dat het doel dezer
„inbezitneming een ander is geweest;....

„Overwegende, dat dit gerecht, ook lettende op het rap-
„port van het Rijkskantoor voor melk- en zuivelproducten
„aan den Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel van
„30 Januari 1919, deze inbezitneming dan ook beschouwd
„als eene aan klager opgelegde straf wegens eene beweerde
„overtreding der voorschriften omtrent de kaasdistributie;

„Overwegende, dat echter de Minister van L., N. en H.
„niet bevoegd is, buiten de straffen, in de distributiewet

„tegen de overtreding van de bepalingen dier wet bedreigd,
„nog andere straffen op te leggen, zoodat de hem in art. 9,
„sub 2 gegeven bevoegdheid tot inbezitneming in het onder-
„havige geval is gebruikt tot een ander doeleinde dan waar-
„voor hem die bevoegdheid is gegeven;

„Overwegende, dat deze inbezitneming dus behoort te
„worden vernietigd;....

„Recht doende in naam der Koningin!

„Vernietigt de inbezitneming van drie aan D. W. te W.
„toebehoorende koeien, welke ingevolge opdracht van den
„Minister van L., N. en H. op 25 Februari 1919 heeft plaats
„gevonden".

Naast art. 1 van de wet op de crisisrechtspraak, komen wetsbepalingen voor, waarvan het twijfelachtig is, of zij het oog hebben op het doel, waarmee een administratieve handeling tot stand kwam. We dienen derhalve de houding der iurisprudentie tegenover deze bepalingen na te gaan. Termen als „in het belang van", „op grond van", „met het oog op", kunnen zoowel in objectieven als in subjectieven zin uitgelegd worden. Wanneer de wet aan de administratie de bevoegdheid geeft om verordeningen te maken „in het belang der openbare orde," is tweeërlei uitleg mogelijk. Men kan van meening zijn, dat de wet aan de administratie de bevoegdheid geeft verordeningen te maken, waardoor werkelijk de openbare orde beschermd wordt, terwijl het doel, waarmede de handeling verricht wordt, geheel onverschillig is. Men kan echter ook in de wet lezen, dat de Raad verplicht is de verordeningen uit te vaardigen met het doel de openbare orde te handhaven, terwijl het verder niet van belang is of de openbare orde door de verordening nu ook beschermd is. Er is zelfs nog een derde opvatting mogelijk, welke somtijds, zooals ons later blijken zal, door den rechter gehuldigd wordt. Men kan in de betreffende bepalingen n.l. ook lezen, dat de wet eenvoudig aan de administratie heeft willen overlaten maatregelen te nemen,

welke de administratie in het belang van het te beschermen rechtsgoed noodig oordeelt, zoodat een administratieve handeling, welke op zulk een wetsbepaling berust, voor zoover er geen strijd is met een bepaald wetsvoorschrift, aan het rechterlijk oordeel onttrokken is. Men leest dan wel de wet in subjectieven zin, doch men gaat in dit geval uit van het vermoeden, waartegen men geen tegenbewijs toelaat, dat de administratie de handeling met het juiste doel verricht heeft.

Uit het bovenstaande blijkt duidelijk, dat het niet gemakkelijk is te bepalen, wanneer de wet een handeling met een ongeoorloofd doel verricht, onrechtmatig acht. De iurisprudentie is dan ook onzeker, zoodat het niet gemakkelijk is een systeem te vinden. Aan de hand van de hieronder volgende arresten en vonnissen zal dit tenminste duidelijk worden.

In de eerste plaats willen we de iurisprudentie beschouwen, welke art. 135 Gemeentewet tot voorwerp heeft. Dit artikel draagt aan den Gemeenteraad het maken van verordeningen op, „die in het belang der openbare orde, zedelijkheid en gezondheid worden vereischt en van andere betreffende de huishouding der gemeente". Dit voorschrift is aldus geredigeerd, dat de term „in het belang van" slechts in objectieven zin gelezen kan worden. Immers de Raad is bevoegd verordeningen te maken, welke in het belang van de openbare orde enz. worden *vereischt*, zoodat in dit wetsartikel het subjectieve element uitgeschakeld wordt. Wordt het art. nu somtijds toch door den rechter in subjectieven zin gelezen, dan wordt eenvoudig het woord „vereischt" over het hoofd gezien.

Meestal wordt de term „in het belang van", voorkomend in art. 135 der Gemeentewet, in objectieven zin genomen. Doch ook hier is geen eenheid in de iurisprudentie te bespeuren. In de meeste gevallen, vooral in de iurisprudentie van den laatsten tijd, wordt geëischt, dat de betreffende verordening in het belang van de openbare orde *kan zijn.*

Somtijds echter wordt geëischt, dat de maatregel in het bepaalde geval ook werkelijk in het belang van de Openbare orde *is*. In een enkel geval schijnt het, dat de rechter er genoegen mee neemt, dat de verordening slechts de openbare orde *betreft*.

