

DE MAASTRICHTSE SCHOOL

Dimensies van (de beoefening van) het bestuursrecht

M.A. HELDEWEG

In deze bijdrage wil ik, mede ter nadere inleiding van deze bundel, trachten de plaats te markeren van de 'Maastrichtse school' in het bestuursrechtelijk discours. Het grootste deel van de bijdrage zal gewijd zijn aan een (toch) beknopte bloemlezing van de reacties die de producties vanuit deze school daarbuiten hebben losgemaakt. Die bloemlezing vormt zogezegd de *externe dimensie* van de Maastrichtse school. Daarnaast plaats ik een *interne dimensie*; de ervaring vanuit de Maastrichtse school zelf. Dit deelnemersperspectief is onmiskenbaar subjectief geladen, maar werpt misschien juist daarom wel een beter licht op zin en onzin van de term 'school'.

Mijn eigen bijdrage aan deze beschrijving beperkt zich vooreerst tot de selectie van wetenswaardigheden. Geen nieuwe Maastrichtse theorie derhalve, doch hooguit het accentueren van bepaalde stellingen en, aan het slot van dit opstel een beknopte reflectie op de ('spectraal' te onderscheiden) *objectieve en subjectieve dimensie* van het bestuursrecht.

Dimensies van de 'Maastrichtse school'

Wat is dat, die 'Maastrichtse school'; bestaat er eigenlijk wel zoiets? Mijn diplomatieke antwoord luidt: ja èn nee. De 'Maastrichtse school' bestaat omdat de bestuursrechtelijke literatuur aangeeft dat zij bestaat! Dat is de externe dimensie van de Maastrichtse school (vanaf nu maar zonder aanhalingstekens). Er wordt, zoals ik aanstonds nog zal illustreren, concreet en uitdrukkelijk verwezen naar personen uit en standpunten van de Maastrichtse school. Sommigen van de onderzoekers die tot de 'harde kern' van deze school werden gerekend¹, waren echter zelf nogal verrast over wat zij geacht werden aan overtuigingen uit te dragen en over de aan (de toonzetting daarvan) verbonden kwalificaties.² Dat is de interne dimensie van de Maastrichtse school.

Over beide dimensies wil ik hier een en ander opmerken, opdat de lezer van deze bundel wat achtergrond heeft bij de verschillende bijdragen. Meer in het algemeen ook omdat de Maastrichtse school inmiddels een markante positie inneemt in bestuursrechtelijk Nederland.

Wat vooraf ging; de voorgeschiedenis

Pas toen de werkzaamheden vanuit een Maastrichtse onderzoeksgroep van buitenaf als Limburgse of Maastrichtse visie werd geduid, begonnen ook de deelnemers aan die groep zich daarvan rekenschap te geven. Intern en informeel staat mij de enigszins afwijzende reactie het meest voor ogen. Het ging toch om de boodschap en niet om de boodschapper? Daarbij was er intern toch net even teveel verschil van opvatting om de noemer 'school' met enig scepsis te bejegenen.³ Echter, naar het externe forum van de vakgenoten toe, ontwikkelde de kwalificatie zich gaandeweg welhaast tot 'geuzennaam': inhoudelijk werd het debat waarin 'de Maastrichtsen' als school werden aangesproken, nog wat scherper aangegaan. Ook omdat de aanduiding ook werd gebruikt als een weigering om het debat werkelijk aan te gaan – het gaat immers enkel om dat groepje 'down under'! Zoiets behoort ook te prikkelen en dat was, zeker in de periode na het verschijnen van de voor de externe positionering van de onderzoeksgroep bepalende bundel '*Eenzijdig en wederkerig?*, *Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*'⁴, ook zeker het geval.⁵

Zo lijkt de aanduiding Maastrichtse school te verwijzen naar een bepaalde plaats en een bepaalde groep, maar dat laatste is toch niet geheel correct. Allereerst werd eerder, wel vanuit Maastricht, vakinhoudelijk reeds

¹ Bijvoorbeeld N. Verheij, *Een eigen recht(er), recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter*, in: A.Q.C. de Moor-Van Vugt, J.L. de Wijkerslooth en N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn*, VAR reeks 122, p. 58, noot 140; hij rekent tot de harde kern: A.Q.C. Tak, J.M.H.F. Teunissen, H.J. Simon, M.A. Heldeweg, H. Koning, R.J.N. Schlössels, R.J.G.H. Seerden en E.C.H.J. van der Linden, alsmede G.E. van Maanen, W.J.J. Beurskens en H. Nijholt.

² Vgl. Verheij, *VAR-pleadvies*, a.w., p. 58, noot 141, alsmede noot 162; alsook Bierbooms (zie noot 9).

³ F.J. van Ommeren, *Op weg naar een publiekrechtelijk vermogensrecht*, NTBR 1998/4, p. 115-123, i.h.b. p. 119-120, onderkent deze nadelen uitdrukkelijk.

⁴ E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (reds.), Den Haag 1995. Met bijdragen van: W.J.J. Beurskens, M.A. Heldeweg, J.C. Hes, E.C.H.J. van der Linden, M.M.J. van der Meulen, R.J.N. Schlössels, R.J.G.H. Seerden, H.J. Simon, A.Q.C. Tak en J.M.H.F. Teunissen

⁵ Vergelijk ook, later, de reacties op M. Scheltema's bespiegeling onder de titel '*Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht?*' NJB 1996/33, p. 1355-1361: Michiel Heldeweg en Eveline van der Linden, *Een volwaardig bestuursrechtelijk debat. Of: rechtsbescherming tegen de burger als juridisch tekort?*, NJB'96/43, p. 1818-1820 (met naschrift van M. Scheltema, p. 1820); A.Q.C. Tak, *Een volwaardig bestuursrecht; in discussie met Scheltema*, NTB 1996/9, p. 299-303.

door enkelingen een Maastrichtse lijn neergezet. Zo ligt de aanleiding tot deze bundel in het bijzonder bij een tweetal artikelen, van de hand van A.Q.C. Tak, die thematisch als een beginpunt voor de Maastrichtse school kunnen worden gezien. Ik doel allereerst op zijn *'Terugtocht van twee wegen'* in het NTB van 1989,⁶ alwaar in tegenstelling zelfs tot zijn eerdere monografie over publiekrecht en privaatrecht,⁷ juist de dichotomie tussen beide rechtssferen en de exclusiviteit van het publiekrecht als uitgangspunt werd neergezet. Kort daarop, in het begin van 1990, volgde zijn *'Het moment X'*⁸ waarin – kortgezegd – de scheidslijn tussen het recours objectief en het recours subjectief scherp en in zijn ultieme consequenties werd neergezet. Ik noem voorts twee publicaties waarin respectievelijk Tak en Teunissen en Simon en Tak uitdrukkelijk positie innamen: *'Recht ist was der Umwelt nützt'* (een kritische beschouwing over de gevaren van zeer open geredigeerde, kortom *algemene* zorgplichtbepalingen, onder het motto: 'Mag de wetgever alles?')⁹ en *'Het BW als 'zwart gat, De onttakeling van het publiekrecht door de gemene rechtsleer'* (een waarschuwing voor het transponeren van burgerrechtelijke normen op publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen).¹⁰

In de aanloop tot het verschijnen van deze artikelen was een voorloper van de onderzoeksgroep achter 'Eenzijdig en wederkerig?' reeds werkzaam, te weten PIN (Publiekrecht in Nederland), maar de inzet daarvan was anders. Het oogmerk was, ik spreek nu over de periode 1987-1990, om te komen tot een analyse en beschrijving van het publiekrecht in een reeks van boekwerken, volgens een 'Maastrichtse' aanpak. Dat wil zeggen met bijdragen dwars door de juridische subdisciplines heen. In de Inleiding tot de in 1990 verschenen bundel *'Publiekrechtelijke bewegingen'*¹¹ blijkt dat de wens tot vakgrensoverschrijding aanleiding is geweest om het project om te dopen tot Integratie van Publiekrecht In Nederland (IPIN). Publiekrecht wordt gezien als 'al het recht inzake het overheidsingrijpen in de maatschappij'. Daarmee valt wel te begrijpen dat IPIN als onderzoeksgroep bestond uit leden uit *alle* vakgroepen van de Maastrichtse faculteit. De bundel zelf is bedoeld als een eerste getuigenis van de speurtocht naar eenheid en verscheidenheid in het publiekrecht en verschijnt eerst na een lange aanloop. De Maastrichtse rechtenfaculteit is nog in opbouw en het enthousiasme over de thematische doelstelling - een omvattende reeks boekwerken over het Publiekrecht in Nederland - komt, mede door de onderzoeksprogrammering volgens 'Voorwaardelijke Financiering', onder druk te staan. Zo valt in voornoemde Inleiding te lezen dat de programmeringscriteria van weinig begrip getuigen voor enerzijds de rol van personele toevalligheden in bestaande onderzoeksformaties en anderzijds voor de bij *echt* onderzoek noodzakelijk meer procesmatige planning.

Onder dit gesternte bleek de bestaande onderzoeksgroep uiteindelijk te groot en te divers. Sommigen zochten slechts het debat, dwars door de subdisciplinegrenzen heen, vrij van productiedwang, met de boekwerken als een wat vager ideaal. Anderen zagen juist die beoogde werken als opzichzelfstaand doel. Ook kristalliseerde zich enkele inhoudelijke verschillen uit; een zekere scheiding der geesten tussen wat ik nu maar de 'constructivisten' en dan natuurlijk de 'deconstructivisten' noem: zij die zochten naar een samenhangende analyse van theoretische concepten als normatieve basis voor het staats- en bestuursrecht en zij die juist de kritiek op dergelijke concepten als belangrijkste wetenschappelijke taak zagen. Deze tweedeling vertoonde enige overlap met die tussen de meer op legitimatie van de overheid en bijgevolg op bevoegdheden gerichte beoefenaren van het publiekrecht en de beoefenaren die veeleer redeneerden vanuit de burger beschermende beginselen en die bijgevolg meer in termen van 'rights' dachten. In de context van toenemende programmeringsdruk, bleek deze verscheidenheid te groot.

Een spontane schifting volgde, waarbij sommige deelprojecten (zoals bevoegdheidsgrondslagen) wel vitaal bleken, terwijl andere deelprojecten ter ziele gingen. Er werden enkele interne herschikkingen uitgevoerd om het project meer compactheid te geven. Uiteindelijk wendde een groot aantal deelnemers zich, mede onder de druk van de onderzoeksprogrammering, tot andere, kleinere en doorgaans ook vakmatig meer herkenbare onderzoeksprojecten. Daardoor resteerde er een kleine groep medewerkers, van het oorspronkelijke deelproject 'Bevoegdheidsgrondslagen', die de oorspronkelijke wens van een niet door productiedwang gehinderd open debat hoog hield. Welhaast van de weeromstuit onttrokken deze resterende deelnemers zich, wat hun gezamenlijke werkzaamheden betrof, aan de oprukkende labeling van fte's aan onderzoekstijd. Misschien zit

⁶ NTB 1989/9-10, p. 297-314.

⁷ *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn 1978.

⁸ TvO 1990, p. 134-138.

⁹ NJB 1994/18, p. 605-616, met (zeer) kritische reacties van C. Lambers, Jonathan Verschuuren en Gerrit van der Veen en een naschrift van Tak en Teunissen, NJB 1994/29, p. 1006-1010, alsmede in *Recht en kritiek* 1994/4, p. 340-354, onder de titel: *Wie zorgt er voor de rechtsstaat? Een voortgezet debat*. Vergelijk ook de (felle) kritiek van Bierbooms, *Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid*, diss. EUR, Deventer 1997, op de (toonsetting van de) 'Limburgse school': *'Ronduit kwalijk is de wijze waarop zij de meningen (...) durven te vergelijken met opvattingen die ten grondslag liggen aan totalitaire staten (...).'*

¹⁰ NTB 1994, p. 173-180; vergelijk ook Simons NJB-reactie: *'De overwinning van het privaatrecht'*, NJB 1994/31, p. 1076-1078 (met naschrift van Frenk en Rodrigues).

¹¹ A.W. Heringa, N. Verheij (reds.) *Publiekrechtelijke bewegingen*, Deventer 1990, met bijdragen van F.M.P. van Dun, N.H.M. Roos, A.W. Heringa, N. Verheij, F.A.M. Stroink, E. Steyger, G.P.M.F. Mols, J.M.H.F. Teunissen, R.E. Bakker, A.Q.C. Tak, M.A. Heldeweg en R.E.C.M. Niessen.

daar wel mede een kiem van de wat ‘rebelse’ toonzetting waarmee de Maastrichtse school wordt geïdentificeerd.¹²

Hoewel het accent lag bij het interne debat, resulteerde samenwerking in de resterende groep aan het begin van de jaren negentig in enkele co-producties. Zo verscheen in het NTB van 1991 een artikel in reactie op het Leidraad-arrest.¹³ Daarin ging de aandacht vooral uit naar de vraag onder welke condities de uitoefening van bestuursbevoegdheden resulteert in Recht in de zin van art. 99 RO en of het moment niet daar is voor een redenering vanuit een perspectief van ‘subjectief publiekrecht’. In 1993 verscheen in *Regelmaat* een kritische analyse van de voorstellen van de Commissie algemene regels van bestuursrecht voor titel 4.3 van de Awb (Beleidsregels): *Beleidsregels: gebruiksaanwijzing van bestuursbevoegdheid*.¹⁴ De geformuleerde kritiek op de voorstellen was deels begripsmatig van aard (beleidsregels zijn geen Awb-besluiten en de introductie van beleidsregel-besluiten leidt tot vele nieuwe kwalificatieproblemen) en deels beginselmatisch (niet de individuele rechtsbedeling maar het beleid wordt nu de norm). De schrijvers presenteerden een alternatieve regeling waarbij aan de codificatie van beginselen (m.n. rechtszekerheid) een sleutelrol wordt toebedeeld. Min of meer aansluitend volgden nog kritische beschouwingen van individuele leden van de onderzoeksgroep, te weten van Bakker en Heldeweg.¹⁵

Gaandeweg ontstond rond het thema grondslagen en beginselen van publiekrecht een harde kern van deelnemers die, ‘bottom-up’ (in plaats van het in de onderzoeksprogrammering vaak zo nutteloze en verderfelijke ‘top-down-model’), besloten zich te committeren aan een project van langere adem dat moest uitmonden in een boek met bijdragen over de ‘wederkerige rechtsbetrekking’. Zoals ook in het Voorwoord tot *Eenzijdig en wederkerig?* wordt aangegeven, werd ruim anderhalf jaar uitvoerig van gedachten gewisseld over de gekozen thematiek – eerst in oriënterende gesprekken en daarna op basis van concept-bijdragen. Het Voorwoord verwijst ook naar de inkadering van het project in het (inmiddels alweer hernoemde) onderzoeksprogramma Grondslagen en Integratie van Publiekrecht in Nederland, (de afkorting GIPN sloeg nimmer aan!). Die verwijzing was ingegeven door het besef dat programmeringsdwang inmiddels de bestuurders op instellings- en facultair niveau zo krachtig in de greep had, dat aan verantwoording van de toch intensieve onderzoeksinspanning niet meer viel te ontkomen. Kort na het verschijnen van *Eenzijdig en wederkerig?* hernoemde de onderzoeksgroep zich tot Grondslagen en Beginselen van Publiekrecht in de wandelgangen ook wel GBP.¹⁶

Wat volgde: de externe dimensie

Het verschijnen van *Eenzijdig en wederkerig?* heeft waarschijnlijk definitief de Maastrichtse school gevestigd. Ik schreef al dat de externe labeling vooraf ging aan de interne en juist daarom is een kleine bloemlezing van reacties zo illustratief. Ik doe daarbij een wat subjectief gekleurde greep uit de reacties, waarbij ik hoop dat ik niemand (ernstig) tekort doe. Ik treed niet in discussie en zal, in mijn poging duidelijk te maken hoe de Maastrichtse school ‘op de kaart kwam te staan’, de onderscheiden posities inhoudelijk beknopt over het voetlicht proberen te brengen. Daar waar ‘het vuur in de discussie wat heviger oplaaide’ of kan worden gesproken van een ‘ongoing debate’ (in de breedte van de thematiek van de Maastrichtse onderzoeksgroep) zal de bespreking uiteraard wat meer ruimte vragen.

