



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

**Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over de betrekkingen
tussen het publieke en het burgerlijke recht**

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (1998). Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12234>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12234>

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

Op gespannen voet

Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht

J.H. Nieuwenhuis is
hoogleraar
privaatrecht aan de
Rijksuniversiteit
Groningen.



Waarom strookt een beoordeling van het overheids-

optreden door de burgerlijke rechter wel met het

stelsel der machtenscheiding en een strafrechtelijke

vervolg en berechting van de overheid niet? Hier

spelen verouderde opvattingen omtrent de Trias Politica

een rol. Een nieuwe visie op de Trias heeft

onvermijdelijk consequenties voor de verhouding tussen

publiek- en privaatrecht. Niet langer moet de principiële

scheiding van beide domeinen beklemtoond worden,

maar het verstevigen van de evenwichtzoekende

krachten in hun onderlinge betrekkingen.

De verschuiving in de opvattingen over de *Trias Politica* is onmiskenbaar: van *scheiding* naar *evenwicht* van machten. Wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht vormen een stelsel van *checks and balances*. Artikel 12 Wet AB, daterend uit het begin van de vorige eeuw, geeft nog blijk van een scherpe scheiding van wetgevende en rechterlijke macht: 'Geen rechter mag bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement uitspraak doen in zaken welke aan zijn beslissing onderworpen zijn.' Onder het mom van wetsuitleg is de rechter daarmee creatief omgesprongen. Het arrest Lindenbaum/Cohen, hoewel formeel niet meer dan een verruimende uitleg gevend aan artikel 1401 (oud) BW, woog, aldus Meijers, 'in belangrijkheid op tegen de invoering van een geheel nieuw boek in het Burgerlijk Wetboek.'¹

Ook rechterlijke en uitvoerende macht zijn gescheiden. De rechter mag niet plaatsnemen op de stoel van het bestuur; hij mag in beginsel niet zelf een bouwvergunning verlenen.² Toch bevat de Algemene wet bestuursrecht een opening: indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit (art. 8: 72 lid 4).

Het gewijzigde zicht op de Trias heeft onvermijdelijk consequenties voor onze visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht: niet langer de nadruk op een principiële scheiding van de beide domeinen, maar het verstevigen van de evenwichtzoekende krachten in hun onderlinge betrekkingen. De verhouding van publiek- en privaatrecht als een stelsel van *checks and balances*.

Stavoren

Wat is het verschil tussen het Vrouwtje van Stavoren en de Gemeente Stavoren?

De eerste kan strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld wanneer zij de haven van Stavoren laat verzanden door tonnen graan in zee te storten. De gemeente is daarentegen gevrijwaard van strafrechtelijke vervolging als zij verontreinigde baggerspecie laat verdwijnen in een nabijgelegen meer.³

Valt dit verschil te verklaren? In een strafzaak aangespannen tegen de Staat deed de Hoge Raad een poging: handelingen van de Staat moeten worden geacht te strekken tot de behartiging van het algemeen belang. Voor handelingen van de Staat zijn ministers en staatssecretarissen verantwoording schuldig aan de Staten-Generaal. Met dit stelsel strookt niet dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.⁴

'Dit stelsel'? Welk stelsel heeft de Hoge Raad hier op het

oog? Ongetwijfeld de trias politica, de scheiding der machten. Advocaat-Generaal Fokkens citeert in zijn conclusie voor dit arrest de mening van Torringa: 'Op het handelen van de staat rust een politieke controle, die in het parlement thuishoort en geen ruimte laat voor repressie door de strafrechter'.

Kunnen de Staat en de lagere overheden onrechtmatige daden plegen en uit dien hoofde civielrechtelijk aansprakelijk worden gesteld? Aan de vooravond van deze eeuw heeft de Hoge Raad dat ontkend, en wel op gronden die inspiratie verraden door de leer der machtenscheiding:

■ 'Deze vordering vindt haren rechtsgrond zuiver en alleen in het publiek recht, krachtens welke de gemeente door hare regeeringsorganen optreedt als overheid, uitoefenende het openbaar gezag, waarvoor zij, als zoodanig, niet privaatrechtelijk verantwoordelijk is, en krachtens welk recht tusschen haar en private personen geen civiele rechtsband ontstaat.'⁵ ■

In 1924 ging het roer om. De Hoge Raad overwoog:

■ 'Dat ook het publiekrechtelijk zedelijk lichaam bij de vervulling zijner overheidstaak handelend door zijne organen, zijnen rechtsplicht behoort na te komen, en, daarbij wettelijke voorschriften van welken aard ook, niet eerbiedigend, zonder meer eene onrechtmatige daad pleegt en tot vergoeding der daardoor veroorzaakte schade gehouden is.'⁶ ■

Thans, zeventig jaar later zijn wij volkomen eraan gewend dat van de lopende band vonnissen rollen, waarbij wordt geoordeeld dat de overheid een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Waarom strookt een beoordeling van het overheidsoptreden door de burgerlijke rechter blijkbaar wel met het stelsel der machtenscheiding, en een strafrechtelijke vervolging en berechting van de overheid niet?

Trias Politica

De rechtsgeleerdheid heeft haar interdisciplinaire positie nimmer verloochend. Sinds onheuglijke tijden bevindt zij zich temidden van theologie en hogere krijgskunde.

De Vader, de Zoon, en de Heilige Geest; één God in drie personen. Het dogma van de heilige Drieëenheid klinkt door in de staatsleer. Zo bijvoorbeeld bij Kant. 'Ein jeder Staat enthält drei Gewalten in sich, d.i. den allgemein vereinigten Willen in dreifacher Person (*trias politica*).'⁷ Wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. Maar het zijn 'Gewalten', machten in de strijd om het recht, en als zodanig onderworpen aan de wet van het krijgsbedrijf: *getrennt marschieren, vereint schlagen*. Scheiding der machten is een noodzakelijke voorwaarde voor de vorming van een rechtsstaat, een staat waarin ook de overheid is onderworpen aan

het recht. Aangezien niemand rechter mag zijn in zijn eigen zaak, is een onafhankelijke rechterlijke macht nodig om te beoordelen of de overheid binnen de perken van de wet is gebleven. Ook dat is reeds lang geleden ingezien. Zo verklaarde de Franse koning Lodewijk XVI op 14 september 1791, wellicht minder uit overtuiging dan onder de indruk van zijn arrestatie, enige maanden eerder, in Varennes:

■ "Toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée, n'a point de Constitution."⁸ ■

De strijd om het recht wordt gevoerd op drie fronten: privaatrecht, bestuursrecht, strafrecht. Volgens de traditionele stafkaarten verschillen de plaatselijke omstandigheden nogal. Het privaatrechtelijk terrein is vlak als de zeespiegel; partijen bestrijden elkaar vanaf gelijke hoogte, maar missen vaak vaste grond onder de voeten. Zij moeten niet zelden hun munitie putten uit zoiets onpeilbaars als het *ongeschreven* recht. De ander heeft gehandeld in strijd met de goede zeden, met de redelijkheid en billijkheid of met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Hoe anders het publiekrecht. In het bestuursrecht is de strijd gesitueerd rondom een hoog oprijzend bastion. Vanaf de transen laat de overheid haar besluiten neerdalen op de burger, die zich ergens in de diepte bevindt. Bestuursdwang wordt aangezegd voor het geval niet één, twee, drie de illegaal gebouwde garage wordt afge-

broken. De strijd is per definitie ongelijk. De overheid heeft immers het algemeen belang aan haar zijde, en: *salus publica suprema lex*.