Op deze iurisprudentie willen we echter, daar dit buiten ons onderwerp valt, niet nader ingaan. We willen dan ook verder niet nagaan, in hoeverre bij deze iurisprudentie plaats blijft voor het vrije goedvinden der administratie. Het zij genoeg erop te wijzen, dat in bovenvermelde iurisprudentie het subjectieve doel, waarmede de handeling verricht werd, geheel niet van belang geacht wordt.

Er zijn echter rechtelijke uitspraken, waarbij het schijnt, dat de rechter de term „in het belang van" in subjectieven zin genomen heeft, en een onderzoek doet naar het subjectieve doel, waarmede de handeling verricht werd. In deze gevallen zou dus van onrechtmatigheid der administratieve handeling sprake kunnen zijn wegens détournement de pouvoir.

In de eerste plaats willen we citeeren het vonnis van het kantongerecht te Maastricht van 11 Jan. 1913 en het arrest van den H. R. van 28 April 1913 (W. 9503), welke dit vonnis vernietigde.

Iemand werd vervolgd wegens overtreding van een Maastrichtsche verordening, welke den verkoop van bepaalde goederen op de markt verbood. De kantonrechter ontsloeg den man van rechtsvervolging, omdat de Raad bij het uitvaardigen van deze verordening zijn wetgevende bevoegdheid overschreden zou hebben.

„O., dat krachtens art. 135 Gemeentewet aan den Raad „behoort het maken van de verordeningen, die in het belang „der openbare orde, zedelijkheid en gezondheid worden „vereischt, en van andere betreffende de huishouding der „gemeente; dat deze bepaling aldus is te verstaan, dat de „Raad de bevoegdheid heeft om verordeningen te maken, „welke betreffen zaken van gemeentelijk belang, doch niet

„om te treden in een regeling van de bijzondere belangen „van de ingezetenen der Gemeente;

„dat nu art. 4bis zijn ontstaan dankt aan een tot den Raad „gericht verzoek, van de vereeniging „Maastrichtsche Mid- „denstand", waarin geklaagd wordt over de schade door de „neringdoenden geleden, tengevolge van het toelaten op de „Vrijdagsche weekmarkt van kooplieden met de koop- „waren als bedoeld in art. 4 litt. l, n, o, p.; dat naar aan- „leiding van dit verzoekschrift de Raadscommissie voor het „huishoudelijk bestuur een rapport heeft uitgebracht, het- „welk uitgaat van het standpunt, dat het Gemeentebestuur „niet in gebreke mag blijven den winkeliers ter hulp te „komen tegen de onbillijke concurrentie hun aangedaan „door den verkoop van allerlei winkelwaren ter markt; dat, „hoewel in dit rapport verder wordt overwogen, dat de „veiligheid en de openbare orde op de Vrijdagsche markt „beslist onvoldoende is wegens het overdrukke verkeer, en „het nemen van maatregelen tot verbetering van dien toe- „stand noodzakelijk is, doch deze overweging blijkbaar is „opgenomen om aan de conclusie van het rapport schijnbaar „een geldigen rechtsgrond te geven; dat daarna in de „Raadsvergadering van 20 Sept. 1912 ter tafel is gebracht „een ontwerp-besluit tot aanvulling der verordening op de „markt met art. 4bis, terwijl daarbij bovenvermeld rapport „werd overgelegd; dat vervolgens het voorstel zonder „eenige toelichting, aanmerking of discussie, zonder hoofde- „lijke stemming is aangenomen; dat hieruit moet worden „afgeleid, dat de Raad zich met de in het Rapport voor- „komende gronden heeft vereenigd,

„O., dat derhalve art. 4bis inderdaad de strekking heeft „te beschermen de belangen van een bepaalde categorie „van ingezetenen en niet te regelen een zaak van gemeente- „telijk belang, zoodat dit artikel niet betreft de huishouding „der gemeente en aan hetzelve daarom bindende kracht „moet worden ontzegd."