De Haan, Drupsteen, Fernhout, De Haan.

In de vierde druk van De Haan/Drupsteen/Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*¹⁷ kan men lezen: ‘*Principiële tegenstanders van een benadering van het bestuursrecht vanuit de wederkerige rechtsbetrekking betonen zich de auteurs van de al herhaaldelijk geciteerde Maastrichtse bundel ‘Eenzijdig en wederkerig’.* (Ongelukkigerwijs is het uiterst cruciale vraagteken in de titel weggevalen, mah.) *In een aantal bijdragen analyseren zij de zwakke kanten van dit concept (...), geven zij een genuanceerd beeld van de achtergrond ervan in Nederlandse en Duitstalige literatuur (...) en vergelijken zij in het verlengde hiervan*

¹² Al schrijvend drong een parallel met de Galliërs uit het dorpje van Asterix en Obelix zich op: ‘*Zo’n 2000 jaar geleden was heel Gallië (...) bezet door soldaten van Caesar (...). Héél Gallië? Nee, een kleine nederzetting bleef moedig weerstand bieden aan de overveldigers en maakte het leven van de Romeinen in de omringende legerplaatsen bepaald niet gemakkelijk...*’

¹³ Rob Bakker, Rosery Cobben, Michiel Heldeweg, Bernd van der Meulen, Elies Steyger en Twan Tak: *Bestuursbevoegdheid als bron van recht?*, NTB’91, p. 191 e.v.

¹⁴ RegelMaat’93/2, p. 54-60; geschreven door de ‘sectie bestuursrecht vakgroep Publiekrecht RL’, waarbij het feitelijk ging om R.E. Bakker, J.M.E. Derks, M.A. Heldeweg, B.M.J. van der Meulen, E. Ramakers, H.J. Simon en A.Q.C. Tak – de sectie presenteerde zich als een onderzoeksgroep van IPIN. Het feit dat N.Verheij inmiddels mede de hand had in de gedane voorstellen had hoegenaamd geen invloed op de stellingname van zijn oude Maastrichtse collega’s; hoezeer hij dat soms ook betreunde!

¹⁵ R.E. Bakker, *Beleidsregels: ‘even the British do it better’*, NJB 1992/33, p. 1065-1067, met een reactie van N.Verheij, *Beleidsregels: een goede zaak*, NJB 1992/42, p. 1427; M.A. Heldeweg, *Beleidsregels: naar een nieuwe catechismus voor ‘ambtelijke bijbels’?*, *Een analyse van de voorstellen inzake beleidsregels in het wetsvoorstel derde tranche Awb*, NTB’95/4, p. 81-93.

¹⁶ Vergelijk het Voorwoord in de meer recente Maastrichtse bundel: E.C.H.J. van der Linden, R.J.N. Schlössels en R.J.G.H. Seerden (reds.), *Spectraal recht?, De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit.*, Den Haag 1998 – met bijdragen van A.Q.C. Tak, R.J.G.H. Seerden, M.A. Heldeweg, R.J.N. Schlössels, E.C.H.J. van der Linden, H. Nijholt, H.J. Simon, H. Koning en A.R. Neerhof.

¹⁷ Deventer 1996.

uitvoerig de gedachte van een publiekrechtelijke verbintenis met zijn privaatrechtelijke pendant (...). Hoewel de kritische toon van de bundel ons aanspreekt, is de benadering in het algemeen naar onze mening te dogmatisch en te zeer analyserend. Daardoor blijft er weinig anders over dan vast te houden aan het klassieke beeld van de overheid die (...) in een verticale verhouding ten opzichte van burgers hun rechtspositie vaststelt. Aan een meer constructieve poging tot inpassing van nieuwere, horizontale bestuursverhoudingen in de dogmatiek van het bestuursrecht komen de auteurs op deze wijze nauwelijks toe.' Vanuit de stelling dat de overheid verantwoordelijk is voor de behartiging van het algemeen belang komen De Haan c.s. zelf – toch - tot de volgende stellingname: *'Ter behartiging van het algemeen belang is zij (de overheid, mah) bevoegd met gezag éézijdig de rechtstoestand van de burger vast te stellen en zo nodig met genormeerde overheidsmacht af te dwingen en te handhaven. Achter alle vormen van horizontaal bestuur kan dit kenmerk van het bestuursrecht wel eens naar de achtergrond worden gedrongen; dit neemt niet weg dat het van wezenlijk belang blijft. Juist om deze reden constateren de Maastrichtse auteurs terecht dat op gemakkelijke parallellen met van oorsprong privaatrechtelijke figuren doorgaans veel valt af te dingen.'*¹⁸

In het kader van de behandeling van de tweewegenleer verwijzen De Haan c.s. naar de kritiek op de doorkruisingsleer, met als kern dat het privaatrecht (c.q. het BW) geen zelfstandige bevoegdheidsgrondslag voor overheidsoptreden kan vormen. *'Het meest pregnant is deze kritiek onder woorden gebracht door A.Q.C. Tak en zijn medewerkers van de Limburgse vakgroep (...) Ook wij hebben sinds jaar en dag pleidooien gehouden voor de inkadering van privaatrechtelijke beleidsinstrumenten in publiekrechtelijke wetgeving. Daarbij uitgaande van de gedachte dat toepassing van abbb of doorkruisingsleer op zich niet geheel toereikend is om het probleem van de tweewegenleer bevredigend op te lossen. Autonomie van partijen in het privaatrecht is nu eenmaal iets wezenlijk anders dan de beleidsvrijheid die de overheid binnen het kader van wettelijke bevoegdheden is gegund.'*¹⁹ Gedeelde scepsis leidt echter niet noodzakelijkerwijs tot gelijke oplossingen. Zo blijkt ook wat later in de tijd, namelijk in 1998, in de vierde druk van het tweede deel van *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*²⁰: *'Op de tweewegenleer(...) is felle kritiek geleverd door wat men kan noemen de Limburgse school die een scherpe scheiding tussen publiek- en privaatrecht voorstaat. Hoewel wij deze kritiek iets te weinig genuanceerd vinden, delen we wel de mening dat met de toepassing ervan niet kan worden volstaan (...). In plaats van de tweewegenleer bepleiten wij dan ook een tweegrondslagenleer, welke inhoudt dat privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten niet alleen grondslag moeten vinden in het privaatrecht, doch evenzeer in een publiekrechtelijke regeling die de totstandkoming en inhoud ervan nader bepaalt.'*

Deze idee komt ook naar voren in De Haans bespreking van Taks monografie, *De overheid in het burgerlijk recht*.²¹ Kernpunt van kritiek is dat Tak, met zijn *'opus magnum uit de Limburgse school.'* (gelijk Lubach)²² *'...niet de door de BW-wetgever aanvaarde combinatietheorie (aanhangen), doch de ook door Bloembergen verworpen absorptietheorie.'* Volgens De Haan bepleit Lubach absorptie van publiekrechtelijke normen in burgerrechtelijke normen, terwijl Tak juist de absorptie van regels uit het BW in het publiekrecht beoogt. De Haan stelt daar tegenover: *'Het idee dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de toepassing op privaatrechtelijke bestuurshandelingen zouden moeten worden gezien als een bijzondere uitwerking of inkleuring van burgerrechtelijke normen als redelijkheid en billijkheid dan wel maatschappelijke zorgvuldigheid is inmiddels al lang achterhaald. Toch deelt De Haan met, zoals hij het stelt, 'Tak en de zijnen' de vrees voor 'de ongeclausuleerde toekenning van privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid aan publiekrechtelijke lichamen...'*²³ Maar over de intoming van de bron van die vrees bestaat verschil van mening: *'Tak en in zijn voetspoor ook de door hem geleide Limburgse school willen in feite niet weten van privaatrechtelijk gegeven bevoegdheden voor de overheid. (...) In zijn eerste reactie op het arrest (Windmill, mah) zette Tak meteen al een vraagteken bij het a priori van het arrest, dat de overheid in beginsel gebruik mag maken van haar krachtens privaatrecht toekomstige bevoegdheden voor de behartiging van publieke belangen.'* Met Bloembergen²⁴ neemt De Haan afstand van de 'Limburgse gedachte' dat het BW bevoegdheden voor alle natuurlijke en rechtspersonen veronderstelt, maar niet voor de uitoefening van overheidsgezag: *'Wel degelijk kan de overheid gebruik maken van het privaatrecht maar niet dan nadat daar een publiekrechtelijk besluit aan vooraf is gegaan (...) strekkende ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling'.* Hier openbaart

¹⁸ A.w., p. 35-36.

¹⁹ Ibidem, p. 446, met verwijzingen naar o.a. de eerder aangehaalde artikelen van Simon en Tak en van Teunissen en Tak.

²⁰ Deventer 1998, i.h.b. § II.26 (p. 141 e.v.).

²¹ A.Q.C. Tak, Den Haag 1998. P. de Haan, NTB 1998/4, p. 94-99 met verwijzing naar (eveneens van zijn hand): *Wetmatigheid van bestuur: eis of beginsel?, Opnieuw een vijftal proefschriften over de verhouding publiek-/privaatrecht*, Bouwrecht 1998, p. 631-644; en *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht*, preadvies voor de Christen Juristen Vereniging, Den Haag 1998. De Haan is auteur van Hfst. II *Privaatrechtelijke en feitelijke bestuurshandelingen* uit BSR II, al delen de drie auteurs daarbij toch de eindverantwoordelijkheid.

²² Vergelijk Lubachs, nog nader te noemen kronieken *Bestuur en privaatrecht* in het NTB.

²³ A.w., p. 95-96.

²⁴ Zie De Haans verwijzing, op p. 97, naar A.R. Bloembergen: *Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel*, WPNR 1992, nr. 6074, p. 950 e.v. en diens boekbespreking van hetzelfde boek van Tak in RM Themis 1998/2, p. 49-52. Ik kan niet naar alles verwijzen, maar uit laatstgenoemde bespreking citeer ik nog (p. 49): *'Tak staat niet alleen; hij is een van de voormannen van de Maastrichtse school. Wie de geschriften van Van Maanen, Simon en Teunissen heeft gelezen, weet dat zij niet ver af staan van Tak's gedachtegoed. (...) Kortom, een nieuw rechtstheoretisch klimaat breekt door aan onze jongste universiteit (...).'*

zich voornoemde tweegrondslagenleer: art. 8:3 Awb moet worden geschrapt in plaats van *'de door Tak als een betere oplossing aangedragen scheiding tussen controle en rechtspraak (...) (waarbij) de verweermogelijkheden tegen een besluit (...) (worden opgesplitst) in een bestuursrechtelijke controle door de Raad van State (...) en een individuele rechtsbescherming door de administratieve rechter(...)*.²⁵ Volgens De Haan moet onderscheid worden gemaakt tussen ordenings- en verzorgingstaken van de overheid, waarbij enkel voor de eerste categorie de eis geldt van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag. Verzorgingstaken zijn echter niet exclusief het domein van de overheid; sterker, hier geldt het primaat van het particulier initiatief tot taakvervulling vanuit de samenleving: *'Maar aanvullend daarop kan de overheid dat ook, want juist daartoe is haar de rechtspersoonlijkheid gegeven. Zij doet zulks dan op voet van gelijkheid met de burger en is ook gelijkelijk aan het privaatrecht gebonden, al zal zij zich hierbij eveneens moeten houden aan geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht (art. 3:14 BW) Het zou met andere woorden niet best zijn, als de overheid – zoals de Limburgse school wil – geen gebruik zou mogen maken van het privaatrecht als zodanig*.²⁶

Op uitnodiging van De Haan heeft Tak op de kritiek gereageerd.²⁷ Kortgezegd stelt hij vast wel degelijk ook de osmose van publiek- en privaatrecht af te wijzen (en te kiezen voor de vervlechting, ergo voor een combinatietheorie),²⁸ en eveneens uit te gaan van een tweegrondslagenleer (publiekrechtelijk vanuit de overheid en privaatrechtelijk vanuit de burger). Voorts heeft ook hij reeds in de ontwerpfase gepleit voor schrapping van (het latere) art. 8:3 Awb (en van art. 8:1 Awb en van het adjectief 'publiekrechtelijk' in art. 1:3, lid 1 Awb) Tenslotte relateert Tak de betekenis van het legaliteitsbeginsel.²⁹

Van Wijk, Konijnenbelt, Van Male

In de tiende druk van Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, Hoofdstukken van Administratief recht³⁰ las ik: *'De Maastrichtse school, aangevoerd door A.Q.C.Tak, vindt de gemengde rechtsleer een gruwel van beginselloosheid; daartegenover heeft men de leer van de invullende rechtsleer geponeerd. Tak c.s. gaan uit van de principiële tegenstelling tussen gemeenschapsverhoudingen, waarbinnen bestuursinstanties gezag uitoefenen over leden of onderdanen, en maatschapsverhoudingen, verhoudingen tussen rechtens gelijke rechtssubjecten. Binnen de publiekrechtelijke gemeenschappen als de staat, gemeenten enz. geldt dan als principieel uitgangspunt: 'bij de overheid is slechts sprake van bevoegdheid voorzover die uit de volkswil [...] positief en met voldoende zekerheid voor de burger blijkt..., ...handelt de overheid altijd "als overheid", dus publiekrechtelijk. Derhalve zijn op iedere activiteit van de overheid altijd de regels van het publiekrecht van toepassing: de regels inzake bevoegdheid, ..., het democratieprincipe...'*³¹ (...) *Het principiële verschil (tussen de gemengde rechtsleer en de invullende rechtsleer, mah) zit echter in de bevoegdheidsvraag: het privaatrechtelijk uitgangspunt dat eigenaarsbevoegdheid en contractsvrijheid worden voorondersteld maar dat ze door rechtsregels en –beginselen kunnen worden ingeperkt, wijst de Maastrichtse school radicaal af zodra het om overheidshandelen gaat*.³²

Nadat vervolgens de balans van de tweewegenleer is opgemaakt heet het: *'Wanneer men zich de opvatting van de Maastrichtse school over de verhouding publiek- en privaatrecht herinnert (...) dan wekt het geen verwondering dat in deze visie de tweewegenleer met kracht van de hand wordt gewezen (...)*, en aansluitend verwijzend naar de kritiek van Teunissen: *'(hij) noemt het aanvaarden van privaatrechtelijk optreden van overheidsrechtspersonen ter behartiging van aan bestuursorganen toegekende bevoegdheden zelfs een 'logische contradictie'. Wie in dit verband alleen digitaal denken toelaatbaar acht, kan inderdaad tot geen andere conclusie komen*.³³

'De functionalistische school(?)'

