

Vechten met de beer?

De strijd om het legaliteitsbeginsel

Mag de overheid ingrijpen in de vrijheid en het vermogen van de burger, zonder te beschikken over een bevoegdheid die steunt op de wet?

Mag de burger een onverschuldigd ontvangen overheidssubsidie in eigen zak steken?

Wie geneigd is beide vragen ontkennend te beantwoorden – en wie is dat niet –, heeft een probleem. Twee respectabele rechtsbeginselen lopen elkaar hinderlijk voor de voeten: het legaliteitsbeginsel en het beginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd.

De Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State heeft onlangs het tweede beginsel gehonoreerd, ten koste van het eerste. Ook wanneer zij niet steunt op een uitdrukkelijk daartoe strekkende wettelijke grondslag, kan de bevoegdheid tot terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidie worden 'ontleend aan het algemene, ook in het bestuursrecht geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd'¹. 'Dit rechtsbeginsel is van bestuursrechtelijke aard, wanneer zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen', aldus de Afdeling. Art. 6:203 van het Burgerlijk Wetboek wordt kennelijk prijsgegeven als wettelijke grondslag.

Met betrekking tot de bevoegdheid om te beslissen op een verzoek om vergoeding van schade, deed de Afdeling iets dergelijks: deze bevoegdheid werd herleid tot het algemeen – ook in het publiekrecht – geldende rechtsbeginsel dat degene die door onrechtmatig handelen schade heeft veroorzaakt, gehouden is tot schadevergoeding.²

Kortmann heeft een helder oordeel over deze ontwikkeling: de beer is los. 'Hoe komt de Afdeling erbij dat rechtsbeginselen bevoegdheden (kunnen) scheppen? (...) Bevoegdheden doen steunen op rechtbeginselen is potentieel even 'gevaarlijk' voor de rechtsstaat als taakstelling beschouwen als bevoegdheidsgrondslag.'³

We zijn hier toeschouwer bij een interessante strijd tussen twee ervaren krijgers uit het publiekrechtelijke kamp: de Nijmeegse rigorist Kortmann tegen de rekkelijke Drupsteen uit Leiden. 'Bijzonder is natuurlijk dat een bevoegdheid wordt gebaseerd op beginselen. Dat kan niet, maar het aardige van het Nederlandse bestuursrecht is dat het toch

gebeurt' (Drupsteen⁴). Inzet van de strijd is de vraag of de bestuursrechter zelf zijn rechtsmacht mag afbakken. De 'Prinzipienreiterei' van de Afdeling is ingegeven door haar wens zo te geraken tot een doelmatige en evenwichtige verdeling van de rechtsmacht tussen de burgerlijke en de bestuursrechter. Kortmann en Drupsteen geven blijk van een sterk uiteenlopende waardering voor deze dressuurproef, maar op één punt zijn zij het eens: bevoegdheden kunnen niet worden gebaseerd op rechtsbeginselen.

Het te hulp roepen van een rechtsbeginsel bij de strijd om de rechtsmacht dateert niet van vandaag of gisteren. Bij een geschil tussen twee Afrikaanse bisschoppen over de vraag, wie van hen bevoegd was te oordelen over de godsvrucht van een bepaalde groep gelovigen, besliste het concilie van Carthago in 348 na Chr. ten gunste van de bisschop die zich beriep op het beginsel: *pacta sunt servanda*.⁵

De bevoegdheid tot terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidie kan, bij gebreke van een wettelijke grondslag, worden gegrond op het – ook in het bestuursrecht geldende – beginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak. Dit oordeel is uiteraard slechts geoorloofd als het legaliteitsbeginsel daartoe ruimte laat. Ingrijpen door de overheid in vrijheid en vermogen van de burger dient te steunen op een grondslag in de wet. De belangrijkste functies van de legaliteitseis zijn het waarborgen van de rechtszekerheid en het garanderen van de democratische legitimatie van het overheidsingrijpen. Burgers kunnen in de wet nalezen dat zij door de overheid in de kraag mogen worden gegrepen als zij hun buurman uit de weg hebben geruimd, en bovendien kunnen zij zo erop vertrouwen dat die bevoegdheid steunt op de instemming van de volksvertegenwoordiging.

De legaliteitseis is echter een rechtsbeginsel en daarmee onderworpen aan de kenmerkende beperkingen van rechtsbeginselen: zij bekleden zelden een monopoliepositie en hun contouren zijn doorgaans allesbehalve scherp. Ingrijpen door de overheid is er in sterk uiteenlopende mate van ingrijpendheid. Naast de fysieke vrijheidsberoving, in geval van een redelijk vermoeden van schuld aan moord of doodslag, staat de beperking van de vrijheid om groente-

1. ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496.

2. ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229.