Wordt nu de verordening wegens détournement de pou-

voir onverbindend geacht? De rechter overtuigt zich op deugdelijke bewijsgronden ervan, dat de verordening uitgevaardigd is met een doel, dat hij ongeoorloofd acht. Dat hier toch niet van een onverbindbaar zijn wegens détournement de pouvoir sprake is, zouden we uit de laatste zinsnede van het vonnis willen opmaken. Hierin wordt verklaard, dat het aangevallen artikel niet de huishouding der gemeente betreft. Deze zinsnede is slechts in objectieven zin te verstaan. Dat nu de verordening objectief niet in orde is, wordt afgeleid uit het feit, dat de verordening met een subjectief doel, dat naar 's rechters cordeel niet gericht is op de huishoudelijke belangen der gemeente, tot stand kwam. De verordening wordt derhalve onverbindbaar geacht, *niet* omdat het doel ongeoorloofd was, doch omdat de verordening objectief niet in orde was, wat de rechter uit de ongeoorloofdheid van het subjectieve doel, waarmee het artikel tot stand kwam, afleidt. O.i. is dan ook van een onverbindbaarheid wegens détournement de pouvoir geen sprake.

Door den H. R. werd het vonnis vernietigd, omdat het betreffende artikel, naar 's H. R. meening, wèl het huishoudelijk belang der gemeente zou betreffen. De H. R. leest hier art. 135 gem. wet in objectieven zin. Welke waarde nu de H. R. hechtte aan het onderzoek door den kantonrechter ingesteld naar het subjectieve doel der verordening, blijkt niet uit het arrest.

Merkwaardig is het arrest van den H. R. van 4 Maart 1918 (Ned. Jur. 1918, 426), omdat dit arrest een formeele veroordeeling bevat van de theorie van den détournement de pouvoir. Voor den H. R. werd de wettigheid betwist van de volgende bepalingen in een Harderwijksche verordening: „alleen met voorkennis van den Directeur van den vischafslag en onder diens goedkeuring, ook wat overeengekomen prijs betreft, met beroep ingeval van weigering op B. en W., mag aangevoerde visch onderhands worden verkocht." Tegen dit artikel werd aangevoerd, dat het niet de belangen van de Gemeente in haar geheel betrof, doch slechts *beoogde*

het steunen van de visschers in hun economischen strijd tegen de opkoopers, derhalve *beoogde* het belang van de ééne groep der ingezetenen, tegenover dat der andere. Het arrest zou derhalve met een ongeoorloofd doel zijn uitgevaardigd en stond dus schuldig aan détournement de pouvoir. De H. R. handhaafde de verordening met de volgende woorden:

„O., dat het eerste lid van art. 26 der verordening op de „keuring en de afslag van visch in de Gemeente Harderwijk, „verbiedende om zonder voorkennis en goedkeuring van „den Directeur van den vischafslag anders dan voor den „door dien ambtenaar vastgestelden prijs visch te ver„koopen, een maatregel betreft, die, *onverschillig met welke „bedoeling zij werd genomen*, kan strekken eensdeels om „het vragen van buitensporige prijzen voor de aangevoerde „visch tegen te gaan, aan de andere zijde te waarborgen, dat „de verkoopers verzekerd zijn een behoorlijken prijs te ont„vangen voor de visch door hen uit de zee te Harderwijk „aangevoerd. Dat derhalve deze maatregel de regelmatige „aanvoer van visch uit de Zuiderzee te Harderwijk kan be„vorderen, mitsdien raakt het huishoudelijk belang der ge„meente, zoodat ingevolge art. 135 Gemeentewet het maken „van een regeling betreffende dien onderhandschen ver„koop tot de bevoegdheid van den Raad behoort."

Duidelijk wordt hier door den H. R. verklaard dat, niettegenstaande art. 135 Gemeentewet een subjectieven uitleg toelaat, het er slechts op aan komt of het objectieve doel der wet bereikt is, terwijl het geheel onverschillig is met welk doel de verordening werd uitgevaardigd. Het zou echter voorbarig zijn, gezien de wisselvalligheid der iurisprudentie, uit dit arrest af te leiden, dat de H. R. van een onrechtmatigheid der administratieve handelingen op grond van de ongeoorloofdheid van het doel, niet weten wil, en dat hij slechts in sommige gevallen in de ongeoorloofdheid van het subjectieve doel der handeling een vermoeden vindt, dat de handeling onrechtmatig is.

Vonnissen, zooals het geciteerde vonnis van het kantongerecht te Maastricht, waarin de ongeoorloofdheid van het subjectieve doel, waarmede de handeling verricht werd, ter sprake komt, zijn zeer zeldzaam. In de meeste gevallen verklaart de rechter dat de handeling met een geoorloofd subjectief doel verricht werd.

De wettigheid van een gemeenteverordening van Gorinchem, welke het vervoer van brood langs de straat op bepaalde tijden verbood, werd voor den rechter betwist. Rechtbank Dordrecht 17 Sept. 1920 (Ned. Iur. 1921. 344).