Je bent natuurlijk pas echt een school als je ook 'tegenvoeters' hebt. De eer daarin te voorzien komt toe aan de 'Groningers', die in de bundel *'In wederkerigheid, Opstellen voor Prof. mr. M. Scheltema'*³⁴ een eigen school postuleerden. Bröring spreekt van de 'Functionalistische school' als tegenhanger³⁵: *'Er is meer wat ons intrigeert. Is er gelet op de praktijkgerichtheid (van het wetenschappelijk werk in de vakgroep Bestuursrecht en bestuurskunde ten tijde van Scheltema's hoogleraarschap, mah) in de loop der tijd zoiets als een Scheltema-*

²⁵ A.w., p. 98 (Tak, a.w., p. 174 e.v.).

²⁶ Ibidem. Vgl. hierover D.A. Lubach, *Kroniek Bestuur en privaatrecht*, NTB 1999/1, p. 11-13, i.h.b. p. 12, waarin hij signaleert dat De Haan niet wil weten van osmose op het grensvlak publiek-/privaatrecht (geen absorptie, mah).

²⁷ A.Q.C. Tak, *De nieuwe 'De Haan'*, NTB 1999/2, p. 19-27 (citaat op p. 24).

²⁸ In zijn *Overheid en burgerlijk wetboek, Naar een invullende rechtsleer*, R&K 1993/13, p. 174-190, i.h.b. p. 189, lijkt dat anders. De term absorptie slaat daar echter op de eenheid van normen in de publiekrechtelijke sfeer, niet op de vermenging publiek- privaatrecht.

²⁹ A.w., p. 24-27. Notabene, ten tijde van de finale correctie van deze tekst verscheen van Taks hand nog *'Verhoogde rechtsbescherming?'*, NJB 1999/35, p. 1679-1682, alwaar de administratieve rechtsbescherming wordt getackeld conform zijn tweegrondslagen-benadering.

³⁰ Den Haag 1997.

³¹ A.w., p. 444, met verwijzingen naar A.Q.C. Tak, *Overheid en Burgerlijk Wetboek, Naar een invullende rechtsleer*, a.w, p. 174.

³² Ibidem. Vervolgd wordt met een verwijzing naar de specifieke plaats die Simon inneemt binnen de Maastrichtse school.

³³ Ibidem, p. 450-451.

³⁴ M. Herweijer, K.F. Schuiling, H.B. Winter (reds.), Deventer 1997.

³⁵ H.E. Bröring, *'De school van Scheltema: het functionalisme in de rechtswetenschap*, a.w., p. 25-34.

school ontstaan? (...) Veronderstelt kan worden dat de (...) vraag in bevestigende zin moet worden beantwoord. Een aanwijzing hiervoor is dat de relativering door Scheltema van het legaliteitsbeginsel (...)³⁶ in het Zuiden des lands grote commotie heeft teweeggebracht (...)³⁷, maar in het Noorden met grote instemming is begroet³⁸ 'Durft men er in mee te gaan, dan zou het functionalisme van Scheltema – en van de school rond Scheltema – een adequate aanduiding kunnen zijn. (...): het recht als een bouwwerk afgestemd op zijn doel (met de rechtsstatelijke beginselen als het fundament); het recht als een integraal systeem (zowel van het algemeen deel als van de bijzondere delen van het staats-, bestuurs, privaat- en strafrecht). Het recht is in deze optiek geen kwestie van formalisme maar van een bepaalde doelgerichtheid, waarbij de nagestreefde doeleinden niet zo zeer beleidsmatig als wel fundamenteel-juridisch van aard zijn.³⁹ (...) Het functionalisme van Scheltema heeft slechts zijdelings met pragmatisme van doen. In plaats van pragmatisme gaat het veeleer om het ideaal van het recht als een hecht en derhalve fraai bouwwerk, dat juist daarom zijn functies optimaal vervult. Functionaliteit, alsmede theorievorming en systematiek, in het belang van de consistentie van het recht – in laatste instantie ook de esthetiek van het recht – lijken voor Scheltema hand in hand te gaan, met de beginselen van gelijkheid in behandeling, rechtszekerheid, dienende overheid en democratie als rode draad.⁴⁰

Nu de Functionalistische school in grote trekken is geplaatst wil ik niet nalaten de stellingname van enkele 'Groningers', al dan niet 'belijdend' lid van de Functionalistische school, te weten Lubach, Damen en Nieuwenhuis, in contrast met de Maastrichtse school, nader in beeld te brengen.

Lubach heeft zich in zijn NTB-kronieken 'Bestuur en privaatrecht' meerdere malen geuit over de stellingnames vanuit Maastricht. In zijn kroniek van begin 1997⁴¹ reageert hij op het proefschrift van Teunissen⁴²: *'In het boek wordt een uitwerking gegeven aan de bezwaren van de Limburgse school 'tegen de jurisprudentie van de Hoge Raad die uitgaande van de gemene (m.i. gemengde) rechtsleer in de arresten Windmill e.a. en Kabayel het z.i. principiële onderscheid tussen publiek- en privaatrecht miskent. Uit eerdere kronieken (...) valt af te leiden, dat ik mij in het merendeel van de betogen terzake moeilijk kan vinden. (Zo) kan ik in de het Windmill-arrest en trouwens ook niet in Kabayel een vrijbrief zien voor een ongebreidelde, de burger belastende, hantering van het privaatrecht door de overheid.'⁴³*

In Lubachs najaarskroniek van 1997⁴⁴ schrijft hij onder meer: *'Vanuit Maastricht houdt de stroom van publicaties over dit onderwerp (privaat-publiekrecht, mah) onverminderd aan. Nadat ik in de vorige kroniek het proefschrift van Teunissen als belangrijkste publicatie in de verslagperiode kwalificeerde, geldt dit nu voor de studie van A.Q.C. Tak, De overheid in het burgerlijk recht (...). In dit boek wordt teruggegrepen op de gedachte van de 'invullende rechtsleer'. (...) Tegen de heersende leer voert hij (Tak, mah) – en anderen in de Limburgse school – vooral aan dat deze (de gemene en gemengde rechtsleer, mah) met name in strijd met het legaliteitsbeginsel aanneemt dat de overheid in beginsel de bevoegdheid heeft van het privaatrecht gebruik te maken ook als het gaat om de behartiging van specifieke overheidstaken. (...) Anders dan in de heersende leer wordt er door Tak evenwel de nadruk opgelegd, dat de gemene gelding van het burgerlijk recht geen bevoegdheidsgrondslag voor het gebruik van dat recht (biedt): ' (...) Een voorlopige conclusie moet m.i. zijn, dat Tak een bewonderenswaardige prestatie heeft geleverd door zoveel jurisprudentie samen te brengen en te analyseren, maar dat daarmee de aanvullende werking van de 'invullende rechtsleer' althans voor mij nog niet is aangetoond. Ik heb tegen de heersende leer die uitgaat van de principiële toepasbaarheid van de gemene regels van het 'burgerlijk recht' voor de overheid in die zin dat deze ook een bevoegdheidsgrondslag inhoudt geen bezwaar. Maar om de discussie op dit punt tot een einde te brengen verdient het overweging om in de Awb een expliciete bevoegdheidsgrondslag op te nemen (...) waarbij dan het gemene 'burgerlijke' recht van toepassing wordt verklaard. (...) Bij dat alles moet er voor worden gewaakt dat er geen op niet noodzakelijke punten van elkaar verschillend publiekrechtelijk overeenkomsten- onrechtmatige daads- en eigendomsrecht ontstaat.'⁴⁵*

In Lubachs voorjaarskroniek van 1998 komt een recente publicatie van Nieuwenhuis over 'een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht' aan de orde (zie hierna): *'In*

³⁶ Gedoeld wordt op diens stellingname in: *Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht*, a.w.

³⁷ Verwezen wordt naar de reeds aangehaalde reactie van Tak (NTB 1996/9) en van Heldeweg en van der Linden (NJB 1996/43).

³⁸ A.w., p. 25.

³⁹ A.w., p. 27-28. Bröring verwijst hier naar het –overigens ook in Maastricht gehuldigde – door Scheltema uitgewerkte beginsel van de 'dienende overheid' als verwoording van de functionaliteit van de overheid als fundamenteel-juridisch concept.

⁴⁰ A.w., p. 28. Aardig, als contrast met 'Maastricht' is dat volgens Bröring de onderzoeksprogrammering in het 'Groningse' zo'n kwaliteitsbevorderend effect heeft gehad (a.w., p. 27). Aardig, als contrast met 'Maastricht', is ook dat een discussie binnen de onderzoeksschool tussen realo's (de op de empirie georiënteerde juristen) en fundi's (de dogmatici in klassieke zin) alras verstomde 'toen bleek dat sprake was van een schijntegenstelling' (a.w., p. 29).

⁴¹ D.A. Lubach, Kroniek NTB 1997/2, p. 70-76, i.h.b. p. 70.

⁴² J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleeft van de staat, beschouwingen over de twee wegenleer*, Zwolle 1996.

⁴³ Ibidem. Lubach verwijst in dit verband ook naar M. Scheltema, *Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht*, a.w., p. 1360 l.k.

⁴⁴ NTB 1997/7, p. 269-274, i.h.b. p. 269-271.

⁴⁵ Lubach verwijst aansluitend nog naar het artikel van Teunissen, *Afrekening met de gemene rechtsleer en de twee wegenleer*, in Gemeentestem 7048 en 7049.

lijn met deze relativering van het legaliteitsbeginsel (door Nieuwenhuis, mah) ligt het dat bij de bespreking van de ontwikkeling van Limmen-Houtkoop (..) tot Kabayel (..) en het Zomerhuis-arrest (..) wel de doorkruisingsformule maar niet de door de 'Limburgse school' zo benadrukte grensfunctie van het legaliteitsbeginsel wordt besproken (...). Groningse lucht werkt relativerend (en zuiverend?). Nadat Scheltema (..) hem was voorgegaan in een relativerende benadering van zowel het onderscheid tussen privaats- en publiekrecht als het legaliteitsbeginsel, lijkt nu Nieuwenhuis deze benadering evenzeer te volgen. Het zal geen verwondering wekken, dat ik deze benadering op zich zelf aantrekkelijk vind. Wel moet mij van het hart dat in de benadering van Nieuwenhuis aan de rechter wel een zeer belangrijke plaats wordt toegekend. (..) Zolang de rechter (...) zelfbeperking in acht neemt is er niet veel aan de hand. Maar benadrukt moet wel worden dat de (formele) wetgever uiteindelijk het laatste woord heeft. (..) De benadering van de verhouding tussen bestuur en rechter als een stelsel van checks en balances geeft evenwel een zicht op de rechtsstaat, dat over de dogmatische scheidslijnen heen reikt.

Ten slotte verwijs ik naar Lubachs kroniek van begin 1999, als inmiddels het arrest Staat-Lenger is geweest.⁴⁶ Lubach treedt hierover (primaire) in discussie met Simon: 'Simon geeft aan het arrest een wijde strekking door veel betekenis te hechten aan het verschil in terminologie tussen Windmill en het onderhavige arrest. (..) Het arrest zou betekenen, dat in een 'zuiver' publiekrechtelijke casus het BW sec, derhalve zonder grondslag in een materieel vermogensrecht (zoals het eigendomsrecht) geen bevoegdheidsgrondslag oplevert voor een inbreuk op de eigendom of de vrijheid van de burger. Daarmee zou de Hoge Raad deels tegemoetgekomen zijn aan de bezwaren van de 'Limburgse school. (...) Ik betwijfel of uit deze uitspraak zoveel bijzonders is af te leiden (..) (ik) kan (..) geen principiële afwijking van de uitspraak in de Kabayel zaak zien, omdat die een andere situatie betrof. (..) In deze zaak gaat het om een inhoudelijke uitbreiding van de mogelijkheid tot belastingheffing. Dat daarvoor een expliciete wettelijke grondslag nodig is wekt geen verbazing. (..) De uitspraak inzake Kabayel is dus niet op een lijn te stellen met de zaak Lenger, maar past veeleer in de lijn van uitspraken die toelaten dat de overheid door middel van een onrechtmatige daad actie een publiekrechtelijke verplichting van een sanctie voorziet. (..) Ik denk dat de Hoge Raad met deze uitspraken nog eens duidelijk aangeeft waar ook voor hem de grenzen liggen. Deze grenzen waren tot nu toe niet overschreden en zijn dat ook nu niet. In die zin is er echter veeleer sprake van het ontzenuwen van Limburgse bezwaren, dan dat daaraan tegemoet gekomen wordt.'⁴⁷

Damen wordt door Verheij als een 'fellow-traveler' van de Maastrichtse school gekenschetst, niettegenstaande zijn Groningse 'basis'.⁴⁸ Aanleiding tot die typering is ondermeer Damens 'zoektocht' in zijn opstel: *Bestaat de Awb-mens?*⁴⁹ Vergelijk daarvoor onder meer de volgende passages: *Met horizontalisering wordt mijns inziens een stap verder gezet dan met wederkerigheid: bestuursorganen gaan op voet van gelijkwaardigheid om met burgers, via samenwerking en afspraken. Het gaat al snel in de richting van instemming.*⁵⁰ *Bovendien brengt het legaliteitsbeginsel 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.*⁵¹ Als hij vervolgens zijn pijlen richt op de horizontalisering⁵² stelt hij vast *'..dat op veel beleidsterreinen derde-belanghebbenden een rol spelen die – publiekrechtelijk of privaatrechtelijk – dreigen te worden 'weggehorizontaliseerd', dat op die terreinen overwegende bezwaren bestaan tegen horizontalisering. Publiekrechtelijke waarborgen zijn er niet voor niets.*⁵³

Bij aanvang van zijn bijdrage aan de reeds aangehaalde bundel van de 'Groningse school', *De geheime directie van het bestuur: mensbeeld, bestuursbeeld en legaliteitsbeginsel*,⁵⁴ spitst Damens betoog zich toe op de hernieuwde aandacht voor de instrumentele functie van het bestuursrecht, met als accenten Scheltema's relativering van de legaliteitseis en de pleidooien voor de-juridisering.⁵⁵ *..ik (ben) minder optimistisch (dan*

⁴⁶ NTB1999/1, p. 11-12, citaten op p. 11. HR 8 mei 1998, JB 1998/142 m.nt. HJS (Staat-Lenger)

⁴⁷ Lubach verwijst naar Simons annotatie bij HR 8 mei 1998, (Staat-Lenger), JB1998/142, alsmede naar *De magische lijn en Windmill revisited*, over de verhouding publiek-privaatrecht in de jaren negentig, NJB 1998/37, p. 1667-1677.

⁴⁸ Verheij, VAR-pleidooien, a.w., noot 140.

⁴⁹ L.J.A. Damen, *Bestaat de Awb-mens?*, in: J.L. Boxum, L.J.A. Damen, C. Lambers, J. de Ridder en B.C. Vis, *Aantrekkelijke gedachten, Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer 1993, p. 107-129. Zie ook de - instemmende - verwijzingen in twee 'Maastrichtse' opstellen: resp. W.J.J. Beurskens, *De 'wederkerige rechtsbetrekking': Koekoeksei in het nest van het publiekrecht*, in: *Eenzijdig en wederkerig?*, a.w., p. 23-60, m.n. p. 32 (nt. 35), alsmede, in dezelfde bundel, R.J.N. Schlössels, *Wederkerigheid en specialiteit in het bestuursrecht*, p. 153-190, i.h.b. p. 154 (nt. 7) en p. 157 (nt. 17).

⁵⁰ A.w., p. 111-112.

⁵¹ A.w., p. 113.

⁵² Op p. 120, oppert Damen dat over wederkerigheid eigenlijk niet veel meer te berde is gebracht dan dat partijen (burger en bestuur) 'over en weer met elkaars belangen en positie rekening moeten houden en voldoende informatie verschaffen.' Eerder verwijst hij, op p. 118 op kritische reacties op de idee van een wederkerige rechtsbetrekking in het bestuursrecht van Stroink en Simon.