Toch is de strijd niet bij voorbaat kansloos. De macht van het bestuur is weliswaar groot, maar zeker niet onbegrensd. Het bestuur is onderworpen aan het legaliteitsbeginsel; zijn bevoegdheid tot ingrijpen in vrijheid en eigendom van burgers moet steunen op de wet.

Zo wisten drs Jan Hilco Frijlink en Gerda Schwaab te bewerken dat de gemeente Amsterdam werd bevolen de fluoridering van het drinkwater te staken, aangezien de gemeente niet bevoegd was tot een zo ingrijpende maatregel bij gebreke van een wettelijke grondslag.⁹

Ook het strafrecht speelt zich niet af in het platte vlak. Hier wordt de burger geconfronteerd met de afgrond. Weliswaar wordt de verdachte niet langer in een onderaardse kerker geworpen, maar de vervolging gaat soms gepaard met een langdurige vrijheidsberoving die zijn maatschappelijk bestaan grondig kan ondermijnen. De overheid wordt dan ook met handen en voeten gebonden aan het legaliteitsbeginsel: 'Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien' (art. 1 Sv).

Tot zover enige plakken gesneden koek. Maar is het hier geschetste beeld van de rechtsstaat een serieus portret van de huidige staat van het recht? Of is het op zijn best een schattig bidprentje voor vrome zielen die hun geloof in de idealen van de Verlichting nog steeds niet hebben afgeschud?

Eist de efficiency van de verzorgingsstaat niet het opruimen van het dogma der machtscheiding?

Donner waarschuwt hiertegen. Wie zich door dit idee laat bekoren, vergeet dat de machtscheiding nu juist beoogde de burger tegen de overmacht van de staatsinstellingen te beschermen.¹⁰ Daarbij valt te bedenken dat met betrekking tot de betekenis van de trias politica, ook reeds sedert de Verlichting, een traditie bestaat waarin de nadruk niet wordt gelegd op de *scheiding*, maar op het *evenwicht* der machten. Witteveen heeft laten zien hoe aan het einde van de achttiende eeuw Amerikaanse politieke denkers en doeners als Hamilton en Madison de trias hebben opgetuigd als een systeem van 'checks and balances'.¹¹ Een 'external check', aldus Madison 'consists of the application of rewards and penalties, or the expectation that they will be applied, by some source other than the given individual himself'.¹² Montesquieu zei het korter: le pouvoir arrête le pouvoir.

Evenwicht van machten door middel van een stelsel van *checks and balances*. Het bestuur wordt op het rechte pad gehouden door de wetenschap dat een andere, van het bestuur onafhankelijke, instantie zijn handel en wandel nagaat en beoordeelt. Bij bestuurders leidt dat niet steeds tot vrolijkheid. 'Doordat de gemeente (Boxtel) regelmatig door de rechter in het ongelijk werd gesteld, boette de geloofwaardigheid en het gezag van het gemeentebestuur aan kracht in', aldus mr Rombouts, burgemeester van 's-Hertogenbosch, over zijn ervaringen als burgemeester van Boxtel. Zijn conclusie is helder en bondig: minder rechtsbescherming.¹³

Maar ook de Nederlandse regering werd nog niet zo lang geleden op hardhandige wijze geconfronteerd met de ongemakken van de trias.

Garagehouder Benthem had van de gemeente Weststellingwerf een hinderwetvergunning verkregen voor de exploitatie van een LPG-tank. De inspecteur volksgezondheid was hiertegen in beroep gekomen bij de Kroon. De Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State adviseerde de Minister over te gaan tot vernietiging van de beschikking waarbij de vergunning was verleend. Aldus geschiedde bij Koninklijk Besluit van 30 juni 1979. Bij het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) beriep Benthem zich op schending van artikel 6 EVRM, dat voor zover hier van belang inhoudt dat bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten een ieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Benthem kreeg gelijk. Het EHRM was van oordeel dat de Afdeling geschillen van bestuur niet als een zodanig 'gerecht' kon worden aangemerkt omdat zij slechts adviseerde en niet besliste, en de Kroon niet, omdat zij weliswaar de zaak besliste, maar dit deed, niet bij een rechterlijke uitspraak, doch bij een daad van bestuur, uitgaande van een minister, die daarvoor verantwoording schuldig was aan het parlement.¹⁴

Welke *checks* bevat ons rechtssstelsel om tirannieke trekken bij de rechterlijke macht tijdig de kop in te drukken? Rechters zijn gebonden aan wet en recht. Zij moeten daarvan rekschap afleggen in hun vonnis. Een partij die van oordeel is dat door de in zijn zaak genomen beslissing het recht is geschonden, kan haar in de regel ter vernietiging voorleggen aan een hogere instantie. Maar eens houdt het op. Hoe valt nu te voorkomen dat de hoogste rechter plaatsneemt op de stoel van de wetgever en zich opwerpt als wetgever-plaatsvervanger?

De benoeming van rechters met voldoende eerbied voor de wet, is uiteraard in de eerste plaats een zaak van werving en selectie. Een sollicitant die, bij gelegenheid van de psychologische test gevraagd naar zijn 'role models', antwoordt: Nero, Djengis Khan en Muhammed ('I am the greatest') Ali, zal niet licht worden aangenomen.

Belangrijker zijn uiteraard de institutionele checks. Wat indien een bovenationale rechter als het Europees Hof voor de rechten van de mens oordeelt dat een Nederlands wettelijk voorschrift strijdt met het EVRM, en dat op de Staat de verplichting rust de wetgeving aan te passen? Kan, zolang de wetgever hiermee in gebreke blijft, de rechter in diens plaats treden?