De rechter verklaarde in het vonnis het volgende:

O., dat de plaatselijke verordening, blijkens haar geschrift, *beoogt* het tegengaan van den nachtarbeid in broodbakkerijen;

O., dat de Gemeenteraad bevoegd is door het maken van verordeningen te waken voor de gezondheid van een bepaalde klasse van haar ingezetenen;

O., dat door de bewuste verordening blijkbaar wordt *beoogd* zorg te dragen, dat de bakkers en hun personeel kunnen genieten van de voor hun gezondheid onmisbare nachtrust;

„O., dat de wijze, waarop gemelde materie door den ge„meenteraad wordt geregeld niet staat ter beoordeeling van „den rechter, zoodat de rechter niet bevoegd is een ver„ordening niet-verbindend te verklaren, omdat zij in haar „gevolgen te streng is, of andere klassen van ingezetenen in „hun bedrijf benadeelt of dergelijke redenen, welke alle „vragen van doelmatigheid bevatten, die, zoo als gezegd, „niet staan ter beoordeeling van de rechtelijke macht."

Het is duidelijk, dat in het laatste lid art. 135 Gem. wet in objectieven zin wordt uitgelegd. De rechter gaat er van uit, dat de aangevallen verordening werkelijk de nachtrust der bakkers ten goede komt, m.a.w. de motiveerende omstandigheden zijn aanwezig. De rechter mag alleen niet nagaan of dit doel niet even zeer bereikt had kunnen worden, wanneer de verordening minder streng was of de be-

langen van anderen meer ontzien had. Wanneer dan ook de rechter in het vonnis spreekt over het doel, waarmee de verordening werd uitgevaardigd, schijnt het ons toe, dat de geoorloofdheid van het subjectieve doel voor den rechter een vermoeden oplevert, dat de verordening objectief ook in orde is. Naar onze meening is dan ook in dit vonnis geen uitvloeisel te zien van de theorie van den détournement de pouvoir.

Hetzelfde kan, dunkt ons, gezegd worden van het arrest van den H. R. van 24 Juni 1918 (Ned. Iur. 1918. 807). In dit arrest wordt een Amsterdamsche verordening, welke het op Zondag geopend zijn van kapperszaken verbiedt, verbindend verklaard:

„O., dat art. 1a der voormelde verordening, het op Zondag „voor het publiek geopend hebben van barbierswinkels en „kapperssalons verbiedende, *beoogt* te waarborgen, dat kap- „pers, barbiers en hunne bedienden op één van de dagen „der week en wel op dien dag, die bijna algemeen als rust- „dag wordt erkend, de voor hun gezondheid noodzakelijke „rust kunnen genieten; dat mitsdien de daarbij getroffen „maatregel als strekkende om voor de gezondheid van een „bepaalde klasse van ingezetenen te waken, *dient een „openbaar belang* en derhalve betreft de huishouding der „gemeente."

De H. R. verklaart, dat de Raad beoogd heeft voor een openbaar belang te waken en dus de verordening met een juist doel uitvaardigde. Dat nu dit arrest niet eenvoudig een uitvloeisel is van de theorie van den détournement de pouvoir —, m.a.w. dat de H. R. niet slechts in een onderzoek treedt naar het subjectieve doel der verordening, en de verordening bindend acht, wanneer dit subjectieve doel juist blijkt te zijn geweest, ook al mocht de verordening ondoelmatig zijn, — blijkt uit de verklaring, dat de verordening *het openbaar belang dient.* Het is toch niet wel aan te nemen, dat het openbare belang gediend zou worden, wanneer bij den Raad alleen de bedoeling goed geweest was.

Het arrest is slechts te begrijpen, wanneer men aanneemt, dat de H. R. in het feit, dat het subjectieve doel juist was, een vermoeden zag, dat de verordening objectief in orde was.

Het arrest van 4 Dec. 1916 W. 10053 is merkwaardig, omdat de H. R. in hetzelfde arrest tweeërlei opvatting van art. 135 Gem.wet schijnt te huldigen. In dit arrest had de Raad te beslissen over de verbindbaarheid eener Maastrichtsche verordening op de bioscopen. De verordening verbood om kinderen tot de voorstellingen toe te laten en om films te projecteeren, welke met openbare orde of zedelijkheid in strijd zijn.

De H. R. overwoog het volgende:

„O., dat bij deze voorschriften de Gemeenteraad is ge-
„bleven binnen de perken door art. 135 Gem.wet gesteld;
„dat toch bepalingen als die van art. 2 voornoemd, waarbij
„in het algemeen wordt verboden personen beneden den
„leeftijd van 16 jaren tot bioscoopvoorstellingen toe te laten,
„ongetwijfeld — met het oog op het zinneprikkelende ge-
„halte van sommige dier voorstellingen — *de openbare*
„veiligheid kan betreffen;

„dat voorts geen wetsartikel de Gemeenteraad verbiedt
„voorschriften te geven met de bepaalde strekking om de
„eerbaarheid eener bepaalde groep ingezetenen — als
„vrouwen of minderjarigen — te beschermen, *wanneer hij*
„zulks in het belang der algemeene zedelijkheid noodig acht."