⁵³ A.w., p. 121.

⁵⁴ L.J.A. Damen, a.w., p. 35-46.

⁵⁵ M. Scheltema, *Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht*, a.w., en Werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, *Bestuur in het geding*, november 1997.

Scheltema, mah) over de bereidheid binnen het bestuur om zich aan het geldende recht te houden, en ik ben minder geneigd de bestuursrechtelijke teugels te laten vieren. (...) Moeten we het bestuur een ruimere vrijheid gunnen, als het zich kennelijk als een 'free fighter' in een maatschappelijk 'catch as catch can' met dwarsliggende burgers moet zien te handhaven? Hoe verdisconteren we daarbij afdoende dat het bestuur tegenover de burgers beschikt over een geheime, althans wel eens uit het oog verloren, 'linkse directe', namelijk de bevoegdheid om de rechtspositie van die burgers bindend te bepalen (...). Of is dit een 'rechtse directe', waartegen de vrijheid en autonomie van de burger en de 'staatsvrije sfeer' moeten worden verdedigd?⁵⁶ Onder verwijzing naar 'Eenzijdig en wederkerig?' stelt Damen vast dat appreciatie van de 'officieuze ideologie van de Awb' in belangrijke mate draait om het tandem 'mensbeeld' en 'bestuursbeeld' dat men huldigt.⁵⁷ Waarschuwend stelt hij: 'Met een ruime of zelfs verruimde reikwijdte van het legaliteitsbeginsel zijn we er nog niet. Immers, ook de formele wetgever is in hoge mate geïnstrumentaliseerd. De besluitvorming rond de tweede nationale luchthaven zal waarschijnlijk de beperkingen van het legaliteitsbeginsel illustreren.' (...) Dat de rechtszekerheid bij de formele wetgever altijd in goede handen is, zal niemand willen beweren na de Harmonisatiewet (...). (...) Over de democratische legitimatie van dergelijke er doorheen 'geregeeracorde' en geïnstrumentaliseerde (...) wetgeving moge discussie mogelijk zijn. Ten principale is bij formele wetgeving echter meer publieke discussie en beïnvloeding door alle burgers (...) mogelijk dan bij elke andere vorm van publiekrechtelijke regulering, laat staan bij semi-privaatrechtelijke regulering als convenanten en dergelijke. (...) Wat is er nu mis met een ruime reikwijdte van het legaliteitsbeginsel?'⁵⁸ Damen ziet per saldo nog wel degelijk een plaats voor het legaliteitsbeginsel weggelegd, met name bij de funderende en zoveel mogelijk uitgewerkte formele wetgeving. Hij sluit (onder meer) af met de stelling: 'Besturen moet onder de Awb behoorlijk gebeuren, en rechtmatig, maar daarom niet minder wetmatig.'⁵⁹

Bij wijze van uitsmijter trakteert Damen ons, in aansluiting op Tak,⁶⁰ op verschillende scholen in het Nederlands bestuursrecht elk met een eigen paradigma:⁶¹ de 'Tilburgse school' (Hirsch Ballin, De Jong, Goorden, Kobussen – de wederkerigheid in het besturen)⁶², de (oude) 'Utrechtse school' (Stroink en De Waard – de eenzijdigheid van bestuurlijke rechtsvaststellingen), de 'Maastrichtse school' (de eenzijdigheid van de bevoegdheidsuitoefening)⁶³, de 'Privatistische school' (De Ru, Van Ommeren) en dan nu, met bij Damen toch enige aarzeling (?), de 'Groningse school' (rond Scheltema – functionalistisch; strevend naar systematiek, consistentie en helderheid).

Met de zuiverende Groningse lucht in de longen, ontwikkelt Nieuwenhuis een beschouwing onder de titel 'Op gespannen voet, Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht'.⁶⁴ Als vertrekpunt noteert hij daarin: '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. (...) 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 beide domeinen, maar het verstevigen van de evenwichtzoekende krachten in hun onderlinge betrekkingen. De verhouding publiek- en privaatrecht als een stelsel van checks and balances.'⁶⁵ '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. (...) Zelden heeft een zo onschuldig ogende constatering (Nieuwenhuis verwijst naar de MvT bij de Awb, mah) zoveel beroering gewekt. De wederkerige rechtsbetrekking: een koekoeksei in het nest van het publiekrecht (Beurskens); een perversie (Heldeweg); een strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap (Teunissen).⁶⁶ De kritiek, vooral, maar niet uitsluitend, uit Maastricht is fundamenteel en terzake.'⁶⁷ Nieuwenhuis relateert evenwel vervolgens het door de Maastrichtenaren, en met name door Teunissen op basis van de ideeën van Dooyeweerd, gestelde scherpe onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: '...de behartiging van het algemene belang was, is en blijft een 'joint venture' van overheid en particulieren'.⁶⁸ Aansluitend relateert hij de privaatrechtelijke herkomst van de 'wederkerige rechtsbetrekking': '...zoveel is echter zeker: rechtsbetrekking en wederkerigheid zijn geen typisch

⁵⁶ A.w., p. 37-38.

⁵⁷ A.w., p. 39-40. Damens opstel is gelaardeerd met voorbeelden die zijn scepsis jegens het bestuur illustreren.

⁵⁸ A.w., p. 43-44.

⁵⁹ A.w., p. 45.

⁶⁰ A.Q.C. Tak, *Overheid en Burgerlijk Wetboek, Naar een invullende rechtsleer*, a.w., m.n. p. 182.

⁶¹ A.w. p. 46 – de term paradigma werp ik (mah) zelf op; het is m'n intentie hierop in de nabije toekomst nog nader in te gaan.

⁶² Vgl. ook N. Verheij, VAR-preadvies, a.w., p. 56.

⁶³ Ik zou het zelf meer in de 'spectrale benadering' van het bestuursrecht zoeken, maar daarop kom ik aanstonds nog terug.

⁶⁴ J.H. Nieuwenhuis, *Op gespannen voet, Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijk recht*, NJB1998/1, p. 9-17.

⁶⁵ A.w., p. 9.

⁶⁶ Met verwijzingen naar de vindplaatsen in *Eenzijdig en wederkerig?*, a.w.

⁶⁷ A.w., p. 12.

⁶⁸ Ibidem; één van Nieuwenhuis' voorbeelden voor deze stelling: volksgezondheid is een door de overheid te behartigen algemeen belang, maar zonder tandartsen, komt daar uiteindelijk weinig van terecht. Zo ontstaat vanzelf een vervlechting tussen publiek- en privaatrecht: de genoemde 'joint venture'.

civilrechtelijke begrippen. Overal waar het recht belandt in zijn kritische fase: het proces waarin twee partijen tegen elkaar in het krijt treden, zijn de begrippen 'rechtsbetrekking' en 'wederkerigheid' onmisbare instrumenten van de juridische ontleedkunde.'(...) *'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. (...) Uit een oogpunt van rechtszekerheid is een beroep op ongeschreven zorgvuldigheidsnormen slechts toelaatbaar indien deze normen, ondanks hun ongepubliceerde staat, niettemin kenbaar zijn. (...) 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.'*⁶⁹

Langs de lijn van een analyse van o.a. het Kuundersarrest komt Nieuwenhuis tot de stelling dat privaatrechtelijke rechtspersonen één onmisbare rol (vervullen) als checks' bij de bewaking van algemene belangen (...). (...) *Wie bewaakt de bewakers? Een exclusieve verantwoording slechts aan de daartoe aangewezen politieke organen (...) staat op gespannen voet met de kern van de rechtsstaat: de gebondenheid van de overheid aan wet en recht.'* Hetgeen dan leidt tot de hamvraag: *'Langs welke weg bereiken wij een redelijk evenwicht tussen enerzijds de effectiviteit van het bestuur en anderzijds een adequate rechtsbescherming van de burger?'*, met als positie: *'De dynamiek van dit proces (van het zoeken van evenwicht, mah) brengt mee dat de 'magische lijn' tussen publiek- en privaatrecht nimmer definitief kan worden gefixeerd. (...) De omstreden doorkruisingsformule strekt ertoe een redelijk evenwicht te vinden tussen de effectiviteit van het bestuur en de rechtsbescherming van de burger.'*⁷⁰ Als dat zoeken naar evenwicht gepaard gaat met de import van privaatrechtelijke begrippen in het publiekrecht (Nieuwenhuis noemt als voorbeeld de dwangsom) komen we op een actuele tweesprong: *'... 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 opent haar manifest 'Eenzijdig of wederkerig' (helaas ontbreekt ook nu weer het cruciale, afsluitende vraagteken, mah) met een strijdvaardig motto: 'Es gibt keine dem öffentlichen und Privatrecht gemeinsame Rechtsinstitute. Was man so nennt, sind meist einfach privatrechtliche Rechtsinstitute, die man auf diese Weise in das jüngere öffentliche Recht hinüberschmuggeln will.'*⁷¹ Hiertegenover stelt Nieuwenhuis: *'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. (...) Hun gemeenschappelijke status ontlenen 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.'*⁷² De gemeenschappelijke beginselen vormen een tegenwicht voor de legaliteits eis als bestuursrechtelijk beginsel. De rechtsbeginselen vormen volgens Nieuwenhuis een stelsel van checks and balances. Op een punt komt hij de Maastrichtse school ten slotte – op het 'horizontale vlak' – nog tegemoet: *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. (...) Op het terrein van de iustitia distributiva, de verdelende rechtvaardigheid, moet de overheid haar wetgevende macht in volle omvang ontplooiën. Daarin heeft de Maastrichtse school gelijk.'*⁷³

Ik besef dat ik me inmiddels wat zal moeten matigen in het weergeven van het debat, omdat argumenten natuurlijk niet moeten gaan 'rondzingen'; het ging ten slotte om met enige persoonlijke distantie de extern aan de Maastrichtse school toegekende plaats te beschrijven. Een aantal 'verwijzingen' wil ik echter nog aan het reeds weergegevene toevoegen te weten naar G.A. van der Veen, F.J. van Ommeren, N. Verheij en J.L. de Wijkerslooth (in hun rol als VAR-adviseurs 1999) en J.E.M. Polak.

Van der Veen

Van der Veen heeft reeds in zijn bespreking van het proefschrift van Teunissen zijn positie tegenover de Maastrichtse school ingenomen.⁷⁴ *'Belangrijk is (...) dat Teunissen een fundament heeft gelegd onder de 'Limburgse school' van zijn promotor A.Q.C. Tak en diens medewerkers, die menen dat de overheid niet (althans nauwelijks) van het privaatrecht gebruik kan maken.'* (...) *Teunissen meent dat beide rechtsgebieden (publiek- en privaatrecht, mah) principieel van elkaar gescheiden zijn en dat de maatschappij en de staat ieder*

⁶⁹ A.w., p. 12-13. Zie over deze thematiek ook Nieuwenhuis' redactionele kanttekening, *Vechten met de beer? De strijd om het legaliteitsbeginsel*, RMTh 1997/9, p. 351-352.

⁷⁰ A.w., p. 15.

⁷¹ A.w., p. 16. Het citaat staat op het voorblad van *'Eenzijdig en wederkerig?'* en is van Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht I*, 1924, p. 117-118.

⁷² A.w., p. 16-17.

⁷³ A.w., p. 17.

⁷⁴ NTB 1996/8, p. 293-296; J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kled van de staat, beschouwingen over de tweewegenleer*, diss. RUL (UM), Zwolle 1996.

in hun eigen sfeer werkzaam zijn. Teunissen is hier nogal rigide. Misschien valt een strikte scheiding (..) nog wel te maken, hoewel ik dan vooral denk aan aan de bevoegdheidsgrondslag (publiekrechtelijk voorschrift of burgerlijk recht) en de rechterlijke competentie (besluit of niet), maar minder aan de normering van de bevoegdheden (osmose, gemengde rechtsleer).⁷⁵ ‘Mijn voornaamste kritiek is dat Teunissen moord en brand schreeuwt waar hooguit ongelukjes hebben plaatsgevonden.’ Van der Veen verwerpt ten principale diens stelling dat elke formele bevoegdheid – zoals tot het sluiten van overeenkomsten conform het BW - slechts betekenis heeft beschouwd vanuit de ‘materiële competentiesfeer’ zoals bepaald door de desbetreffende samenlevingsverhouding en niet reeds uit hoofde van de rechtspersoonlijkheid ex art. 2:1 BW, zodat we voor de overheid primair moeten zoeken naar de materiële grondslagen in het publiekrecht.⁷⁶ ‘Het gaat hier (in het Windmill-arrest, mah) om de vraag of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van (..) privaatrecht. Heeft de Hoge Raad de inzet van het privaatrecht zo niet beperkt tot de behartiging van publieke belangen, welke belangen bovendien bij een publiekrechtelijke regeling moeten zijn toegekend? Dan is de afstand tot Teunissens alternatief nog maar gering.’⁷⁷ Naast kritiek op de visie van Teunissen over publiek domein is er overigens nog wel bijval bij de kritiek van Teunissen op, in de woorden van Van der Veen, ‘Frenks visioenen over wat van mij ongevraagde en ongewenste bemoeizucht (door collectieve acties, mah) mag heten.’⁷⁸

In het verlengde hiervan wijs ik op Van der Veens publicatie in Bouwrecht 1998, *De gemene rechtsleer is nog op de been*⁷⁹ waarin hij stelt: ‘Dit artikel past al met al in het feuilleton meningsverschillen met de ‘Maastrichtenaren’ Simon, Tak en Teunissen. Origineel is het te minder nu het voortbouwt op mijn proefschrift en enkele andere publicaties.’⁸⁰ Wat de bevoegdheid om een rechtshandeling naar burgerlijk recht te verrichten betreft stelt Van der Veen, mede naar aanleiding van o.a. de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake het terugvorderen van een ten onrechte uitgekeerde subsidie en het zuiver schadebesluit,⁸¹ dat Simon, Tak en Teunissen voor ‘privaatrechtelijk overheidshandelen’ geen ruimte zien en dat in het publiekrecht een materiële grondslag voor de uitoefening van ‘privaatrechtelijke bevoegdheden’ moet worden gevonden. Opmerkelijk is dat Van der Veen hier juist het ‘primaat van het publiekrecht’ (binding van de overheid in het privaatrecht aan abbb, grondrechten en de doorkruisingsformule) tegenover stelt en zich juist zorgelijk betoont over het feit dat publiekrechtelijke bevoegdheden thans uit ongeschreven rechtsbeginselen worden afgeleid.⁸² Ook overigens is de conclusie van Van der Veen dat in elk geval voornoemde Afdelingsuitspraken ‘de gemene rechtsleer goeddeels ongemoeid (laten).’⁸³

Van Ommeren

Van Ommeren kwamen we zo-even al tegen bij de indeling van scholen door Damen (en Tak), te weten als ‘lid’ van de Privatistische school. Die kwalificatie dankt hij aan zijn opvatting over het legaliteitsbeginsel, zoals door hem verwoord in zijn proefschrift uit 1996.⁸⁴ Van Ommeren vat daarin het legaliteitsbeginsel op als de eis van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag en zijn centrale bevinding is dat de eis van een dergelijke grondslag (en daarmee de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel) zich beperkt tot het eenzijdig opleggen van verplichtingen door de overheid. Zoals De Haan reeds signaleerde⁸⁵ vindt Van Ommeren voor deze stelling steun in de (compenserende) aanname van de gelding van het consistentie-beginsel voor het hele overheidsbeleid, met inbegrip van die delen waarbij dat beleid zich uit in wederkerige relaties met burgers (zoals bij het sluiten van overeenkomsten).⁸⁶

Een interessante verwijzing door Van Ommeren naar de Maastrichtse school trof ik aan in zijn NTBR-artikel over een publiekrechtelijk vermogensrecht.⁸⁷ Dit artikel gaat over de vraag ‘.. of en in hoeverre de(ze) zelfstandige-besluit-jurisprudentie in strijd is met het legaliteitsbeginsel.’⁸⁸ en concludeert met de (mogelijke)

⁷⁵ A.w., p. 293-294.