3. NJB 1997, p. 1327.

4. NJB 1997, p. 1597.

5. Decretalen van Gregorius IX, 1, 35, 1.

afval en gebruikte plastic bekertjes te zamen in één vuilniszak te deponeren. Deze laatste situatie wordt dan ook niet bestreken door art. 15 Grondwet: 'Buiten de gevallen bij of krachtens de wet bepaald mag niemand zijn vrijheid worden ontnomen'.

Komen rechtszekerheid en democratische legitimatie in gevaar als het overheidsoptreden in een bijzonder geval enkel steunt op ongeschreven rechtsbeginselen?

Dat hoeft niet het geval te zijn als de rechter zuinig omgaat met de toelating van rechtsbeginselen. Twee drempels moeten zij overschrijden.

In de eerste plaats moet zeker zijn dat zij behoren tot het ongeschreven *recht*, het recht dat ook zonder publicatie kenbaar is. Ondernemers die na 1 januari 1975 verontreinigd afvalwater lieten weglopen in hun bedrijfsterrein konden, aldus de Hoge Raad⁶, weten dat zij handelden in strijd met een ongeschreven rechtsplicht jegens de overheid.

In de tweede plaats moet hun democratisch gehalte zijn gewaarborgd, ondanks het feit dat rechtsbeginselen niet zijn uitgedroefd door regering en parlement. Daartoe dient te worden nagegaan of zij voldoende stevig zijn geworteld in de opvattingen van de samenleving omtrent recht en onrecht.

'Wat aan een ander toebehoort, moet worden teruggegeven'. Hoewel niet steeds spontaan nageleefd, behoort deze oude gedachte stellig nog tot de in ons land levende rechtsovertuigingen. Burgers zullen, ook zonder raadpleging van de wet, beseffen dat zij onverschuldigd betaalde belasting van de overheid kunnen terugvorderen. Voor het spiegelbeeld geldt hetzelfde: onterecht ontvangen subsidie moet aan de overheid worden terugbetaald.

Kortmann heeft uiteraard gelijk als hij belang blijft hechten aan een 'nauwkeurige (wettelijke) attributie en delegatie van bevoegdheden'. Niets verzet zich ertegen van tijd tot tijd ongeschreven recht te verheffen tot een geschreven status. Dat gebeurt ook regelmatig: voor het verhaal van de saneringskosten van 'historische' bodemverontreinigingen (van na 1 januari 1975 en vóór de inwerkingtreding van de Interimwet bodemsanering) moest de overheid een beroep doen op ongeschreven recht (schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm); thans

beschikt zij daartoe over een wettelijke titel: art. 75 Wet bodembescherming.

Kunnen rechtsbeginselen bevoegdheden scheppen? Zo algemeen gesteld, is het antwoord stellig: ja. Dat geldt zelfs voor de pijlers van ons constitutioneel bestel. De bevoegdheid van de tweede kamer een kabinet tot opstappen te dwingen door een – herhaald – blijk van wantrouwen, berust op een ongeschreven rechtsbeginsel. Maar zelfs als we de vraag toespitsen op de bevoegdheid van de 'uitvoerende' macht om de burgers gebiedend en verbiedend tegemoet te treden, luidt het antwoord niet zonder meer: nee. Van de overheid wordt méér verwacht dan dat zij de wet uitvoert. Scheltema verbindt daaraan drastische consequenties. Hij schrijft onder de apocalyptische aanhef: 'Het einde van het legaliteitsbeginsel?':

'Burgers hebben recht op een goed presterende overheid, en dat moet in het recht weerspiegeld worden. De legaliteitseis brengt dat onvoldoende tot uitdrukking, en staat daar gedeeltelijk ook aan in de weg.'⁷

Ook dit is een ongeschreven wet: geen prestatie zonder competentie. Zonder de bevoegdheid om met betrekking tot de volksgezondheid en het milieu gebiedend en verbiedend op te treden, valt door de overheid op die terreinen niets te presteren. Het is dan ook alleszins te begrijpen dat de overheid steun zoekt bij het beginsel 'de vervuiler betaalt' en, als aanloop naar een wettelijke regeling, een beroep doet op ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Dat is misschien 'illegaal', maar in ieder geval niet illegitiem. Hetzelfde is het geval als de overheid, met voorbijgaan aan art. 6:203 BW, het besluit tot terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidie baseert op een 'ook in het publiekrecht geldend rechtsbeginsel'.

Kortom: de beer die, volgens Kortmann, de Afdeling bestuursrechtspraak heeft laten ontsnappen, en die thans knaagt aan de wortels van de rechtsstaat, valt nog wel te temmen.

JHN

6. HR. 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Staat/ Van Wijngaarden). 7. NJB 1996, p. 1358.