De aanhef van het arrest vat art. 135 Gem.wet op in objectieven zin. De houding van den H. R. in het vervolg van het arrest is minder duidelijk. Men kan van meening zijn, dat de H. R. hier in een onderzoek treedt naar het subjectieve doel, waarmee de verordening tot stand kwam, en aan de verordening verbindende kracht zou ontzeggen, wanneer aan den H. R. gebleken zou zijn, dat het subjectieve doel onjuist geweest was, zoodat men hier zou staan voor een toepassing van de leer van den détournement de pouvoir. Men kan echter ook in het arrest lezen, dat de H. R. als praesumptio

iuris et de iure stelt, dat de gemeenteraad bij het maken der verordening het juiste doel voor oogen heeft gehad. Immers uit het arrest blijkt in het geheel niet, dat de H. R. een onderzoek heeft ingesteld naar het doel, waarmee de verordening werd uitgevaardigd. Zou deze laatste opvatting juist zijn, dan komt het hierop neer, dat de H. R. zich een onderzoek naar de wettigheid der verordening ontzegd acht. Men vergelijke hiermede het hieronder te citeeren arrest van de Rechtbank te Amsterdam van 9 Mrt. 1914.

De twee volgende arresten schijnen werkelijk een subjectieve opvatting van art. 135 Gem. wet te huldigen.

De H. R. moest de verbindbaarheid beoordeelen eener Vlaardingsche politieverordening, welke het brood, in de gemeente tot verkoop aanwezig, aan keuring en aan het hebben van een bepaald gewicht onderwierp. De Raad verklaarde nu het volgende:

H. R. 19 Oct. 1914. W. 9710.

„O., dat de verordening, wier strekking hierboven is uit-
„eengezet, een regeling inhoudt, welke blijkbaar *beoogt* te
„bevorderen, dat de inwoners van Vlaardingen bij aankoop
„van eerste levensbehoeften als brood, waarvan weging on-
„gebruikelijk is, ook zonder contrôle hunnerzijds een be-
„hoorlijk gewicht ontvangen; dat zoodanige regeling kan
„gezegd worden te zijn gemaakt in het belang der openbare
„gezondheid en dus behoort tot de bevoegdheid van het
„Gemeentebestuur".

Het is mogelijk, dat de term „in het belang der openbare gezondheid" in dit arrest, in verband met het voorgaande, in subjectieven zin gelezen moet worden.

In een ander arrest (H. R. 24 Juni 1912) achtte de H. R. een verordening van de Gemeente Weede, welke verbood voor den algemeenen dienst bestemde wegen te beschadigen, op grond van de volgende overwegingen verbindend:

„dat nu een Gemeenteraad, die, gelijk te Weede geschied
„is, een verordening in het leven roept, blijkbaar *ten doel*
„*hebbende* om in het belang van het publiek verkeer ten

„algemeenen dienste bestemde wegen en voetpaden tegen „beschadiging te beschermen, de hem in art. 135 Gem. wet „gegeven bevoegdheid volstrekt niet overschrijdt."

Ook in dit arrest is slechts sprake van het doel, waarmee de verordening tot stand kwam.

We willen nu voor een oogenblik onze aandacht wijden aan rechterlijke uitspraken, welke betrekking hebben op art. 140 Provinciale wet.

Dit artikel is slechts in subjectieven zin te verstaan. Het luidt toch: „zij (de Prov. Staten) maken de reglementen en verordeningen, die zij voor het Provinciaal belang *noodig oordeelen* en onderwerpen die aan Onze goedkeuring".

Tweeërlei opvatting is echter nog mogelijk. Men kan in het artikel lezen, dat de Provinciale Staten verplicht zijn bij het maken der verordeningen het provinciaal belang voor oogen te hebben en dat de rechter bevoegd is na te gaan of het subjectieve doel werkelijk hierop gericht was.

Van deze meening schijnt het arrest van 17 Dec. 1909 (W. 8961) uit te gaan. Hierin toch wordt verklaard, dat de betreffende Provinciale verordening is een administratief voorschrift in het belang van de regeling en het bestuur der provinciale huishouding gegeven. In verband met de redactie van art. 140 Prov. wet schijnt het ons niet wel mogelijk de term „in het belang van", in dit arrest voorkomend, in objectieven zin te lezen.

Men kan echter art. 140 Prov. wet ook nog anders lezen.