De Hoge Raad verwoordt zijn erkenning van de grens tussen wetgeving en rechtspraak vaak aldus, dat het vinden van oplossingen voor wat dan wel zou moeten gelden, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan.¹⁵ Desondanks blijft het mogelijk dat de samenleving vindt dat de Hoge Raad zijn hand overspeelt, bij voorbeeld met zijn beslissing, dat bij een aanrijding tussen een automobilist en een fietser ten minste vijftig procent van de schade van de fietser ten laste van de automobilist moet komen, ook indien het ongeval vrijwel uitsluitend is te wijten aan de schuld van de fietser.¹⁶ In dat geval moeten regering en staten-generaal hun wetgevende macht ontplooiën en een regel codificeren die kan rekenen op voldoende steun in de samenleving.

De wederkerige rechtsbetrekking

Overheid en burger staan tot elkaar in een wederkerige rechtsbetrekking, waarin beide partijen rekening moeten houden met de positie en belangen van de andere partij.¹⁷ Bij de introductie van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is de relatie tussen het bestuur en de burger aldus gekenschetst. Zelden heeft een zo onschuldig ogende constatering zoveel beroering gewekt. De wederkerige rechtsbetrekking: een koekoeksei in het nest van het publiekrecht (Beurskens¹⁸); een perversie (Heldeweg¹⁹); een strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap (Teunissen). De kritiek, vooral, maar niet uitsluitend, uit Maastricht is fundamenteel en ter zake. Bij Teunissen is zij ingegeven

1. WPNR 2564.

2. Afdeling Bestuursrecht RvS 8 juli 1996, AB 1996, 344.

3. HR 23 april 1996, NJ 1996, 513 (Pikmeer).

4. HR 25 jan. 1994, NJ 1994, 598 (Volkel).

5. HR 29 mei 1896, W. 6817 (Vrouwe Elske); zie daarover G. E. van Maanen, De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19e en 20e eeuw, Nijmegen 1996, p. 46. Van Maanen hamert erop dat dit arrest een incident vormde en dat de negentiende

eeuw wat het aansprakelijkheidsrecht betreft zo negentiende eeuws nog niet was.

6. HR 20 nov. 1924, NJ 1925, 89 (Ostermann).

7. Kant, *Methaphysik der Sitten*, II, § 45.

8. Art. 16 van de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789.

9. HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 (Fluoridering).

10. Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 1989, p. 495.

11. W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (intreerede), Zwolle, 1991, p. 44 e.v.

12. Federalist Papers, no. 10.

13. Justitiële Verkenningen, 1997 no. 5, p. 9.

14. EHRM 23 okt. 1985, AB 1986, 1.

15. Zie bijvoorbeeld HR 4 nov. 1994, NJ 1995, 249.

16. HR 28 febr. 1992, NJ 1993, 566.

17. TK 1988-1989, 22 221, nr 3, p. 11.

18. Eenzijdig en wederkerig, Deventer 1995, p. 23.

19. Eenzijdig en wederkerig, Deventer 1995, p. 121.

door zijn op Dooyeweerd teruggaande ideeën over 'de zin en functie van een principieel onderscheid tussen publiek- en privaatrecht':

■ 'Tussen publiek- en burgerlijk recht bestaat een principieel onderscheid. Het publiekrecht is typisch publiekrechtelijk *gemeenschapsrecht*, dat beheerst wordt door het publiekrechtelijke beginsel van het algemeen belang (de *iustitia distributiva*). Het burgerlijk recht is naar zijn aard recht voor de maatschappelijke verhoudingen, d.w.z. de verhoudingen waarin mensen en/of gemeenschappen op juridisch gelijke voet met elkaar omgaan, hetzij in samenwerking, hetzij in conflict.'²⁰ ■

Het 'scherpe onderscheid' tussen publiek- en privaatrecht berust in deze visie op het verschil in belang dat de drijfveer vormt van het handelen van enerzijds de overheid en anderzijds de particuliere personen: het algemeen belang tegenover de – uiteenlopende – particuliere belangen. Maar hier is zeker niet sprake van een scherpe caesuur. Het algemeen belang is het saldo van de afweging van allerlei maatschappelijke belangen, zoals werkgelegenheid, woongelegenheid en leefmilieu. Welke mate van aantasting van het milieu is geoorloofd ter bevordering van de werkgelegenheid? In hoeverre moet de economische groei worden afgeremd ter bescherming van het milieu. Deze balans moet worden opge maakt door de overheid, die daarvan rekenschap aflegt aan parlement, provinciale staten of gemeenteraad. Dit neemt echter niet weg dat de maatschappelijke belangen die na onderlinge afweging te zamen het algemeen belang vormen, tevens worden behartigd door particuliere (rechts-)personen. 'De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid' (art. 22 lid 1 Grondwet). Volksgezondheid vormt onderdeel van het algemeen belang. Maar de overheid vult geen holle kiezzen. Daarvoor zijn (particuliere) tandartsen; zij vervullen, net als de bakker en de melkboer, een publieke rol op het terrein van de volksgezondheid. Daaraan doet niet af dat zij daartoe wellicht worden gedreven door het gerinkel van hun kassa. De burger wordt geleid door de 'onzichtbare hand' van Adam Smith:

■ 'By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it.'²¹ ■

De omstandigheid dat zij de publieke ruimte betreden door het openbaar aanbieden van goederen en diensten die de volksgezondheid raken, leidt vanzelf tot een vervlechting van publiek- en privaatrecht. De overheid bemoeit zich

door middel van publiekrechtelijke voorschriften met de kwaliteit van het brood. Deze normen werken door in het civiele contractenrecht. Wie een gesneden grofvolkoren koopt, mag verwachten dat daarin geen schadelijke conserveringsmiddelen zijn verwerkt.

Omgekeerd kan de overheid niet effectief besturen zonder het privaatrechtelijk terrein te betreden. Zij kan niet optreden, enkel door middel van (eenzijdige) beschikkingen; zij moet contracten sluiten, gebouwen huren, stoelen kopen. Wanneer zij de markt betreedt, houdt zij niet op overheid te zijn. Zij blijft gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Kortom: de behartiging van het algemeen belang was, is en blijft een 'joint venture' van overheid en particulieren.

Kern van de trias blijft de bescherming van de vierde macht: de burger. Ook de overheid is onderworpen aan het recht. Dit brengt mee dat een burger die zich door het optreden van de overheid benadeeld voelt, de rechtmatigheid van dat optreden kan aanvechten en kan laten beoordelen door een onafhankelijke rechterlijke macht. Betekent dit dat de relatie tussen overheid en burger moet worden opgevat als een wederkerige rechtsbetrekking?

De wederkerige rechtsbetrekking: een koekoeksei in het nest van het publiekrecht. Dit is zo, aldus Beurskens, omdat het begrip is geleend van het burgerlijk recht. De verbintenis uit een wederkerige overeenkomst zou model hebben gestaan.