⁷⁶ A.w., p. 294.

⁷⁷ A.w., p. 295.

⁷⁸ Ibidem. Ik laat de discussie tussen Teunissen en Frenk (N.Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, diss. UU, Deventer 1994) hier rusten (zie overigens m.n. Teunissens dissertatie hfst. 7 en 8). Daarop hoop ik binnenkort met Schlössels en Seerden nog terug te komen.

⁷⁹ G.A. van der Veen, *Bouwrecht* 1998/1, p. 1-10.

⁸⁰ A.w., p. 2. NB: G.A. van der Veen, *Openbare zaken, Betekenis van het aloude publiek domein na vestiging van het primaat van het publiekrecht*, diss UU, Deventer 1997.

⁸¹ Afdeling bestuursrechtspraak 21 oktober 1996, AB 1996, 496 (Nanne/Limmen) en 6 mei 1997, AB 1997, 229 (Van Vlodrop).

⁸² A.w. Vgl. ook De Haans bespreking in *Bouwrecht*, a.w., van Van der Veens proefschrift, p. 637-639 en voorts p. 640 en p. 641; alsmede N.Verheij, *VAR-preadvies*, a.w., p. 57.

⁸³ A.w., p. 10.

⁸⁴ F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd, De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, diss VU, Zwolle 1996.

⁸⁵ *Bouwrecht* 1998, a.w., p. 633-635.

⁸⁶ *Diss.*, a.w., III.13, p. 318-325.

⁸⁷ A.w., *NTBR* 1998/4, p. 115-123.

⁸⁸ Uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, zie o.a. noot 89, waarbij algemene rechtsbeginselen als bron van bevoegdheid worden gepostuleerd.

ontwikkeling door de bestuursrechter van een publiekrechtelijk vermogensrecht. Overeenkomstig zijn dissertatie draagt Van Ommeren een strikte uitleg van het legaliteitsbeginsel uit ('*Het legaliteitsbeginsel houdt in dat(eenzijdig verplichtende) publiekrechtelijke bevoegdheden een wettelijke grondslag moeten hebben.*').⁸⁹ Hij relateert de vrees voor een ongebreidelde creatie van nieuwe bevoegdheden op ongeschreven grondslag met de vaststelling dat het bij de nieuwe publiekrechtelijke bevoegdheden eigenlijk toch vooral gaat om de transformatie van eerder als privaatrechtelijk te boek staande overheidsbevoegdheden.⁹⁰ Bovendien gaat het bij de 'nieuwe' bevoegdheden eigenlijk steeds om inherente of accessoire bevoegdheden, gekoppeld aan de uitoefening van wel op wettelijke grondslag toegekende bevoegdheden.⁹¹ Vervolgens richt hij zich tot de 'Maastrichtenaars': '*In de fundamentele benadering van een groep auteurs die wel wordt aangeduid als 'de Maastrichtse' of 'de Limburgse school', speelt de legaliteitsproblematiek een belangrijke rol. Ik doe nu gemakshalve, in navolging van velen, net alsof deze auteurs met één tong spreken. Ik ben me ervan bewust dat ik daarbij voorbij ga aan de (soms zeer genuanceerde) onderlinge verschillen tussen hun opvattingen. De Maastrichtse school is (...) fel van leer getrokken tegen de tweewegenleer. De kern van hun principieel aangezette bezwaren is dat (de toepassing van) deze leer veel te veel ruimte laat voor privaatrechtelijk overheidsoptreden. Het kwalijke van dit soort overheidshandelen is in hun ogen dat de waarborgen van de burger met handen en voeten worden getreden.(...) De Hoge Raad maakt naar hun mening niet strikt genoeg een scheiding tussen publiek- en privaatrecht. (...) De redding moet naar hun mening van het legaliteitsbeginsel komen. Althans wat de materiële kant van de zaak betreft. (...) Zij verlangen voor al het overheidshandelen een publiekrechtelijke grondslag. Aan die grondslag zelf stellen zij geen al te hoge eisen, maar een 'positieve indicatie' is wel vereist. (...) Ik vrees dat door geringe eisen aan de aard van de publiekrechtelijke grondslag te stellen, dit vereiste zozeer wordt uitgehold dat het niets meer om het lijf heeft. Het lijkt mij raadzaam te accepteren dat accessoire besluiten (...) kunnen voortvloeien uit de publiekrechtelijke rechtsverhouding; en er naar te streven dat dan het originele besluit een stevige, specifieke, wettelijke grondslag heeft, in ieder geval indien het een verplichtend karakter heeft.*'⁹² Voorzover hier van belang onderstreept Van Ommeren voorts nog – in tegenspraak tot het aangehaalde standpunt van Van der Veen – dat de Afdeling bestuursrechtspraak met haar nieuwe jurisprudentie de gemene rechtsleer heeft losgelaten en signaleert een ontwikkeling spiegelbeeldig met die van de gemengde rechtsleer: '*.. rechtsbeginselen van privaatrechtelijke herkomst dringen (na als publiekrechtelijk aangemerkt te zijn) door in de bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen. (...) Het mag beslist opmerkelijk heten hoezeer de gevolgtrekkingen op dit punt uit elkaar lopen. Waar Teunissen spreekt van een 'afrekening' met de gemene rechtsleer, meent Van der Veen dat de gemene rechtsleer op de been blijft, en ziet Van Buuren*'⁹³ een 'nieuwe' gemene rechtsleer. Het grappige is dat Taks 'invullende rechtsleer' hier niet zo heel ver vanaf staat.⁹⁴

Verheij en De Wijkerslooth (VAR-preadviseurs 1999)

Twee van de drie VAR-preadviseurs over de '*Verschuiving van de magische lijn*', N.Verheij⁹⁵ en De Wijkerslooth⁹⁶ verwijzen in hun preadviezen uitdrukkelijk naar de Maastrichtse school. Laatstgenoemde geeft, bij zijn bespreking van Kortmanns voorstel om het besluitbegrip maar uit de Awb te schrappen,⁹⁷ aan dat de betekenis van het privaatrecht voor overheidshandelen bij acceptatie van dit voorstel aanmerkelijk zou worden beperkt – mits het begrip bestuursorgaan niet te beperkt wordt genomen. De bestuursrechter zou uitsluitend aan het publiekrecht toetsen, zij het dat hij daarvoor soms aansluiting zal zoeken '*.. bij het privaatrecht of te redeneren bij wege van analogie dan wel aan de hand van een algemeen rechtsbeginsel dat ook in het privaatrecht is geïncorporeerd. De Maastrichtse school zou daarmee ook enigermate kunnen worden gecontenteerd. Het lijkt mij in deze vorm (echter) een juiste noch begaanbare weg.*'⁹⁸ Wat de doorkruisingsleer betreft meent De Wijkerslooth dat de Hoge Raad wel degelijk een behoedzame koers volgt: '*Ik wijs er op dat de Hoge Raad (...), zoals het arrest Staat-Lenger demonstreert, terdege acht slaat op het legaliteitsbeginsel. Het bezwaar van Schlössels dat de doorkruisingsleer een aantal staatsrechtelijke complicaties die inherent zijn aan de behartiging van publiekrechtelijke belangen door de overheid langs privaatrechtelijke weg geenszins kan*

⁸⁹ A.w., p. 116.

⁹⁰ A.w., p. 117-118; vgl. ook Van der Veen o.a. in zijn noot bij ABRS 10 april 1995, AB 1995, 498 (Long Lin).

⁹¹ Vergelijk voor de idee van 'inherente', 'impliciete' en/of 'accessoire' bevoegdheden ook M. A. Heldeweg, *Dimensies van de overheidsbevoegdheid: ongeschreven en impliciete bevoegdheden*, in: E.C.H.J. van der Linden c.s. (reds.), *Spectraal recht?*, a.w. (1998), p. 61-96, B.M.J. van der Meulen, '*De novemberrevolutie gesmoord*', annotatie bij Van Vlodrop, in: L.J.A. Damen c.s. (red.), *Rechtspraak bestuursrecht, de annotaties 1996-1997*, Den Haag 1998, p. 166 e.v., J.H.M.F. Teunissen, *Afrekening met de gemene rechtsleer en de tweewegenleer*, a.w., alsmede H.J. Simon, *De magische lijn en Windmill revisited*, a.w., i.h.b. p. 1670-1671. Het hing kennelijk (ook in Maastricht) in de lucht!

⁹² A.w., p. 120.

⁹³ Noot bij Van Vlodrop, a.w.

⁹⁴ A.w., p. 121.

⁹⁵ A.w.

⁹⁶ J.L. de Wijkerslooth, *Geschieden privaatrecht of ongeschreven publiekrecht*, in: VAR-reeks 122, a.w., p. 75-105.

⁹⁷ C.A.J.M. Kortmann, *Weg met het Awb-besluit*, RMTh 1998, p. 190 e.v.

⁹⁸ A.w., p. 88-89, met verwijzing voorts naar door hem voorziene praktische bezwaren (al weer een stelselwijziging en bijgevolg nieuwe 'brokkenmakerij').

*ondervangen, snijdt naar mijn oordeel geen hout. (...) Toezicht, sanctie en executie komen aan het bestuur krachtens eigen recht toe. De rechter toetst, maar toetst achteraf. Privaatrechtelijke bevoegdheden kunnen (...) eerst worden afgedwongen na een preventieve toetsing door de rechter, (...). (...) De rechtstatelijke legitimatie voor het optreden van de overheid bij een vordering uit onrechtmatige daad is gelegen in de preventieve rechterlijke controle.*⁹⁹

Ten slotte behoeft, zonder verwijzing naar ‘Maastricht’, een citaat uit De Wijkerslooths conclusie hier vermelding: *‘Het verscherpen van de tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht zou wel eens kunnen leiden tot de opvatting dat de bescherming van de burger tegen collectief handelen uitsluitend in het publiekrecht gestalte moet krijgen omdat het daar overheids-handelen betreft en niet in het privaatrecht. Dat zou ik een onjuiste ontwikkeling vinden, omdat, ook onder invloed van de Europese Unie, de vervulling van een aantal taken die typisch tot het overheidsdomein behoorden (...) in private handen geraken.’*¹⁰⁰

Volgens Verheij’s ‘beknopte rechtsgeschiedenis van het millennium’, is de volgende redenering ons denken gaan domineren: *‘Maar als mensen van nature gelijk en autonoom zijn, kan dwang zijn rechtvaardiging slechts vinden in de verwezenlijking van gelijke vrijheid. Dat dwingt tot een onderscheiding tussen de sfeer van de dwang en de sfeer van de vrijheid, tussen staat en maatschappij, tussen publiekrecht en privaatrecht.’*¹⁰¹ De visies op publiek- en privaatrecht hebben zich volgens Verheij in het voetspoor van de gemengde rechtsleer, de idee van ‘vermaatschappelijking van het privaatrecht’ en ‘de eenheid van het recht’, bij auteurs als Bloembergen, Lubach, Hirsch Ballin en Kobussen, alsmede recent bij Nieuwenhuis geleid tot relativering van het onderscheid – met als tegenhanger o.a. De Haan.¹⁰² Echter: *‘In de bestuursrechtelijke literatuur is deze relativering naar mijn indruk de laatste jaren weer wat op zijn retour. De trend is om de verschillen weer wat zwaarder aan te zetten, en in ieder geval een dosis publiekrecht in het mengsel van de gemengde rechtsleer te verhogen. De onverkorte doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten (...) in privaatrechtelijke verhoudingen met de overheid is inmiddels geheel onomstreden. Bovendien worden deze publiekrechtelijke normen niet meer indirect, als ‘invulling’ van open privaatrechtelijke normen toegepast, maar gewoon rechtstreeks.’*¹⁰³ Niettemin signaleert Verheij dat *‘.. de HR ook in Windmill nog steeds voorop stelt dat aan de overheid in beginsel alle vermogensrechtelijke bevoegdheden toekomen die aan particulieren toekomen. Bovendien heeft de HR de mogelijkheid voor de overheid om vorderingen uit onrechtmatige daad tegen burgers in te stellen in de jaren negentig merkwaardigerwijs juist verruimd. Het primaat van het publiekrecht is derhalve verre van volledig.’*¹⁰⁴

Dan komt de Maastrichtse school: *‘...de echte fundi’s zitten in Maastricht. (...) Volgens de Maastrichtse school heerst in de rechtswetenschap een rechts- of zelfs wetspositivistisch klimaat, dat onder meer heeft geleid tot een te formeel rechtsstaatbegrip, waarin bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel is verschaald tot de formele eis van een wettelijke grondslag. Daartegenover stelt Maastricht een materieel rechtsstaatbegrip. Daarin zijn staat en maatschappij principieel van elkaar gescheiden rechtssferen, die worden beheerst door verschillende materiële rechtsbeginselen. Deze materiële rechtsbeginselen funderen twee te onderscheiden rechtsselsels: publiekrecht en privaatrecht. Het privaatrecht is het recht van de burgerlijke maatschappij, dat wordt beheerst door de beginselen van partij-autonomie, wederkerigheid en iustitia commutativa. (...) Het is dan ook onjuist om te beweren dat het BW bevoegdheden verleent, het reguleert ze hoogstens. Het publiekrecht (...) wordt beheerst door de beginselen van het algemeen belang en de iustitia distributiva. Door die gerichtheid op het algemeen belang is het publiekrecht altijd algemeen, objectief en eenzijdig. Het kan niet wederkerig zijn, want met het algemeen belang kan niet geruild of gehandeld worden. Het algemeen belang en de verdelende rechtvaardigheid vormen de materiële rechtsgronden en daarmee ook begrenzings van overheids-optreden en overheidsdwang. (...) Slechts voor zover een deelaspect van het algemeen belang langs democratische weg is getransformeerd tot publiekrechtelijk belang, kan het overheids-optreden afdoende legitimeren. Daarom hecht de Maastrichtse school sterk aan het legaliteits- en het specialiteitsbeginsel.’* Een en ander leidt tot de conclusie dat *‘... de overheid in geen geval aan het privaatrecht zelfstandige bevoegdheden tot behartiging van het algemeen belang (kan) ontnemen. In wezen worden volgens Maastricht verhoudingen tussen overheid en burger altijd en uitsluitend door publiekrecht beheerst. (...) Voorzover (...) regels uit het BW in publiekrechtelijke verhoudingen worden toegepast, moet dat ‘invullend’ gebeuren.’*¹⁰⁵

Verheij verkiest een benadering vanuit de idee van de publiekrechtelijk rechtsbetrekking die ontstaat zodra het bestuur een specifiek opgedragen taak uitvoert of optreedt, resp. kan uitvoeren of optreden, ter behartiging van een belang, voor de uitoefening waarvan een specifieke bestuursbevoegdheden zijn

⁹⁹ A.w., p. 101.

¹⁰⁰ A.w., p. 105.

¹⁰¹ A.w., p. 11.

¹⁰² A.w., p. 56-57.

¹⁰³ Ibidem (rechtstreeks wil zeggen via de band van art. 3:14 BW).

¹⁰⁴ A.w., p. 58.