Men kan van meening zijn, dat de Provinciale verordeningen, voor zoover zij niet met een bepaald wetsvoorschrift in strijd zijn, aan het rechterlijk oordeel onttrokken zijn. Men gaat dan uit van het vermoeden, dat de Prov. Staten bij het uitvaardigen hunner verordeningen altijd het juiste doel voor oogen hebben. Deze opvatting wordt gehuldigd in het vonnis van de rechtbank. Amsterdam 9 Mrt. 1914. W. 9705.

„O., dat art. 140 Prov. wet aan Prov. Staten opdraagt de „reglementen en verordeningen te maken, *welke zij voor*

„*het Provinciaal belang noodig achten*, en die aan de Kon. „Goedkeuring te onderwerpen, zoodat in het algemeen de „vraag of zeker onderwerp voor regeling bij Prov. ver- „ordening vatbaar is, dan wel is een onderwerp van alge- „meen Rijksbelang, staat ter beoordeeling van Prov. Staten „en de Kroon en aan het oordeel van den rechter is ont- „trokken."

We meenen met het citeeren van deze enkele rechterlijke uitspraken te kunnen volstaan. Het is duidelijk geworden, dat van een bepaalde systematische houding van den rechter tegenover die wetsbepalingen, welke zoowel in objectieven als in subjectieven zin uitgelegd kunnen worden, in de ter sprake gebrachte beslissingen geen sprake is. Het citeeren van meerdere rechterlijke uitspraken, welke betrekking hebben op administratieve bepalingen, waarin termen voorkomen als „in het belang van", zou in de zaak niet meer licht kunnen verspreiden.

Resumeerende, meenen wij de houding van den H. R. aldus samen te kunnen vatten.

Vaststaat, dat, wanneer de woorden der wet niet in subjectiveerenden zin gelezen kunnen worden, er geen sprake is van een onderzoek naar het subjectieve doel, waarmee een administratieve handeling verricht werd. Dit is het eenige wat vaststaat. Laten de woorden der wet een subjectieve opvatting toe, dan is het mogelijk, dat in sommige arresten de theorie van den détournement de pouvoir in zijn consequenties gevolgd wordt; dat de handeling met een geoorloofd doel altijd rechtmatig en de handeling met een ongeoorloofd doel verricht altijd onrechtmatig geacht wordt, onverschillig of de handeling objectief in orde is of niet. — Men houde echter in het oog, dat in verschillende vonnissen, waarin sprake is van het subjectieve doel, waarmede de handeling tot stand kwam, geen sprake is van de theorie van den détournement de pouvoir, doch dat hier slechts de geoorloofdheid van het subjectieve doel geldt als een vermoeden dat de handeling rechtmatig is, terwijl de rechter uit het

ongeoorloofd zijn van het subjectieve doel afleidt, dat de handeling ook objectief niet in orde is.

Verder is het mogelijk, dat in sommige arresten de rechter een administratieve handeling aan zijn oordeel onttrokken acht, omdat hij als vermoeden zonder tegenbewijs stelt, dat de administratie zich door het juiste doel heeft laten leiden.

In het algemeen kan men dus zeggen, dat, daar de besproken arresten tot de uitzonderingen behooren, de H. R. het doel, waarmee een handeling tot stand komt, niet van belang acht, ook daar, waar de woorden der wet een uitleg in subjectieven zin zouden toelaten.

Wat is nu de houding, welke door de administratie zelve tegenover de theorie van den détournement de pouvoir wordt ingenomen? Een ieder geeft toe, dat de administratie *moreel* verplicht is zich bij haar handelen het doel der wet voor oogen te stellen. Wordt echter ook deze norm door de administratie als een rechtsregel gehandhaafd? Het zou toch kunnen zijn, dat de Kroon, wanneer Zij bv. van haar vernietigingsrecht gebruik maakt, elke handeling, met een ongeoorloofd doel verricht, zou vernietigen. Dat een administratieve handeling vernietigd zou worden, alleen hierom, dat het doel ongeooorloofd is, zou hoogst onwaarschijnlijk zijn, en is ons ook niet gebleken. Wordt een handeling, zooals dit in Frankrijk geschiedt, wegens de ongeoorloofdheid van het doel aangevallen, dan geschiedt dit met het oog op haar veronderstelde ondoelmatigheid. Hieruit volgt echter, dat de Kroon, wanneer Zij haar preventief of repressief toezicht uitoefent, de theorie van den détournement de pouvoir niet noodig heeft. De Kroon toch kan weigeren een handeling goed te keuren en kan een handeling vernietigen, niet alleen wanneer de handeling onrechtmatig, doch ook, wanneer zij ondoelmatig is. De Kroon behoeft derhalve niet haar toevlucht te nemen tot de theorie van den détournement de pouvoir om een ondoelmatige handeling te kunnen aanvallen: Zij kan dit rechtstreeks doen.