De civielrechtelijke inspiratie van de ontwerpers van de Abw is een interessant voorwerp van speculatie; zoveel is echter zeker: rechtsbetrekking en wederkerigheid zijn geen typische civielrechtelijke begrippen. Overal waar het recht belandt in zijn kritieke fase: het proces waarin twee partijen tegen elkaar in het krijt treden, zijn de begrippen 'rechtsbetrekking' en 'wederkerigheid' onmisbare instrumenten van de juridische ontleedkunde.

Ook wanneer het geschil gaat over de verlening van een vergunning is het noodzakelijk de relatie tussen overheid en burger op te vatten als een rechtsbetrekking (een door het objectieve recht genormeerde verhouding tussen twee partijen). De rechtsbetrekking vormt het onmisbare kader om te kunnen beoordelen waarop zij jegens elkaar (in wederkerigheid) recht konden doen gelden.

Uit het processuele perspectief van het recht volgt tevens de noodzaak om de aanspraak van de aanvrager van een vergunning op te vatten als een door hem geclaimd (subjectief) *recht*. De procedure dient ertoe de deugdelijkheid van het beweerde recht te beoordelen. Duidelijk komt dit naar voren in de hiervoor aangehaalde Benthem-zaak. Het EHRM was van oordeel dat tussen Benthem en de overheid een reëel en serieus geschil was ontstaan met betrekking tot het subjectieve *recht* van Benthem op de door hem gevraagde vergunning ('the right to a licence claimed by the applicant'). Vervolgens moest het Hof beoordelen of hier sprake was van een 'civil right' als bedoeld in artikel 6 EVRM:

■ 'Article 6 does not cover only private law disputes in the traditional sense, that is disputes between individuals or between an individual and the State to the extent that the latter had been acting as a private person (...) and not in its sovereign capacity.' ■

Het Hof besliste dat in dit geval sprake was van een geschil omtrent een 'civil right', omdat de vergunning een voorwaarde vormde voor de uitoefening door Benthem van zijn activiteiten als ondernemer.

*Het bestuur wordt op het rechte pad
gehouden door de wetenschap dat een andere,
van het bestuur onafhankelijke, instantie zijn
handel en wandel nagaat en beoordeeld. Bij
bestuurders leidt dat niet steeds tot
vrolijkheid.*

Een wederkerige rechtsbetrekking waarin overheid en burger over en weer rekening moeten houden met de belangen van de ander. Heeft de burger ongeschreven *plichten* jegens de overheid? Damen is sceptisch:

■ 'Het legaliteitsbeginsel brengt in het algemeen met zich mee dat verplichtingen alleen aan de burgers kunnen worden opgelegd bij of krachtens de wet; in ieder geval is daar een publiekrechtelijke titel voor nodig. Een enkel in de memorie van toelichting gepropageerde wederkerigheidsgedachte is daarvoor onvoldoende.'²² ■

De burgerlijke rechter is kennelijk onvoldoende doordrongen van dit knelpunt. Herhaaldelijk heeft hij immers uitgesproken dat de burger aansprakelijk is jegens de overheid als hij ongeschreven zorgvuldigheidsnormen schendt. Is degeen die zijn eigen bedrijfsterrein verontreinigt aansprakelijk jegens de overheid voor de door haar gemaakte saneringskosten? Thans is voor het verhaal van de saneringskosten een wettelijke titel aanwezig: artikel 75 Wet bodembescherming. Maar hoe is het gesteld met de aansprakelijkheid voor de kosten van sanering van 'historische vervuilingen'? De Hoge Raad oordeelde dat het vanaf 1 januari 1975 voor degenen die waren belast met de leiding van ondernemersactiviteiten voldoende duidelijk behoorde te zijn dat de overheid naar aanleiding van ernstige bodemverontreiniging metterdaad tot actie zou overgaan en daardoor voor saneringskosten zou komen te staan.²³ Wie in 1975 verontreinigd afvalwater liet weglopen in zijn eigen terrein, handelde in strijd met een ongeschreven rechtsplicht jegens de overheid. Is dit niet een ontoelaatbare inbreuk op het legaliteitsbeginsel?

De gedachte dat het bestaan van plichten van de burger jegens de overheid slechts aanvaardbaar is indien zij berusten op een wettelijke basis, houdt verband met de behoefte aan rechtszekerheid en democratische legitimatie. Is hiermee niet onverenigbaar dat de overheid zich op het standpunt stelt dat de burger *ongeschreven* zorgvuldigheidsnormen heeft geschonden?

Bij de introductie van het ongeschreven recht in het civiele aansprakelijkheidsrecht aan het begin van deze eeuw, zijn soortgelijke bezwaren gehoord. Eyssell, president van de Hoge Raad in de periode voorafgaande aan het arrest Lindenbaum/Cohen, sprak de vrees uit:

■ 'dat voorstanders van de Bergrede moraal zo talrijk zijn dat op de rechterstoel elk ogenblik zulk een idealist kan plaats nemen, gereed om de wet Regout (waarin ook strijd met het ongeschreven recht werd bestempeld tot onrechtmatige daad) te hanteren ten schade onzer maatschappij.'²⁴ ■

Uit een oogpunt van rechtszekerheid is een beroep op ongeschreven zorgvuldigheidsnormen slechts toelaatbaar indien deze normen, ondanks hun ongepubliceerde staat, niettemin kenbaar zijn. Op dit punt maakt het weinig verschil of de ongeschreven normen betrekking hebben op het verkeer tussen burgers ('laat geen kelderluiken openstaan in een café'), dan wel zien op de relatie tussen burger en overheid

Hoe valt te voorkomen dat de hoogste rechter plaatsneemt op de stoel van de wetgever en zich opwerpt als wetgever-plaatsvervanger.

('verontreinig de bodem niet zodanig dat de overheid moet overgaan tot sanering'). Het gemis aan formele democratische legitimatie kan worden gecompenseerd door slechts die normen tot ongeschreven recht te verheffen, die kunnen rekenen op een voldoende brede steun in de samenleving. Lang niet alles wat de Bergrede voorschrijft, komt daarvoor in aanmerking.

Wanneer de overheid, ter ondersteuning van haar vordering uit onrechtmatige daad, zich erop beroept dat de burger ongeschreven zorgvuldigheidsnormen heeft overtreden, verschuift de bewaking van de rechtszekerheid en het maatschappelijk draagvlak van de wetgever naar de rechter. Er zijn geen aanwijzingen dat de rechter beide drempels voor de toelating van ongeschreven recht als bron van aansprakelijkheid uit het oog verliest. De Staat beriep zich ook met betrekking tot verontreinigingen die hadden plaatsgevonden vóór 1 januari 1975 op strijd met het ongeschreven recht, doch tevergeefs. Of sprake is van handelingen in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, hangt, aldus de Hoge Raad,

■ 'daarvan af of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen ten einde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien, waartoe dan ook mede is vereist dat hij dat belang kende of had behoren te kennen. Dergelijke normen strekken dus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn.'²⁵ ■

Ook het maatschappelijk draagvlak wordt niet over het hoofd gezien. In het reeds aangehaalde arrest Staat/Van Wijngaarden constateerde de Hoge Raad dat gewijzigde maatschappelijke opvattingen van invloed zijn geweest 'op het inzicht van ondernemers in de schadelijke gevolgen van bodemverontreiniging en de te verwachten reactie van de overheid op die verontreiniging.' Voorts is de Hoge Raad van oordeel dat hij 'zelfstandig kan vaststellen hoe de maatschappelijke opvattingen te dezer zake zich hebben ontwikkeld, aangezien die opvattingen naar voor komen uit parlementaire stukken.'