¹⁰⁵ A.w., p. 59-60.

toegekend.¹⁰⁶ Daarin passen geen privaatrechtelijke bevoegdheden. Dat vindt Verheij een aantrekkelijk uitgangspunt *‘.want – en hier komt de aap uit de mouw – ik onderschrijf een groot deel van de Maastrichtse analyse. Dat standpunt berust in de grond op de overtuiging dat er geen vrije samenleving kan bestaan zonder een staatsvrije sfeer waarin wij ons grondrecht op het najagen van geluk naar eigen inzicht kunnen uitoefenen, en geen staatsvrije sfeer zonder een onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.’*¹⁰⁷ In het licht van Nieuwenhuis’ nadruk op particulier initiatief is saillant hoe Verheij vervolgens opmerkt: *‘Het recht kan best verdisconteren dat particuliere organisaties die publieke taken op zich nemen daarmee ook verantwoordelijkheden aanvaarden. Maar uiteindelijk is het van tweeën één. Ofwel deze organisaties zijn zozeer verstatelijkt dat zij in feite onderdeel van de overheid zijn geworden; dan behoort het publiekrecht onverkort van toepassing te zijn. Ofwel het gaat in de kern om echte particuliere organisaties, maar dan is het voor een goed functionerende, pluriforme democratie juist essentieel dat deze organisaties aanspraak kunnen blijven maken op een zekere autonomie (.).’*¹⁰⁸

Ten slotte komt dan, wat mij betreft, de mooiste wending:¹⁰⁹ *‘Laat ik iets cynischer worden. De HR vindt dat de privaatrechtelijke weg niet mag worden bewandeld als langs publiekrechtelijke weg een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt. (...) Als ‘het beleid’ iets wil dat volgens de wet niet kan, kan het – juist daarom! – wel privaatrechtelijk. Desnoods slepen wij de burger op grond van artikel 6:162 BW voor de rechter. Dan vinden wij het bijvoorbeeld maatschappelijk onzorgvuldig jegens de overheid om je eigen terrein te vervuilen. Of – ik huiver bij het voorbeeld – vinden wij het straks maatschappelijk onzorgvuldig jegens de overheid om in je eigen huis te roken, want dat drijft de kosten van de gezondheidszorg zo op. Maar dan komt er toch een rechter aan te pas?’*¹¹⁰ *Ja, nou en? De instemming van de rechter kan die van de wetgever niet vervangen. De rechter kan geen democratische legitimatie verschaffen.’*¹¹¹ *Als iemand mij het roken wil verbieden, wil ik graag tenminste de mogelijkheid om de volgende keer op iemand anders te stemmen.’*¹¹²

Deze stellingname resulteert in de conclusie: *‘.dat de HR in Windmill eigenlijk het verkeerde uitgangspunt kiest. (...) Er moet juist een bijzondere reden zijn om in afwijking van de hoofdregel toe te staan dat de overheid privaatrechtelijke vormen gebruikt. Soms is die er; daarom hebben we de artikelen 2:1 jo. 2:5 BW nodig. (...) Zelfs Maastricht aanvaardt dat de overheid net als een particulier haar vermogen moet kunnen beheren.’*¹¹³

Polak

Ten slotte verwijs ik naar J.E.M. Polak, die al menigmaal als NJB-chroniqueur de ontwikkelingen in het bestuursrecht beschreef. In zijn kroniek van maart 1999¹¹⁴ signaleert hij hoe met name Simon heeft aangeknoopt bij het arrest Staat-Lenger: *‘Simon grijpt met name het eerste door de Hoge raad gegeven argument (dat het legaliteitsbeginsel in de weg staat aan een onrechtmatigedaadsactie jegens de belastingplichtige, mah) aan om te betogen dat de Hoge Raad afstand neemt van het Windmill-criterium, dat vanuit Maastricht wordt bestreden. Hoewel de Hoge Raad sinds de doorkruisingsformule veel kritischer is op overheden die gebruik maken van het privaatrecht, wil Simon met andere Maastrichtse auteurs dat ten principale afstand wordt genomen van het uitgangspunt dat de overheid gebruik kan maken van privaatrechtelijke argumenten. Bloembergen meent in zijn lezenswaardige noot in de NJ dat die bevoegdheid in beginsel nog steeds bestaat.’*¹¹⁵

In september 1999 neemt Polak in zijn bijdrage aan het eerste nummer van JB-plus zelf stelling op de scheidslijn tussen publiek- en privaatrecht.¹¹⁶ Hoe moeten we de verschillen tussen het collectief actierecht in resp. bestuurs- en privaatrecht beoordelen? Hij wijst op Van der Velde¹¹⁷ vindt dat de nog resterende verschillen ‘paradoxaal en principieel onjuist’ zijn en bijgevolg moeten worden geëlimineerd. *‘Geheel anders is de benadering van Schlössels. Deze meent, dat een gelijkstelling van de art. 3:305a BW en 1:2 lid 3 Awb onzuiver is omdat beide regelingen dienen te worden gepositioneerd tegen de achtergrond van de verschillende ‘procestechnische structuren’ van het bestuursrecht (primaire recours objectief) en het burgerlijk rechtvorderingsrecht (primaire recours subjectief). Conform het betoog van Teunissen in zijn proefschrift, wordt verdedigd dat art. 3:305a een nogal vreemde eend in de ‘civielrechtelijke’ bijt is, met name voorzover er sprake*

¹⁰⁶ Vgl. in dit verband R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel*, diss UM 1998, Den Haag 1998.

¹⁰⁷ A.w., p. 63.

¹⁰⁸ A.w., p. 64.

¹⁰⁹ Ik besef dat deze bloemlezing een extern perspectief beoogt te bieden, maar dat dit ten aanzien van Verheij, niet geheel toevallig mede-auteur van deze bundel, uiteindelijk moeilijk valt vol te houden: de diaspora van de Maastrichtse school, waaraan ik inmiddels zelf – gevestigd in Twente – ook mijn steentje bijdraag, schrijdt voort.

¹¹⁰ NB vergelijk de concluderende opmerking in het preadvies van De Wijckerslooth, a.w.

¹¹¹ NB vergelijk Nieuwenhuis’ door de rechter ontwaarde, ongeschreven beginselen op ‘democratische grondslag’, a.w.

¹¹² A.w., p. 64-65.

¹¹³ A.w., p. 65.

¹¹⁴ J.E.M. Polak, *Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht*, NJB 1999/10, p. 440-444, i.h.b. p. 444.

¹¹⁵ A.w.; HR 8 mei 1998, NJ 1998, 890 m.nt. Bloembergen.

¹¹⁶ J.E.M. Polak, *De procesbevoegdheid van collectiviteiten in het bestuursrecht*, JB-plus 1999/1, p. 3-14. Notabene, ik zou Polak overigens tekort doen als ik niet zou verwijzen naar zijn proefschrift: *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?*, UvA/VU 1999.

¹¹⁷ A.w., p. 10. W.R. van der Velde, *Het collectief actierecht in het civiele en in het bestuursrecht*, NJB 1997/..., p. 1705 e.v.

is van de mogelijkheid om rechtsvorderingen ter behartiging van algemene (overheids)belangen in te stellen. (...) De kritiek uit Limburg van Teunissen en Schlössels op art. 3:305a BW is vooral rechtspolitiek van aard en vertoont een sterke verwantschap met de bekende Limburgse kritiek op de gebruikmaking door de overheid van het privaatrecht. Ik ga er thans niet uitvoerig op in. Wel lijkt het mij verhelderend om op te merken, dat het hierbij toch vooral gaat om principiële kritiek op het collectief actierecht in het privaatrecht als zodanig. Ik acht die kritiek dan ook minder geschikt om te kunnen dienen als 'verdediging' van de juridisch technische verschillen tussen de hiervoor besproken criteria van de art. 1:2 lid 3 Awb enerzijds en art. 3:305a BW anderzijds...'¹¹⁸ Ik denk dat ik wel begrijp en begrip heb voor de overweging van Polak om de kritiek van Schlössels c.s. zo te 'passeren'. Een 'principiële benadering' lijkt minder praktisch voor positiefrechtelijke puzzels. Mij staat echter nog goed voor de geest hoe deze – ik zeg het misschien wat onaardig - 'verdwintruc' (.genoemd, dus je bent er bij, maar je doet niet mee') in Maastricht wel een meer rebelse houding uitlokte en ook titels als: 'De ongewenste discussie'.¹¹⁹

Hoe ze het zelf beleefden: het interne perspectief

Met de opmerking aan het slot van de vorige paragraaf zitten we meteen middenin het interne perspectief: daar overheerste vooreerst een zekere ambivalentie. Het was natuurlijk prettig dat (leden van) de onderzoeksgroep er kennelijk wel in slaagde(n) het een en ander los te maken. Maar wat loskwam was in de beleving van betrokkenen niet altijd positief. De sterk negatieve reacties over de toonzetting, variërend van kritiek op de provocatieve stellingnames tot kritiek op de dogmatische en overdadig geadstrueerde presentatie. Ik gaf al aan dat dit de 'Maastrichtse' toonzetting en stijl van de weeromstuit juist versterkte – hetgeen waarschijnlijk bevorderlijk werkte voor de (externe) neiging om van een Maastrichtse school te spreken. Overigens herinner ik mij op dit punt ook de interne twijfels. Zo vroeg Teunissen mij en anderen verschillende malen voorafgaand aan de publicatie van *Recht ist was der Umwelt nützt* of deze titel niet wat te scherp gekozen was (al dekde hij de lading zo goed)!¹²⁰

Naast dit 'psychologisch ongerief' was er na het verschijnen van *Eenzijdig en wederkerig?* sprake van 'wetenschappelijk ongerief'. Wat moest de onderzoeksgroep nu eigenlijk aan met de kritiek dat de beschouwingen te zwaar op de hand zou zijn en te principiële en te dogmatisch om voor de actuele ontwikkeling van het bestuursrecht een rol te kunnen spelen. Dit ligt in lijn met de slotzin van de vorige paragraaf; het kwam, vooral ook in gesprekken in de marge van congressen en symposia veelvuldig voor dat een zekere instemming met de kritiek werd betuigd maar aanstonds werd toegevoegd dat 'de soep toch niet zo heet werd gegeten'¹²¹ Het eerste punt ('te principiële-dogmatisch') riep vooral de vraag op of het bestuursrechtelijk discours nog wel op voldoende afstand stond van het werk van wetgever, bestuur en rechter, of dat de vereenzelviging met doelstellingen, zoals de totstandkoming en uitbouw van de Awb en de effectuering van milieubeleid door civiele acties van belangengroepen en van de overheid, een dominante factor in de beoefening van het eigen vak was geworden?

Hoe dan ook, het debat wist in de kern van het bestuursrecht in elk geval de verschillen in normatieve uitgangspunten duidelijk te maken. In die zin werd het spreken in termen van scholen ook in Maastricht overgenomen: in grote streken kan het palet van opvattingen over een leerstuk worden neergezet – en het is natuurlijk ook best aardig om op dat palet een plaats te krijgen. Tegelijkertijd dreigt het gevaar van uitvergroting en denken in termen van paradigma's, waardoor discussies al makkelijk verzanden door veronderstelde principiële verschillen over uitgangspunten en begrippen; een 'brug' wordt dan wel heel erg moeilijk te slaan.¹²²

Zo past het om nu ook een enkele opmerking te maken over de eenheid en verscheidenheid binnen de Maastrichtse school. Allereerst is er natuurlijk wel een soort van harde kern in de thematiek aan te wijzen. Zonder het nu zo te presenteren, reikt Tak in zijn inleidende bijdrage in *Spectraal recht?*,¹²³ naar mijn mening de belangrijkste elementen aan; om te beginnen de twee belangrijkste hypothesen: 1) de overheid handelt altijd publiekrechtelijk, en 2) het publiekrecht is van geheel andere orde dan het privaatrecht. Dit zijn zogezegd de 'eerste orde' hypothesen. Op die basis zijn verschillende stellingnames geformuleerd. De belangrijkste daarvan lijken mij:

¹¹⁸ A.w., p. 10-11.

¹¹⁹ Vgl. de bijdrage van A.Q.C. Tak in: J.B.J.M. ten Berge c.s. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Den Haag 1992, p. 67 e.v.

¹²⁰ Zie ook noot 27: 'Wij hebben gearzeld een dergelijke vergelijking te maken. 'Recht ist was dem Volke nützt' was gebaseerd op een bepaalde doctrine...'

¹²¹ Verheij, VAR-Preadvies, a.w., getuigt van beide visies. Enerzijds van de tegenwerping 'dat de rechter er altijd nog tussenzit' (hetgeen Verheij uiteindelijk niet steekhoudend acht, vgl. p. 64-65), anderzijds de tegenwerping (die Verheij ook wel verkondigt, a.w., p. 58, noot 141), dat het allemaal ook weer niet zó belangrijk is.

¹²² Ik denk aan het verschil in uitgangspunt over of het BW nu enkel een regeling biedt van bevoegdheden of dat het BW deze fundeert. Zo blokkeerde een verschil van opvatting hierover tijdens de laatste VAR-jaarvergadering het debat tussen Teunissen en De Wijkerslooth.

¹²³ A.Q.C. Tak, *Dimensies van overheidshandelen*, in: E.C.H.J. van der Linden c.s. (red.), *Spectraal recht?*, a.w., p. 1-28.

- a. kritiek op de gemene en gemengde rechtsleer in zoverre daaraan een invulling wordt gegeven die het de overheid mogelijk maakt zijn publiekrechtelijke kleed af te werpen;
- b. centraal stellen van de behartiging van het algemeen belang binnen de lijnen van democratische legitimatie, wetmatigheid, specialiteit en verdelende rechtvaardigheid (iustitia distributiva) voor het publiekrecht;
- c. centraal stellen van de wederkerige of gelijke autonomie van de burger als voorwettelijke uitgangspunt van een door het beginsel van de vergeldende rechtvaardigheid (iustitia commutativa) voor het privaatrecht;
- d. de eis dat de overheid handelt op basis van een formele én een materiële bevoegdheidsgrondslag;
- e. de onderscheiding tussen een objectieve en een subjectieve dimensie van overheidshandelingen.

Op het laatstgenoemde punt kom ik aanstonds nog terug, maar eerst wil ik, veronderstellend dat de lezer bovenstaand lijstje wel al herkend, juist enkele verschilpunten binnen de Maastrichtse school noemen die ten grondslag liggen aan accentverschillen binnen de reeks van voorgenoemde ‘gemene stellingen’.

Allereerst werd de wijsbegeerte van Dooyeweerd en van Van Eikema Hommes niet door alle ‘leden’ van de Maastrichtse school als een aantrekkelijk denkraam beschouwd. In onder andere de proefschriften van Teunissen, Schlössels en Van der Linden,¹²⁴ alsmede in Taks monografie *De overheid in het burgerlijk recht*, vinden we wel duidelijke (adstruerende) verwijzingen naar deze benadering – die ik hier overigens niet nader zal uitwerken.¹²⁵ Dergelijke verwijzingen ontbreken in het werk van anderen, zoals bij Neerhof, Nijholt, Simon, Van der Meulen, Verheij, Seerden en Heldeweg.¹²⁶ In de onderlinge gesprekken hierover hielden de eerstgenoemden de noodzaak voor van een archimedisch punt als grondslag voor theorievorming. Laatstgenoemden volgden de ‘Ockhamiaanse’ lijn: had je deze conclusies niet ook kunnen bereiken zonder deze levensbeschouwelijke premisses te nemen? Kortom, beperk de invloed ervan tot inspiratie in de ‘context of discovery’ en verwijs niet in de ‘context of justification’; want als het zonder deze abstracties kan, behoort je het eigenlijk ook zonder te doen!¹²⁷ Ook was er wel kritiek op de strikte categorisering van de juridische werkelijkheid (in termen van ‘verbanden’ als ‘materiële rechtskringen’ met een typerende eigen materiële competentiesfeer).