Ten slotte een algemeene opmerking. Zooals ons reeds vroeger gebleken is (zie hfst. IX), heeft de Conseil d'Etat ten onrechte gemeend in de theorie van den détournement de pouvoir een middel gevonden te hebben om door het handhaven van een rechtsnorm te kunnen waken tegen de misbruiken, welke de administratie van haar vrijheid zou kunnen maken. Zijns ondanks is de Conseil d'Etat toch gedwongen geweest te treden in de beoordeeling van de doelmatigheid der administratieve handelingen. Men zou nu kunnen opmerken, dat voor den Nederlandschen administratieven rechter de zaak anders staat. De Conseil d'Etat was als *rechter* onbevoegd op eigen gezag de doelmatigheid der administratieve handelingen te beoordeelen. Bestaat echter hetzelfde bezwaar voor den Nederlandschen rechter, wanneer de wet, zooals reeds geschiedde door de wet van 26 Juil 1918 op de crisisrechtspraak, hem uitdrukkelijk de bevoegdheid verleent om administratieve handelingen wegens de ongeoorloofdheid va het doel aan te vallen? Men zou kunnen toegeven, dat de rechter slechts een handeling wegens détournement de pouvoir mag vernietigen, wanneer blijkt, dat de handeling, welke met een ongeoorloofd doel verricht werd, ook werkelijk ondoelmatig was, zoodat de wet eigenlijk aan de rechter de bevoegdheid verleent om een ondoelmatige handeling aan te vallen, wanneer blijkt, dat zij met een ongeoorloofd doel tot stand kwam. Men zou echter kunnen meenen, dat men zich niet behoort te laten afschrikken door het theoretisch bezwaar, dat de rechter nu eenmaal niet mag treden in de beoordeeling van de doelmatigheid der administratieve handelingen: het klassieke bezwaar van de dubbele administratie bestaat toch niet, wanneer de administratie met een ongeoorloofd doel handelt. De administratie weet of behoort althans te weten, wat het doel harer bevoegdheden is: maakt zij van de bevoegdheden een gebruik ter bereiking van een ander doel, dan is haar van te voren bekend, dat de handeling aan vernietiging bloot staat.

Zulk een theorie schijnt ons echter verwerpelijk. Wordt in sommige gevallen de doelmatigheid onderworpen aan 's rechters oordeel, dan is het hoogst waarschijnlijk, dat spoedig alle administratieve handelingen, welke naar 's rechters oordeel ondoelmatig zijn, door hem zullen worden aangevallen. Wordt het hoofdmoment verplaatst van de ongeoorloofdheid van het doel naar de ondoelmatigheid der handeling, dan zal spoedig elke ondoelmatige handeling geacht worden, wellicht geheel ter goeder trouw, met een ongeoorloofd doel te zijn tot stand gekomen. Dat dit bezwaar niet op fantasie berust, bewijzen de woorden van Michoud [1]): „Le Conseil d'Etat", zegt hij, „admet l'exis-„tence d'un détournement de pouvoir, uniquement en con-„statant que les motifs, qui auraient pu justifier l'acte, ne „peuvent pas exister, et sans invoquer, en vue de cette „preuve, l'existence d'un motif illicite déterminé". Michoud heeft hier het oog op de arresten van den Conseil d'Etat, waarin handelingen der administratie wegens de afwezigheid der vereischte feitelijke omstandigheden vernietigd worden. Ten onrechte meent Michoud dat deze handelingen vernietigd worden wegens détournement de pouvoir (blz. 99). De woorden van Michoud bewijzen echter wel, hoe spoedig men er toe komen kan een ongeoorloofd doel aanwezig te achten, wanneer de handeling ondoelmatig is. Het is zeer verleidelijk voor den rechter, hetgeen ook Michoud schijnt te willen, te zeggen: „gij, administratie, hebt zóó ondoelmatig gehandeld, dat ik mij niet kan voorstellen, dat gij U bij uw daden door het juiste doel hebt laten leiden". Ook bij Hauriou [2]) is een dergelijke meening te beluisteren. „Il nous paraît plutôt", zegt hij naar aanleiding van de theorie van den erreur de fait, „que l'erreur de fait est un cas de détour-„nement de pouvoir, car c'est user de son pouvoir autre-„ment que pour le bien du service quand on en use sans

1) Michoud op. cit.
2) Hauriou op. cit. p. 459.