20. Eenzijdig en wederkerig, Deventer 1995, p. 293.

21. Wealth of Nations, IV, II, 9.

22. L.J.A. Damen, 'Bestaat de Awb-mens?'; in:

Aantrekkelijke gedachten, Deventer 1993, p. 113.

23. HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Staat/Van Wijngaarden).

24. Themis, 1911, p. 592 e.v.

25. HR 30 sept. 1994, NJ 1996, 198 (Staat/Fasson).

Van wie is het algemeen belang? Van de Staat of van zijn burgers? De orthodoxe visie houdt in dat 'het algemeen belang' een antropocentrisch begrip is, en dat daarom een uitdrukking als 'het belang van de natuur' een stenografische notering is van het belang dat mensen hechten aan het behoud van de rode beuk en de zwarte rapunzel. Zo bezien, is 'het belang van de Staat' niets anders dan het belang van zijn burgers. Raken we hier de Achilleshiel van de wederkerige rechtsbetrekking? Nicolai is daarvan overtuigd:

■ 'De wederkerigheidsnotie past in mijn visie naar *essentie* niet op de bestuurlijke relatie tussen burger en bestuur, omdat het bestuur geen subject met *eigen* rechten en belangen en dus zijn positie *naar zijn aard* niet verwisselbaar is met die van de burger als rechtsgenoot in de bestuurlijke relatie'.²⁶ ■

De Staat gaat geheel op in zijn doel: de behartiging van de belangen van zijn burgers. Nu is het probleem dat die belangen niet als eieren zo gelijk, netjes naast elkaar in een rek liggen, maar buitelen en botsen als wespen in hun nest. Het belang van een varkenshouder bij een onbelemmerde uitstoot van ammoniak botst met het belang van de leden van de vereniging 'Boom en Das' bij het behoud van de rode beuk. Als de overheid in een horizontale, wederkerige relatie komt te staan met één welbepaalde burger, met wiens individuele belang zij rekening moet houden, en wiens door haar gewekt vertrouwen zij moet honoreren, kan dit gemakkelijk tot spanning leiden met haar eigenlijke taak: de behartiging van het algemene belang. Door de wederkerige rechtsbetrekking dreigt het algemeen belang, in het onbeholpen woordgebruik van Damen, te worden 'weggehorizontaliseerd'.²⁷

Kuunders wilde een stal bouwen voor duizend varkens. Na overleg met de Gemeente Deurne werd op aandrang van B en W de als locatie gekozen een plek, gelegen op 200 meter van het beschermde natuurgebied 'De Deurnse Peel'. De bouwvergunning wordt vlot verkregen, de hinderwetvergunning levert meer problemen op; B en W hebben haar geweigerd op grond van de te verwachten schade aan het natuurgebied door de ammoniakemissie. Op het daartegen door Kuunders ingestelde beroep heeft de Kroon alsnog een hinderwetvergunning verleend op grond van de overweging dat Kuunders, gezien de voorgeschiedenis, erop mocht vertrouwen dat hem die vergunning zou worden verleend. Inmiddels had zich ook de werkgroep 'Behoud de Peel' gemeld. Zij is van mening dat Kuunders ook over een vergunning bedoeld in artikel 12 van de Natuurbeschermingswet diende te beschikken. De werkgroep heeft de Minister verzocht bestuursdwang toe te passen. Op diens weigering

heeft de werkgroep van de voorzitter Afdeling rechtspraak Raad van State een voorlopige voorziening gevraagd. De voorzitter heeft deze geweigerd, met een beroep op het vertrouwensbeginsel. Hij ging ervan uit dat voor Kuunders geen aanleiding bestond serieus rekening te houden met de uit artikel 12 Natuurbeschermingswet voortvloeiende vergunningsplicht, omdat hij van overheidswege daarop pas was gewezen toen de bouw van de stal al voltooid was, en dat hij in de bouw had geïnvesteerd zonder dat hij erop bedacht had behoeven te zijn dat de exploitatie van de stal uit het oogpunt van de Natuurbeschermingswet op bezwaren zou stuiten.

Tot zover – met zevenmijlslaarzen – langs het bestuursrechtelijke traject. Een boeiende confrontatie met de praktijk van de wederkerige rechtsbetrekking. De overheid wordt door haar eigen gedragingen jegens een individuele burger (het wekken van vertrouwen) beperkt in haar mogelijkheden tot een optimale behartiging van het algemene (natuurbeschermings-)belang. Is het daarom niet goed dat milieuorganisaties in de bres kunnen springen?

Na de afwijzende beslissing van de voorzitter Afdeling rechtspraak wendden de stichtingen – de stichting werkgroep 'Behoud de Peel' had inmiddels assistentie verkregen van de stichtingen 'Natuur en Milieu' en de 'Brabantse Milieufederatie' – de steven in civielrechtelijke richting. Zij vorderen in kort geding een verbod om de stal te gebruiken zolang Kuunders niet beschikt over een vergunning bedoeld in artikel 12 Natuurbeschermingswet. De President wijst hun vordering af. Door Hof en Hoge Raad worden zij in het gelijk gesteld. Het gaat hier, aldus de Hoge Raad,²⁸ om ecologische belangen die worden gediend door de aanwijzing van de Deurnse Peel tot beschermd natuurgebied, dat wil zeggen om belangen van *burgers*, die zich slecht ervoor lenen om door individuele rechtsoverheden te worden beschermd. Aan be-

scherming van deze belangen door ingrijpen van de burgerlijke rechter, bestaat behoefte naast die waartoe de overheid is gehouden. Deze belangen behoren dan ook tot de soort die valt onder de bescherming die artikel 6:162 BW bedoelt te bieden. De bestuursrechtelijke weg – het uitlokken van bestuursdwang – is, ondanks het openstaan van een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, als gevolg van de aan de overheid toekomende belcidsvrijheid, aanmerkelijk minder effectief dan die via de burgerlijke rechter, aldus nog steeds de Hoge Raad.