Mijn indruk is steeds geweest dat hier sprake was van een ‘axiomatische sprong’ die je wel of niet wil of weet te maken, maar die zich niet logisch laat afdwingen. Veel discussie werd er ook eigenlijk niet aan gewijd; de beide hierboven genoemde centrale hypothesen werden ook door de ‘rekkelijken’ gedeeld, maar dan weer op gronden van functioneel-pragmatische, rechtseconomische- of politiek-filosofische aard (zoals de vrijheid van het individu en/of de materiële gelijkwaardigheid van burgers als overheidsdoel of juist de principiële openheid van de juridische duiding van de algemeen belangbehartiging).

In samenhang met het voorgaande was er nog enige discussie over of het zin had dan wel wenselijk was om een inhoudelijk positief genormeerd staatsdoel aan te geven. Met name Simon was daarover positief en propageerde als doel de ‘materiële gelijkwaardigheid’ en het credo ‘in dubio pro libertatis’.¹²⁸ Naar mijn mening was het echter principieel onjuist om in de democratische rechtsstaat een materieel-inhoudelijk doel voorop te stellen.¹²⁹ Die stellingname reikt verder dan de gemene opvatting dat een staatsdoel in concreto, d.w.z. toegespitst op de behartiging van (specifieke) bijzondere belangen (van particulieren), altijd uit den boze was: een algemeen belang moet steeds de dragende overweging bieden achter het overheidshandelen.¹³⁰ Maar wat mij betreft gaat het om politieke keuzevrijheid binnen juridische dynamiek. Inhoudelijk is dat slechts bepaald in de navolgende zin: *‘De eerder besproken grondbeginselen bieden een dergelijke (normatieve, mah) fundering en hun kracht is juist gelegen in het feit dat gegeven hun aard het publiekrecht een open systeem blijft en dus verandering mogelijk wordt gemaakt zonder dat de rechtsorde zelf op de helling moet en burgers niet zonder het risico dat zij al hun feitelijke en rechtsbelangen verspelen de rechtsorde kunnen kritiseren. (...) Uiteindelijk gaat het dan – in het recht – om de menselijke waardigheid als een open concept.’*¹³¹

Een verschilpunt dat regelmatig terugkeerde in de beschouwingen betrof de al dan niet objectieve strekking van het bestuursrecht, ofte wel: bestaat er in het bestuursrecht eigenlijk wel beleidsvrijheid die een (verlengde) politieke afweging over de behartiging van publiekrechtelijke belangen mogelijk maakt? De toevoeging ‘van publiekrechtelijke belangen’ is cruciaal: dit impliceert namelijk dat door de wetgever in formele

¹²⁴ A.w.; E.C.H.J. van der Linden, *Formele en materiële rechtskracht*, diss. UM 1998, Den Haag 1998.

¹²⁵ Men raadplege de werken van voornoemde personen.

¹²⁶ Zie overigens Verheij, VAR-advies, a.w., p. 58, noot 143.

¹²⁷ Ockhams razor: abstracties die niet strikt noodzakelijk zijn om een stelling te schragen, dienen achterwege te blijven (vgl het nominalisme).

¹²⁸ Zie m.n. Simons proefschrift, *Publiekrecht of privaatrecht? Een geschiktheidsonderzoek aan de hand van het nutsmaximalisatiebeginsel toegespitst op het gebruik van het privaatrecht door het bestuur*, diss. VU 1993, Zwolle 1993.

¹²⁹ Met als kernpunt de idee van het ‘utilitair-opportunisme’. Zie mijn bijdrage *Publiekrechtelijke autonomie, Over exclusieve behartiging van het algemeen belang en de wederzijdse onvrijheid van burger en overheidsbestuur*, In: *Wederkerig en eenzijdig?*, a.w., p. 121-151, i.h.b. p. 129-130.

¹³⁰ Vgl. Teunissen, diss., a.w., p. 228, Tak in *Spectraal recht?*, a.w., p. 8, en mijn positie in *Publiekrechtelijke autonomie*, a.w., p. 129-130.

¹³¹ *Spectraal recht?*, a.w., p. 75-76.

zin (en eventuele gedelegeerde wetgevers) al uit het algemeen belang een publiekrechtelijk belang is gegeneerd (respectievelijk nader is verfijnd).¹³² Tak en Teunissen hebben in menig intern debat verdedigd dat daarmee door de regelgevers het normatieve kader op basis van een politiek-beleidsmatige afweging van belangen was voltooid en slechts nog, om het maar eens zo te zeggen, de ‘richtige doorvoering’ daarvan, ofte wel de formeel-juridische concretisering naar individuele rechtsposities of rechtsbetrekkingen toe, moest worden voltooid. Als dit normatieve kader objectief is gegeven, is een hernieuwde subjectieve, politieke afweging in abstracto niet meer mogelijk en rest slechts een uitwerking voor het concrete geval ‘in de geest van’ de reeds voltooide afweging in abstracto.¹³³ Als een van de weinigen heb ik, met een gedachtenexperiment in *Wederkerig en eenzijdig?*, ook deze ‘objectieve benadering’ gevolgd; beleidsvrijheid had daarin uitsluitend nog betrekking op de belangenafweging in concreto, namelijk ter voorkoming of compensatie van onevenredig nadeel als gevolg van de abstracte normstelling (die overigens geen clausules zoals art. 49 WRO kende).

Zoals mij onder anderen door Seerden regelmatig werd voorgehouden,¹³⁴ kom je zo uit op een stelsel dat rechtszekerheid omtrent concretisering van rechtsposities postuleert, terwijl deze voor betrokkenen niet of nauwelijks zichtbaar is te maken: de stap van algemeen verbindende voorschriften naar beschikkingen is eenvoudig te groot - wel hebben niet voor niets beleidsregels en richtlijnen.¹³⁵ Is het dan ook niet realistischer om die vertaalslag van abstracte normering naar normering in concreto maar politiek te duiden, opdat daarover ook een inhoudelijk debat mogelijk is en rechters niet worden gedwongen over een zo complexe ‘juridische vertaalslag’ indringender te oordelen dan hun rechterlijke legitimatie toelaat? Notabene, als ‘vertaalslag’ zagen Tak en Teunissen wel weer ruimte voor politieke inkleuring maar dan toch meer als een nu eenmaal onvermijdelijke en bijgevolg door de rechter daarom te respecteren beoordelingsruimte (niet -vrijheid!) dan als een beleidsvrijheid als ‘trigger’ voor een politieke afweging (mede ter versterking van democratisch draagvlak).

Ten slotte noem ik nog de strijd tussen de ‘rekkelijken’ en de ‘preciezen’ ten aanzien van de hantering van het specialiteitsbeginsel. Hierin bracht o.a. Simon, naar ik meen op rechtseconomische overwegingen insamenhang met de wens tot compensatie van het tekort van het burgerlijk procesrecht, het door Schlössels en mijzelf wel als postmodern gekenschetste beeld naar voren van de publiekrechtelijke bevoegdheid als een soort ‘juridische bemiddelingsplaats’.¹³⁶ Het ging hierbij ten principale, denk ik, om een verschil van opvatting over de betekenis van het legaliteitsbeginsel, maar met consequenties voor het specialiteitsbeginsel. Is het legaliteitsbeginsel primair de fundering zonder welke aan het bestuur geen bevoegdheden toekomen, of verschaft het enkel uitsluitel over besluitvormingsknooppunten, alwaar de overheid, op belevingsvrije titel, juist ook voor betrokkenen de gemeenschappelijk optimale belangenbehartiging realiseert.¹³⁷ Daarbij mogen dan ook privaatrechtelijke betrekkingen een rol spelen. Ik deel de meer precieze visie die door Schlössels in zijn proefschrift is neergezet.

De consequenties van deze – in de woorden van Van Ommeren – interne nuances, klinken natuurlijk door als verschillende accenten binnen het bovengenoemde gemene raamwerk van hypothesen en stellingnames, zij het niet altijd even nadrukkelijk. Ik weid daar niet verder over uit maar verwijs naar individuele opstellen en boeken, alsmede naar de afzonderlijke bijdragen in deze bundel (die nu juist is opgezet om ook de verscheidenheid in de Maastrichtse school te tonen).

Spectraal gezien; dimensies van het publiekrecht

In deze laatste paragraaf wil ik nog wat nader ingaan op de dimensies van het bestuursrecht zoals deze naar mijn smaak in de laatste Maastrichtse bundel *Spectraal recht? De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit* meer uitdrukkelijk aan de orde is gesteld. Ik geef daarvan een beknopt overzicht omdat het – denk ik – toch de brug vormt tussen het werk in de bundel *Eenzijdig en wederkerig?* en het werk dat in deze bundel kan worden aangetroffen. Mijn indruk is dat in *Spectraal recht?* de ‘rechtstheoretische’ kant van de discussies in de Maastrichtse school meer aandacht heeft gekregen.¹³⁸ Net als in *Eenzijdig en wederkerig?* vinden we uitwerkingen van (in de goede zin) rechtsdogmatische (interne, juridisch-normatieve) stellingnames, maar enkel

¹³² Vgl. Teunissen, diss, a.w., Hoofdstuk 6, i.h.b. p. 233 e.v.

¹³³ Ik denk dat deze benadering eigenlijk goed aansloot op de zienswijze in de het Maastrichtse opstel *Beleidsregels: gebruiksaanwijzing van bestuursbevoegdheid*, a.w. (na regelgeving bij algemeen verbindend voorschrift domineert individuele rechtsbedeling).

¹³⁴ O.a. in R.J.G.H. Seerden, *De vrijwarende werking van milieuvergunningen*, in *Eenzijdig en wederkerig?*, a.w., p. 249-276, i.h.b. p. 264-265.

¹³⁵ Zie ook Bröring, a.w., p. 31.

¹³⁶ Zie o.a. H.J. Simon, *Financiële voorwaarden en voorschriften, en blik vanuit de theorie op de praktijk*, NTB 1994/6, p. 152-153.

¹³⁷ Vgl. R.J.N. Schlössels, diss, a.w., i.h.b. hfst. 4.6 en hfst. 7 en M.A. Heldeweg, *Het specialiteitsbeginsel: bel voor de laatste ronde? (Cafébedrijf Meers)*, in: L.J.A. Damen c.s. (red.), *Rechtspraak bestuursrecht 1994-1995, de annotaties*, Den Haag 1995, p. 175-199, i.h.b. p. 193 e.v.

¹³⁸ Ik formuleer het als indruk, omdat ik natuurlijk geen onbevungen lezer ben en het kan zijn dat mijn ervaringen uit de wordingsgeschiedenis van beide bundels hierin doorklinkt.

in het door elke auteur zelf gekozen thema als invulling van de rode draad. Die meer theoretische rode draad is dat één enkele bevoegdheidsuitoefening door de overheid, tegelijkertijd in verschillende rechtsgebieden beoogde en/of niet beoogde rechtsgevolgen kan sorteren. Met deze bundel is de Maastrichtse school naar mijn oordeel definitief uitgerezen boven de typering, zoals aangehaald door Damen,¹³⁹ van de school van de eenzijdigheid van de bevoegdheidsuitoefening. Wat mij betreft is het meer de school van de twee dimensies van het bestuursrecht¹⁴⁰ of (wat mij betreft) van het ‘*complementaire publiekrecht*’.

De bundel *Spectraal recht?* wordt geopend met een bijdrage van Tak, *Dimensies van overheidshandelen*.¹⁴¹ Dat is geen toeval omdat deze bijdrage, althans een conceptversie daarvan, het discussie-stuk vormde waarmee het debat, waarvan de bundel de resultaten laat zien, werd geopend. De bijdrage begint met de vaststelling dat in het systeem van de Awb ‘... vanuit de bevoegdheidssfeer van de handelende instantie een bepaald handelen (wordt) geëtiketteerd naar de vanuit die bevoegdheid veronderstelde gevolgen, ongeacht de reële implicaties van die handeling.’¹⁴² Respectievelijk: een rechtshandeling of niet; publiekrechtelijk of privaatrechtelijk; van algemene strekking of niet; een algemeen verbindend voorschrift of een (ander) besluit van algemene strekking. Echter, ‘.. het door één feit geactiveerde recht (vertoont) als een regenboog een grote mate van verscheidenheid, van nuanceringen, van variaties.’ Daardoor is niet het recht, maar zijn wel de rechtsfeiten, in hun samenhang met norm en gevolg, ‘spectraal’: ‘.. één en hetzelfde ‘natuurfeit’ (kan) naar de verschillende gevolgen ervan, m.n. ten aanzien van onderscheiden personen, worden onderscheiden in verschillende rechtsfeiten. Voor ons publiekrecht als systeem van rechtsbescherming, moet de vraag dus eigenlijk zijn: ‘bevat het publiekrecht regels ten aanzien van de gevolgen van dit feit (bijv. deze beslissing), en zo ja, welke regel per welk gevolg?’¹⁴³

Het is deze uitgangspositie die leidt tot een onderscheiding in de ‘dimensies van het publiekrecht’. De uitgangspunten daarvoor haalde ik eerder al aan als de centrale hypothesen van de Maastrichtse school: 1) de overheid handelt altijd publiekrechtelijk, want steeds vanuit de plicht tot behartiging van het algemeen belang, en 2) dit publiekrecht is van volstrekt andere orde dan het privaatrecht: ‘*Weliswaar kunnen beide (rechtsgebieden, mah) worden gezien als verschijningsvormen van het recht – en zijn bijvoorbeeld de algemene rechtsbeginselen in principe in beide rechtsgebieden werkzaam -, het betreft hier toch niet de vermengbare kleuren van het spectrum. (...) De publiekrechtelijke (rechtssfeer) kent de dominans van het algemeen belang; de privaatrechtelijke die van de particuliere autonomie.*’¹⁴⁴

Voor de typering van de dimensies van publiekrechtelijke handelingen geldt dan het volgende uitgangspunt: ‘*Ieder overheidshandelen wordt gekenmerkt door een boven-individuele, objectieve strekking, gericht tot de gemeenschap als geheel en ieder lid daarvan (‘erga omnes’); draagt derhalve een objectief en algemeen karakter.*’¹⁴⁵ Dit is een uitvloeisel van de algemeen belangbehartiging als exclusieve overheidstaak en hierbij past eigenlijk alleen een recours objectief, zoals dat ook in Nederland in de administratieve rechtsbescherming aanvankelijk domineerde. ‘*Pas later komt de dimensie van de individuele rechtsbescherming in beeld. Dan komen vragen op als: (in hoeverre) kan publiekrechtelijk handelen dat objectief gezien bevoegdelijk kan worden geacht, toch gevolgen teweegbrengen die subjectief, geïndividualiseerd, onrechtmatig moeten worden geacht?*’ Voor de objectieve dimensie zijn legaliteit en specialiteit de centrale waarborgen, maar schending daarvan zal slechts jegens individuele burgers onrechtmatig zijn als, ‘..deze bevoegdheidsnormen geacht kunnen worden niet alleen te functioneren in het belang van de gemeenschap als geheel, maar tegelijkertijd ook in het belang van de individuele burger (als ‘*schutznorm*’).’¹⁴⁶ Bescherming van de individuele burger staat geheel in het teken van de verdelende rechtvaardigheid (door de overheid te respecteren gelijkheid, evenredigheid en opgewekt vertrouwen). Deze rechtvaardigheid is van principieel andere aard dan de vergeldende rechtvaardigheid van het burgerlijke recht: ‘*Het overheidsbesluit als rechtsfeit jegens een individuele burger dient te voldoen aan het begrip ‘égalité’ samen te vatten publiekrechtelijke rechtsnormen voor het contact overheid-burger.*’¹⁴⁷

Op deze wijze ontluiken de twee dimensies: ‘*.jegens de gemeenschap geldt het overheidsbesluit als publiekrechtelijke rechtshandeling; jegens een bepaald individu als ‘feitelijke handeling’ in de publiekrechtelijke sfeer, als gevolg waarvan zijn individuele rechtspositie kan worden aangetast.*’¹⁴⁸

De aldus geschetste zienswijze is, als gezegd het uitgangspunt geweest voor de debatten en uiteindelijk de bijdragen aan de bundel *Spectraal recht?*, waarmee niet is gezegd dat elke bijdrage ook volledig in lijn met Taks

¹³⁹ Zie noot 62.