„avoir acquis la compétence technique indispensable sur „les faits de l'affaire". Hauriou heeft hier alleen het oog op het feit, dat de administratie handelt, zonder dat de vereischte feitelijke omstandigheden aanwezig zijn. Men behoeft echter slechts een stap verder te gaan om te meenen, dat elke ondoelmatige handeling aan détournement de pouvoir schuldig staat, omdat men niet geacht kan worden het belang van den dienst voor oogen te hebben, wanneer men zonder de vereischte kennis van zaken handelt. De meening van Hauriou schijnt ons onjuist (zie blz. 106), doch wel blijkt uit deze aanhalingen, hoe gemakkelijk de rechter er toe komen zal, wanneer hij in bepaalde omstandigheden ondoelmatige handelingen mag aanvallen, zich zonder eenige beperking het oordeel over de doelmatigheid der administratieve handelingen aan te matigen.

BIBLIOGRAPHIE.

Mr. Dr. J. J. Boasson.
De rechter tegenover de vrijheid der administratie.

Mr. H. Blaupot ten Cate, Mr. M. Oppenheimer, Prof. Mr. J. Ph. Suyling.
Rechtspraak in Crisiszaken.

Prof. Mr. C. W. Star Busmann.
Doelmatigheid in rechtswetenschap en rechtspleging.

Prof. Mr. H. Krabbe.
Administratieve Rechtspraak.
Rechtsgeleerd Magazijn 1911, blz. 391.

Mr. L. Leydesdorff.
Bijdrage tot de kennis van het ongeschreven administratieve Recht.

Prof. Mr. A. A. H. Struycken.
Administratie of rechter.

Prof. Mr. A. A. H. Struycken.
Wenschelijkheid van administratieve Rechtspraak hier te lande.
Rechtsgeleerd Magazijn 1912, blz. 523.

Mr. Dr. H. Vos.
Rechtmatigheid en doelmatigheid.
Weekblad voor de Burgerlijke administratie No. 3354—3365.

H. Barthélemy.
Traité élémentaire de droit administratif.

Maurice Hauriou.
Précis de droit administratif et de droit public. (10e éd.)

Léon Duguit.
Traité de droit constitutionnel. (2e éd.)

Léon Duguit.
Les Transformations du droit public.

R. Jèze.
Principes généraux du droit administratif.

Laferrière.
Traité de la iuridiction administrative.

Léon Michoud.
Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. (Annales de l'Université de Grenoble 1913).
Henri Ebren.
Theorie du détournement de pouvoir.
Thèse Lyon 1901.
André Bahuet.
Le détournement de pouvoir.
Thèse Paris 1912.
Gaston Jèze.
Recours pour excès de pouvoir.
Revue du droit public 1912, p. 266.
Reynaud.
Théorie de l'abus du droit.
Thèse Paris 1904.
Antoine Bardesco.
L'abus du droit.
Thèse Paris 1913.
Etienne Laparre.
La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir.
Thèse Paris 1913.
Von Jhering.
Der Zweck im Recht.
Rudolf von Laun.
Das freie Ermessen und seine Grenzen.
Tezner.
Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte.
Tezner.
Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde.
Collection Lebon. Arrêts du Conseil d'Etat.
Collection Sirey. Iurisprudence administrative.
Journal du Palais.

STELLINGEN.

I

Ten onrechte heeft de Fransche Conseil d'Etat gemeend in de theorie van den détournement de pouvoir een middel gevonden te hebben om door middel van het handhaven van een rechtsregel onmogelijk te maken, dat de administratie de aan haar gelaten vrijheid misbruikt.

II

De discretionnaire bevoegdheid der administratie berust op de onmogelijkheid de administratie geheel door rechtsregels te binden.

III

Een iurisprudentie, welke de administratie slechts door de woorden der wet gebonden acht, is ten eenenmale onvoldoende.

IV

Wanneer de strafwetgever in sommige gevallen aan het motief, waaruit een strafbaar feit gepleegd wordt, invloed toekent op de strafbaarheid van dat feit, erkent hij hiermede, dat de gezindheid van den dader bij de straftoemeting in aanmerking behoort te komen.

V

Het recht van gratie is een gevolg van de betrekkelijke waarde, welke aan de rechtsregels behoort te worden toegekend.

VI

In het begrip „abus de droit" ligt een tegenstrijdigheid opgesloten.

VII

Het motief, waaruit elk der partijen een overeenkomst sluit, heeft geen invloed op de bestaanbaarheid der overeenkomst.

VIII

Terecht verklaarde de Rechtbank te 's Gravenhage, dat overgang van den eigendom van onroerend goed mogelijk is, wanneer een vonnis, houdende veroordeeling tot levering van onroerend goed, overgeschreven wordt in de registers bedoeld bij art. 671 B. W.

IX

Het is mogelijk in een akte van vennootschap onder firma de bepaling op te nemen, dat bij overlijden van een der firmanten de vennootschap met één der erfgenamen van den overledene zal worden voortgezet.

X

Het Instituut van den Cassatierechter behoort, als berustend op een onwezenlijk onderscheid tusschen feitelijke en rechtsvragen, te worden opgeheven.