Het arrest is kritisch ontvangen. Annotator Brunner geeft uiting aan zijn 'beduchtheid voor de procedeerlust van privaatrechtelijke rechtspersonen die zich ten doel stellen de wet te doen handhaven, waar de overheid te kort schiet':

■ 'Het algemeen belang dient niet als een door artikel 6:162 BW beschermd belang te worden aangemerkt. Omdat de

De gedachte dat het bestaan van plichten van de burger jegens de overheid slechts aanvaardbaar is indien zij berusten op een wettelijke basis, houdt verband met de behoefte aan rechtszekerheid en democratische legitimatie. Is hiermee niet onverenigbaar dat de overheid zich op het standpunt stelt dat de burger ongeschreven zorgvuldigheidsnormen heeft geschonden?

stichtingen geen privaatrechtelijk belang hadden, zijn zij naar mijn mening ten onrechte in hun vordering ontvangen.' ■

Wie bewaakt het algemeen belang? Ligt hier uitsluitend een taak voor de overheid, die daarover slechts verantwoording schuldig is aan parlement, provinciale staten of gemeenteraad, of is het goed dat bijvoorbeeld milieuverenigingen zichzelf benoemen tot hulpveldwachter?

Privaatrechtelijke rechtspersonen vervullen een onmisbare rol als 'checks' bij de bewaking van algemene belangen, zoals de bescherming van de natuur.

In de eerste plaats omdat, zoals naar voren komt uit de Kuunders-zaak, het heel wel mogelijk is dat de overheid, door haar 'vertrouwenwekkend' optreden jegens de individuele burger waarmee zij in een wederkerige rechtsbetrekking staat, in een positie is geraakt waarin zij de inbreuk op het algemene belang in feite moet gedogen.

In de tweede plaats is het geenszins ondenkbaar dat het de overheid zelf is, die – uiteraard met de beste bedoelingen – het algemeen belang schendt. In de zaak die leidde tot het arrest *De Nieuwe Meer*²⁹ was het de Gemeente Amsterdam die naar het oordeel van drie milieu-organisaties zonder eerste vergunning verontreinigde bagger in de Nieuwe Meer stortte.

Wie bewaakt de bewakers? Een exclusieve verantwoording, slechts aan de daartoe aangewezen politieke organen: parlement, provinciale staten en gemeenteraad, staat op gespannen voet met de kern van de rechtsstaat: de gebondenheid van de overheid aan wet en recht. De rechtsstaat is per definitie een 'nivellerend' idee. De onderworpenheid aan het recht brengt mee dat de Staat en de lagere overheden, evenals burgers, onrechtmatige daden kunnen plegen en strafbare feiten kunnen begaan, en dat zij niet op voorhand gevrijwaard dienen te blijven van civielrechtelijke aansprakelijkheid en strafrechtelijke beoordeling. Tot dat oordeel is slechts een onafhankelijke rechterlijke macht in staat, niet omdat bij de politieke controle-organen onvoldoende besef van wet en recht voorhanden zou zijn, maar omdat bij een parlementaire beoordeling van de ministeriële verantwoordelijkheid – om ons daartoe te beperken – factoren een rol spelen die onverenigbaar zijn met een rechtsoordeel: behoud van de coalitie bijvoorbeeld.

De Nieuwe Meer (het storten van verontreinigde bagger in de Nieuwe Meer door de gemeente Amsterdam) vormt de civielrechtelijke tegenhanger van het strafrechtelijke Pikmeer-arrest (het storten van verontreinigde bagger in het Pikmeer door de gemeente Grouw). In de aanhef van dit opstel werd de vraag gesteld: valt de strafrechtelijke immuniteit van de overheid te verklaren? De conclusie moet zijn: te verklaren misschien, maar dan op grond van verouderde opvattingen omtrent de trias politica. Valt zij thans nog te rechtvaardigen? Op die vraag past een stelling: nee.

Oud zeer: het gemene recht

Langs welke weg bereiken we een redelijk evenwicht tussen enerzijds de effectiviteit van het bestuur en anderzijds een

adequate rechtsbescherming van de burger? De dynamiek van dit proces brengt mee dat de 'magische lijn'³⁰ tussen publiek- en privaatrecht nimmer definitief kan worden gefixeerd.

Het effectiefste en snelst werkende middel tegen onrecht was tot voor kort het langs civielrechtelijke weg (art. 6: 162 BW) verkregen verbod in kort geding, versterkt door een indrukwekkende dwangsom. Het is dan ook begrijpelijk dat overheden naar dit middel grepen, teneinde op snelle en eenvoudige wijze te bewerken dat hun voorschriften werden nageleefd. Na een aanvankelijke mislukking in Limmen, waar de Gemeente niet erin slaagde langs deze weg te bereiken dat Houtkoop niet zou overgaan tot de verkoop van kappersbenodigdheden op een plek waar slechts landbouw en veeteelt waren toegestaan (het algemene belang dat voor elk overheidslichaam is betrokken bij de naleving van de door dat lichaam uitgevaardigde wettelijke voorschriften behoort niet tot de belangen die artikel 6: 162 bedoelt te beschermen),³¹ werd het pad spoedig comfortabel geplaveid met een ruime ontvankelijkheid (niet is vereist dat de overheid aan haar vordering uit onrechtmatige daad een civielrechtelijk belang ten grondslag legt).³² De enige *check* wordt gevormd door de mogelijkheid dat aldus de toepasselijke publiekrechtelijke regeling 'op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist'. In dat geval is de civielrechtelijke weg geblokkeerd.

De omstreden³³ doorkruisingsformule strekt ertoe een redelijk evenwicht te vinden tussen de effectiviteit van het bestuur en de rechtsbescherming van de burger. Van een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke weg zal sprake zijn, als door het open stellen van de civielrechtelijke sluiproute de balans al te zeer zou doorslaan, ten gunste van een effectieve handhaving door de overheid van haar voorschriften, maar ten nadele van de waarborgen die de publiekrechtelijke regeling de burger biedt.

Het brede civielrechtelijke pad leidde naar een – voorlopig – hoogtepunt: het zomerhuis staande en gelegen aan de Dolce Vita 28 te Nieuwveen. De Gemeente wist in kort geding, met behulp van een vordering uit onrechtmatige daad, te bereiken dat het de eigenaren, op straffe van verbeurte van een forse dwangsom, werd verboden hun zomerhuis, in strijd met het bestemmingsplan, ook 's winters te bewonen. De Hoge Raad was van oordeel dat door het volgen van de privaatrechtelijke weg het publiekrechtelijke traject niet op onaanvaardbare wijze werd doorkruist, maar dat dit anders zou zijn indien de Gemeente had beschikt over de bevoegdheid tot het opleggen van een publiekrechtelijke dwangsom, zoals neergelegd in de artikelen 136-137 van de op 1 januari 1994 in werking getreden nieuwe Gemeentewet.³⁴

'Een bestuursorgaan dat bevoegd is bestuursdwang toe te passen, kan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen' (art. 5:32 lid 1 Awb). Naarmate de mogelijkheden tot het opleggen van een publiekrechtelijke dwangsom groter worden, krimpt de ruimte die de overheid heeft om langs civielrechtelijke weg de naleving van haar voorschriften af te dwingen. Die ruimte krimpt, maar verdwijnt niet. De bestuurlijke dwangsom is slechts mogelijk wanneer de overheid bevoegd was, in plaats daarvan, bestuursdwang toe te passen, en op grond van het legaliteits-

26. P. Nicolai, in: *De Awb-mens: boeman of underdog?*, Nijmegen 1996, p. 182.

27. L.J.A. Damen, *Bestaat de Awb-mens?* in: *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer 1993.

28. HR 18 dec. 1992, NJ 1994, 139.

29. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 743.

30. J. van der Hoeven, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle 1970, p. 201 e.v.

31. HR 9 nov. 1973, NJ 1974, 91.

32. HR 18 febr. 1994, NJ 1995, 718 (Kabayel).

33. Zie bijvoorbeeld J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleeft van de staat*, Zwolle 1996, p. 187 e.v.

34. HR 7 okt. 1994, NJ 1995, 719 (Zomerhuis).

beginsel bestaat die bevoegdheid slechts 'indien zij bij of krachtens de wet is toegekend' (art. 5:22 Awb).

Op één punt is de bestuursrechtelijke weg efficiënter dan de civielrechtelijke, waar de rechter eraan te pas moet komen om de dwangsom te bepalen. De bestuursrechtelijke dwangsom wordt vastgesteld door het bestuursorgaan zelf. Moet de introductie van de dwangsom in het bestuursrecht worden aangemerkt als import van een typisch privaatrechtelijk product? We raken hier aan een actuele vraag: is hier sprake van contrabande, of vormen het publiek- en privaatrecht een gemeenschappelijke markt met een vrij verkeer van begrippen en beginselen?

De Maastrichtse school lijkt te kiezen voor het eerste. Zij

*Wie bewaakt de bewakers? Een exclusieve
verantwoording, slechts aan de daartoe
aangewezen politieke organen: parlement,
provinciale staten en gemeenteraad, staat op
gespannen voet met de kern van de
rechtsstaat: de gebondenheid van de overheid
aan wet en recht.*

opent haar manifest 'Eenzijdig of wederkerig' met een strijdvaardig motto:

■ 'Es gibt keine dem öffentlichen und Privatrecht gemeinsamen Rechtsinstitute. Was man so nennt, sind meist einfach privatrechtliche Rechtsinstitute, die man auf diese Weise in das jüngere öffentliche Recht hinüberschmuggeln will.' (Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* 1924, p. 117). ■

De strekking van de dwangsom berust op een gedachte die geenszins is voorbehouden aan het privaatrecht: het inzicht dat de naleving van het recht wordt bevorderd door 'external checks', dat wil zeggen: 'the application of penalties, or the expectation that they will be applied' (Madison).³⁵ In het burgerlijk recht is, naast de dwangsom, het door partijen overeengekomen boetebeding (art. 6:91 BW; het beding van straf of poenaliteit in de terminologie van art. 1340 oud BW) een dergelijke *check*. Op strafrechtelijk terrein heeft de geldboete, in het vooruitzicht gesteld aan snelheidsovertreders, een vergelijkbare functie: aansporing tot naleving van de wet.

Meer nog dan rechtsbegrippen, hebben algemene rechtsbeginselen een grensoverschrijdend karakter. Door die eigenschap kunnen zij een belangrijke rol vervullen bij de bevordering van evenwichtige relaties tussen burgerlijk recht en bestuursrecht. Daarop is vooral gewezen door Bloembergen. Schrijvend over 'de eenheid van privaatrecht en administratief recht' wijst hij de rechtsbeginselen aan als 'bij uitstek de dragende elementen in het rechtssysteem'. Dishar-

monieën, inbreuken op de eenheid, ontstaan wanneer de invloed van een rechtsbeginsel zou zijn uitgeput bij de grens van zijn oorspronkelijk domein, en 'de overheid, in privaatrechtelijk kleeid gehuld, zich kan onttrekken aan de grote beginselen van het bestuursrecht'.³⁶

De Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State erkennen het grensoverschrijdend karakter van rechtsbeginselen.

Ingevolge artikel 6:203 BW is degene die zonder rechtsgrond heeft betaald, gerechtigd tot terugvordering. Dit voorschrift geeft uitdrukking aan een beginsel dat voor het gehele recht geldt. Dit brengt mee dat het ook toegepast dient te worden op betalingen van publiekrechtelijke aard, voor zover uit de wet niet het tegendeel voortvloeit (de Hoge Raad).³⁷

Ook in het bestuursrecht geldt het algemene rechtsbeginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd. Dit rechtsbeginsel is van bestuursrechtelijke aard, wanneer zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen (de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State).³⁸

In deze gevallen ging het om terugvordering door de overheid van, respectievelijk, per vergissing betaalde bijstand en onverschuldigd verleende subsidie.

Het verschil in benadering is subtiel, doch veelzeggend. De Hoge Raad past een bepaling uit het Burgerlijk Wetboek toe op een verhouding van publiekrechtelijke aard, zich daartoe beroepend op 'een beginsel dat voor het gehele recht geldt'. Sprekend over hetzelfde rechtsbeginsel, verklaart de Afdeling dat dit ook geldt in het bestuursrecht. Iedere verwijzing naar het Burgerlijk Wetboek blijft evenwel achterwege.

We stuiten hier op oud zeer: de leer van het gemene recht. Welke rangorde bestaat er tussen het publiek- en het privaatrecht? Paul Scholten daarover:

■ 'Het privaatrecht wijst de algemene gedragsregelen aan, het *gemene* recht is daarvoor de juiste term. In het publiekrecht worden (...) rechtsregels gegeven die dat (gemene) recht terwille van de staatszaak aanvullen en ervan afwijken. (...) Er is een presumptie van onderworpenheid van het staatsorgaan aan het gemene recht' (Algemeen Deel, § 8). ■

Het publiekrecht als afwijking van het privaatrecht. Het kan niet echt verbazen dat deze deviantietheorie in publiekrechtelijke kringen nooit in goede aarde is gevallen. Een tactische blunder is in ieder geval de vereenzelviging van het gemene recht met het privaatrecht. Maar het zou jammer zijn als daardoor de speurtocht naar het 'gemene recht' in diskrediet zou geraken. Bestaat zoiets als 'gemeen recht'? Zijn er rechtsbegrippen en rechtsbeginselen die aan iedere onderscheiding van publiek- en privaatrecht voorafgaan? 'Voorafgaan' niet in historische opzicht, maar opgevat als logische prioriteit.

Tweeduizend jaar geleden werden reeds op ruime schaal koopovereenkomsten gesloten en testamenten gemaakt. Van rechtshandelingen had niemand nog ooit gehoord. Het begrip rechtshandeling (handeling gericht op rechtsgevolg) werd pas in de achttiende eeuw voorwerp van rechtsgeleerdheid en verkreeg in ons land eerst in 1992 een wettelijke status (art. 3:33 BW). Toch gaat het begrip 'rechtshandeling' in logische zin aan de beide andere vooraf, en dat rechtvaardigt zijn plaats in de wet: vóór het testament en vóór de koopovereenkomst.

Ook het bestuursrecht kent thans zijn rechtshandeling. 'Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing

van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling' (art. 1:3 lid 1 Awb). Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandelingen hebben als gemeenschappelijk kenmerk hun gerichtheid op rechtsgevolg. Publiekrechtelijk is de rechtshandeling als zij steunt op een uitdrukkelijk daartoe bij of krachtens de wet geschapen bevoegdheid.³⁹

Is het legaliteitsbeginsel zo niet een te knellende band? De Afdeling vindt van wel. Besluiten tot terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidie zijn gericht op rechtsgevolg, ook indien zij niet zijn gebaseerd op uitdrukkelijk daartoe strekkende wettelijke bevoegdheden. Dat rechtsgevolg wordt, aldus de Afdeling, 'ontleend aan het algemene, ook in het bestuursrecht geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd.' Een gemeenrechtelijk ('ook in het bestuursrecht geldend') beginsel wordt zo door de Afdeling ingezet als tegenwicht voor een ander, bestuursrechtelijk beginsel: de legaliteitseis.

Hier openbaart zich een belangrijke eigenschap van rechtsbeginselen: zij vormen een stelsel van *checks and balances*. Het leerstuk van de privaatrechtelijke rechtshandeling vormt daarvan een treffend bewijs. Het autonomiebeginsel brengt mee dat degene die een rechtshandeling verricht, 'in beginsel' niet gebonden is aan door hem niet gewilde rechtsgevolgen ('vereist is een op rechtsgevolg gerichte wil'; art. 3:33 BW). Het vertrouwensbeginsel biedt evenwel tegenwicht: op het ontbreken van wil kan geen beroep worden gedaan tegen een wederpartij die vertrouwd en mocht vertrouwen dat de tot hem gerichte verklaring overeenstemde met de wil van de ander (art. 3:35 BW). Wanneer onverkorte honorering van het vertrouwen tot onaanvaardbaar resultaat zou leiden, kunnen redelijkheid en billijkheid corrigerend optreden.

Iets dergelijks geldt met betrekking tot publiekrechtelijke rechtshandelingen, zoals een besluit van de overheid tot terugvordering van hetgeen onverschuldigd is betaald. Ook hier wordt tegenwicht geboden door het vertrouwensbeginsel: tegenover een ontvanger die niet wist, en redelijkerwijs ook niet kon weten, dat de betaling zonder rechtsgrond is gedaan, kan niet met succes een beroep worden gedaan op het beginsel van terugbetaling van het onverschuldigd ontvangene.⁴⁰

Hun gemeenrechtelijke status ontlene rechtsbeginselen aan hun 'democratische' afkomst. Zij zijn niet ontworpen op de tekentafel van de wetgevingsjuristen, maar wortelen in de opvattingen van de samenleving omtrent recht en onrecht. Daarin is geen plaats voor subtiliteiten als het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

That great Leviathan, called State

De rechtsgeleerdheid temidden van hogere krijgskunde en theologie; gedreven door zijn analyse van de Engelse burgeroorlogen, ontleende Thomas Hobbes zijn beeld van de staat aan het Oude Testament:

*Het publiekrecht als afwijking van het
privaatrecht. Het kan niet echt verbazen dat
deze deviantietheorie in publiekrechtelijke
kringen nooit in goede aarde is gevallen.*

■ 'That great LEVIATHAN, called STATE, which is but an Artificiall Man; though of greater stature and strength than the Naturall, for whose protection and defence it was intended.' ■

In de beroemde titelprent van de eerste uitgave van het gelijknamige boek (1651), troont de Leviathan hoog boven minuscule huisjes en tuintjes. Deze 'Artificiall Man' is zelf weer opgebouwd uit talloze echte mensjes.

We raken hier verwikkeld in de dialectiek van Heer en Knecht. Zal de Leviathan een verbond met U sluiten? Zult gij hem aannemen tot een eeuwige slaaf? (Job, 40, 23). De overheid is tegelijk heer en knecht. Bestuur is méér dan ingrijpen in vrijheid en vermogen van de burger. Het is in de eerste plaats maatschappelijke dienstverlening. De vormen van 'protection and defence' zijn sedert de dagen van Hobbes uitgebreid: volksgezondheid, werkgelegenheid, milieu.

■ 'Burgers hebben recht op een goed presterende overheid, en dat moet in het recht weerspiegeld worden.' (Scheltema).⁴¹ ■

Een laatste blik in de spiegel van het recht: waar *rechten* aan de horizon verschijnen, worden de betrekkingen onvermijdelijk 'gehorizontaliseerd'. De strijd om het *recht* op bijstand, het *recht* op een bouwvergunning kan alleen maar worden gevoerd in het horizontale vlak. Dit volgt onmiddellijk uit de wet van het eerlijk krijgsbedrijf: *equality of arms*. Dat betekent overigens niet dat overheid en burger met elkaar verkeren op voet van gelijkheid. Hun belangen staan noodzakelijkerwijs op gespannen voet. Wel is het algemeen belang de som van alle particuliere belangen, maar de uitkomst van die som wordt niet bepaald door een louter rekenkundige optelling. Voor de overheid geldt hier: verdeel en heers. Hoeveel economische groei mag worden opgeofferd aan het milieu, en omgekeerd. Op het terrein van de *iustitia distributiva*, de verdelende rechtvaardigheid, moet de overheid haar wetgevende macht in volle omvang ontplooien. Daarin heeft de Maastrichtse school gelijk. □

35. Zie noot 12.

36. WPNR 5372 (1977) p. 5.

37. HR 25 okt. 1991, NJ 1992, 299.

38. Afdeling Bestuursrecht RvS 21 okt. 1996,

AB 1996, 496.

39. Tekst en Commentaar Awb, art. 1:3, aant. 2; Van Buuren.

40. Zie M.W. Scheltema, *Onverschuldigde be-*

taling, Deventer 1997, p. 296.

41. NJB 1996, p. 1358.