¹⁴⁰ Misschien ook wel van het publiekrecht!

¹⁴¹ A.w., p. 1-28.

¹⁴² A.w., p. 2.

¹⁴³ A.w., p. 2-3.

¹⁴⁴ A.w., p. 5.

¹⁴⁵ A.w., p. 7.

¹⁴⁶ A.w., p. 8.

¹⁴⁷ A.w., p. 10-11.

¹⁴⁸ A.w., p. 11

uitwerking is opgezet. Wel is steeds de idee van de verschillende juridische verschijningsvormen van één en hetzelfde overheidshandelen het centrale aanknopingspunt geweest.

De bundel *Spectraal recht?* heeft, anders dan *Eenzijdig en wederkerig?*, maar weinig reacties losgemaakt, in elk geval niet op de bundel als zodanig. Misschien was de titel ervan te cryptisch. Het heeft bijgevolg ook weinig zin om de eerder gepresenteerde bloemlezing van ‘externe reacties’ hier voort te zetten. Stiekem hoop ik dat deze presentatie buiten ‘Maastricht’ een aansporing zal blijken om de, mijns inziens zeer lezenswaardige bijdragen alsnog op te pakken. Als dat alsnog gebeurt zal ik daar graag bij gelegenheid nog een nadere kroniek van verzorgen!

Eigen invulling

Ik wil hier nog een enkele opmerking maken op het punt van de materieelrechtelijke en - vervolgens - van de procesrechtelijke consequenties van de onderscheiding in de twee dimensies van het publiekrecht.

Wat de materieelrechtelijke consequenties betreft is mijn indruk dat de Maastrichtse kijk op zowel de rol van het beginsel van de verdelende rechtvaardigheid als het legaliteitsbeginsel onvoldoende op z’n merites wordt begrepen.

In de objectieve dimensie van het publiekrecht geldt het uitgangspunt van de dienstbare overheid, exclusief gebonden aan de behartiging van het algemeen belang - als uitvloeisel van het democratisch ideaal - uitgewerkt in legaliteits- en specialiteitsbeginsel.¹⁴⁹ Ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, voorzover gericht op de objectieve en algemene kwaliteit van het overheidshandelen erga omnes, kunnen hierbij een rol spelen. Als pendant daarvan geldt, ter subjectieve zijde, het uitgangspunt van de verdelende rechtvaardigheid; gegrondvest in de gelijke autonomie van burgers ten overstaan van de overheid – de *égalité devant les charges èn les services publiques*.¹⁵⁰

Het verbod van willekeur vormt daarbij, gelijk Bakker en Tak het uitdrukten,¹⁵¹ de doorgang tussen Scylla en Charybdis, en geldt daarmee voor mij als het ultieme publiekrechtelijke paradigma: aan de objectieve zijde behelst het de eis dat de overheid in abstracto, dat wil zeggen louter algemene belangen onderling afweegt (de meer formele toets van art. 3:4, lid 1 Awb)¹⁵², aan de subjectieve zijde behelst het dat de gevolgen van de belangafweging in abstracto geen onevenredige verdeling van lasten (en lusten) onder burgers teweeg brengt (de formele en materiële toets van art. 3:4, lid 2 Awb). Hieruit volgt mijns inziens ook dat ongelijkheden voor de publieke last die als resultante van de algemeen belangbehartiging zijn beoogd (zoals bij milieueffingen of belastingheffing), geen schending van de *égalité* inhouden, maar langs het objectieve spoor wel de toetsing aan het willekeurverbod moeten kunnen doorstaan!

Het beeld van de twee dimensies van het publiekrecht brengt mee dat we twee functies van het legaliteitsbeginsel moeten onderscheiden; namelijk de functie van democratische legitimatie en die van waarborg voor bescherming van burgers.¹⁵³ Daarbij is de wetsvorm overigens geenszins een voor alle gevallen absolute eis (men kan ook denken aan moties, begrotingsvaststellingen of een aanvaarding na kamerdebat).¹⁵⁴ Het gaat er mijns inziens vooral om dat in het publiekrecht het legaliteitsbeginsel eigenlijk het enige echte constitutieve rechtsbeginsel is, en dat dit beginsel een verbinding behelst tussen de democratische legitimeerde algemeen belangbehartiging (de materiële vestiging van het normstellingsprimaat in de objectieve dimensie, met de publiekrechtelijke normatiek als sequel) en de formele, aanwijsbare bevoegdheid tot het – eenzijdig – binden (in de subjectieve dimensie) anderzijds.¹⁵⁵ Alleen indien beide grondslagen aanwezig zijn kan de overheid wetmatig handelen.¹⁵⁶ In de samenhang tussen de eisen die vanuit beide dimensies moeten worden gesteld moet worden beslist of enkel een specifieke wettelijke bevoegdheidstoekenning volstaat of dat ook een bevoegdheid kan worden aangenomen op basis van een taakomschrijving of een begrotingspost. Daarvoor zal objectief de

¹⁴⁹ Aangezien wetsvorm en specialiteitsbeginsel aansporen tot eenduidigheid en doelgerichtheid van overheidsbevoegdheden, vormen zij – in elk geval in de objectieve dimensie – een noodzakelijk normatief complement teneinde het democratisch ideaal te waarborgen.

¹⁵⁰ Vgl. Tak, *Spectraal recht?*, a.w., p. 9-10 en, in meer algemene zin in: *De nieuwe ‘De Haan’*, a.w., p. 21-22; Verheij, VAR-advies, p. 11, § 1.1 in fine; H.J. Simon, *Autonomie en verbintenis in het publiekrecht*, in: *Eenzijdig en wederkerig?*, a.w., p. 61-119, i.h.b. p. 100.

¹⁵¹ R.E. Bakker en A.Q.C. Tak, *De centrale rol van het willekeurverbod bij de toetsing van overheidshandelen*, in: A.W. Heringa en N. Verheij (red.), *Publiekrechtelijke bewegingen*, a.w., p.

¹⁵² Die een materiële schijn heeft omdat bij toetsing het bestuur niet maar op z’n woord wordt geloofd maar de genomen beslissing (redelijkerwijs) moet zijn te begrijpen als het resultaat van een belangafweging. Dat impliceert bij voorbeeld toch al de eis van logische consistentie in de overwegingen die tot het besluit hebben geleid.

¹⁵³ Vgl. Tak, NTB 1999/2, a.w., p. 23; In lijn met De Haans kritiek op Van Ommeren, a.w., Bouwrecht 1998/8, p. 634. Hierbij gaat het om de vestiging/erkenning van het democratisch normstellingsprimaat, waarbij de publiekrechtelijke begrenzing van de burgerlijke vrijheid primair een democratische titel behoeft (vgl. de in noot 5 aangehaalde reacties op Scheltema’s ‘Volwaardig bestuursrecht’, en Verheij’s roep (noot 122) om voortaan te stemmen op een ander dan degene die hem het roken verbiedt).

¹⁵⁴ Vgl. Tak, NTB 1999/2, a.w., m.n. p. 26-27. Van Ommeren zag als een van de weinigen het Maastrichts relativisme op dit punt, NTB 1998/4, a.w., m.n. p. 120. Hij bepleit een beperktere maar dan wel scherpere toepassing van het legaliteitsbeginsel, mogelijk gemaakt door inherente bevoegdheden aan te nemen – een gedachte die parallel ook in Maastricht al was opgepakt (zie noot 101).

¹⁵⁵ Vgl. de eerste dimensie als bedoeld in: J. van der Hoeven, *Drie dimensies van het bestuursrecht*, VAR-reeks nr. 100: kern daarvan is de publiekrechtelijke erkenning van (reeds verworven) overheidsmacht.

¹⁵⁶ Ook als het formeel om privaatrechtelijke rechtsinstituten, zoals het eigendomsrecht, gaat.

wenselijkheid van een deugdelijke verankering van het normstellingsprimaat (vis a vis de rechter en/of het bestuur) en subjectief de mate van belastendheid de doorslag geven.

Ik meen dat in deze ‘complementaire’ benadering ook de sleutel ligt voor de idee van de inherente of impliciete bevoegdheden. Zo zal, bijvoorbeeld, de terugvorderingsbevoegdheid als impliciete bevoegdheid mogen worden aangenomen op basis van het objectieve normstellingsprimaat enerzijds (de terugvordering betreft de effectuering van de behartiging van een publiekrechtelijk belang) en van de subjectief bindende bevoegdheidsuitoefening anderzijds. De bevoegdheidsuitoefening moet enerzijds congruent (kunnen) zijn met de objectieve doelstelling en anderzijds sporen met de eis van een niet onevenredige benadeling of bevoordeling van individuele burgers (de égalité). Die eis van congruentie (of complementariteit) impliceert de accessoire bevoegdheden die daarvoor nodig zijn. Het spreekt vanzelf dat (on)geschreven beginselen zoals het specialiteitsbeginsel, het verbod van willekeur en de abbb (denk aan de rechtszekerheid) bij de uitoefening ten volle toepasselijk zullen zijn.

Vanuit het primaat van het publiekrecht heb ik moeite met de redenering dat de impliciete bevoegdheden voortvloeien uit ‘algemene rechtsbeginselen’. Kunnen we het niet af met de publiekrechtelijke normatiek?¹⁵⁷ Ik zie geen noodzaak tot het ‘door het privaatrecht heen’ reiken naar als het ware voorgegeven algemene beginselen. Nemen de beoefenaren van het publiekrecht hun rechtsgebied wel serieus genoeg? Natuurlijk mag best bij andere rechtsgebieden te rade worden gegaan voor inspiratie – dat kan ook zeker constructief bijdragen aan de uitbouw van het publiekrecht, ook als dat gebeurt vanuit de aspiratie van de ‘eenheid van het recht’ als context of discovery. Ik blijf het echter gewrongen vinden om het gezag van normatieve uitspraken dan te baseren op (al)gemene beginselen die *ineens maar toch ook weer a priori* in een soort gemeen recht aanwezig blijken te zijn, al kenden we ze eigenlijk alleen maar uit een ander rechtsgebied met geheel andere normatieve premisses. Had de Afdeling bestuursrechtspraak niet kunnen kiezen voor een lijn waarbij een erkend algemeen *publiekrechtelijk* beginsel wordt ingeroepen dat in samenhang met het legaliteitsbeginsel, namelijk in de context van de rechtsverhouding ontstaan door de krachtens laatstgenoemd beginsel bestaande publiekrechtelijke bevoegdheid, een voldoende basis vormt voor het aannemen van een besluit? De ‘invullende rechtsleer’ zie ik meer als wetenschappelijke methode waarin op grondslag van de publiekrechtelijke normatiek wordt gezocht naar tentatieve invullingen voor de ‘open plekken’ van het publiekrecht.¹⁵⁸ Ook zie ik mogelijkheden in de institutioneelrechtelijke analyse van het recht, maar voorzover dit leidt naar ‘algemene beginselen’, lijkt me dat meer een zaak van een wetenschappelijke vingerwijzing met in de kern van de zaak een contingent uitgangspunt, dan van een normatief a priori’.¹⁵⁹

Wat de procesrechtelijke consequenties betreft meen ik te moeten vaststellen dat de eerder aangehaalde ‘voorzet’ van Tak ook binnen Maastricht slechts door enkele anderen wordt gedeeld (waarschijnlijk toch vanwege twijfels over de praktische uitwerking!). Hoe zit het in elkaar?¹⁶⁰ Tak stelt voor om het onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve dimensie, conform zijn stellingname in *Het moment X*,¹⁶¹ te vertalen in een contentieus objectief binnen de bestuurskolom en een contentieus subjectief bij de bestuursrechter als gewonen rechter. Binnen het contentieus objectief wordt voor het moment X, het moment waarop de definitieve overheidsbeslissing is gegeven, door bestuurlijke (toezichts)organen een objectieve toetsing uitgevoerd die, bij gebleken onrechtmatigheid, moet leiden tot vernietiging en herbeslissing. Binnen het contentieus subjectief wordt na het moment X door een onafhankelijke rechter de rechtmatigheid van het besluit gelet op z’n consequenties voor individuele burgers beoordeeld. Bij gebleken onrechtmatigheid kan de rechter echter niet de beslissing (met zijn objectieve werking erga omnes) aantasten, maar wel de effecten daarvan voor de desbetreffende burger redresseren, zoals door een buiten toepassing laten en (eventueel) een toekenning van schadevergoeding. Kortom, ‘sancties’ die enkel werken ten aanzien van betrokkene. Idealiter volgen het contentieus objectief en subjectief elkaar in de tijd op,¹⁶² zodat, bijvoorbeeld, eerst (in hoogste instantie) een Afdeling van de Raad van State oordeelt over de ‘objectieve houdbaarheid’ van de overheidsbeslissing. Dat oordeel postuleert dan voor de bestuursrechter (als deel van de ‘gewone’ rechterlijke macht) de formele rechtskracht van het (eventueel herziene) besluit - *naar zijn objectieve kenmerken bezien*. Aansluitend kan de bestuursrechter beoordelen of het objectief rechtmatige overheidshandelen misschien toch subjectief onrechtmatig is (naar de aspecten daarvan die niet uit hoofde van de behartiging van het algemeen belang zijn beoogd). Indien niet, dan kan onverbindendheid

¹⁵⁷ Zie mijn bijdrage in *Spectraal recht?*, a.w. p. 95-96.

¹⁵⁸ Rechtspragmatisme? Dat verkies ik dan toch boven uit de hoed getoverde beginselen waarbij de ‘spreuken’ refereren aan enig *kennelijk* algemeen, normatief a-priori (dat ongeschreven in een haast platonische wereld al op ons lag te wachten)! Het lijkt ook op de metafoer van de bekende baron die zichzelf aan zijn eigen haren uit het moeras trok. Dat doen we eigenlijk al bij de idee van de democratische legitimatie van de overheid – en daar moesten we het verder ook maar bij laten!

¹⁵⁹ En zo kom ik vanuit Maastricht in Twente! Vgl. voor een institutionele theorie van het recht: D.W.P. Ruiter, *Institutional legal facts, xyz*. Ik verkondig hier overigens geen ‘Twentse school’ – maar ook die onderkenning kan nog komen!

¹⁶⁰ Ik zal nu niet stap voor stap verwijzen. Men leze Taks bijdrage in *Spectraal recht*, a.w.

¹⁶¹ A.w.

¹⁶² Tak geeft aan dat dit niet perse noodzakelijk is, a.w., p. 23, noot 63.

en/of schadevergoeding volgen.¹⁶³ In dit model is het mijns inziens niet wenselijk om burgers als ‘onbezoldigd rijksverklikker’¹⁶⁴ op te zadelen met de plicht om eerst (binnen korte termijnen) het contentieux objectief in werking te zetten en pas daarna een (voor hem of haar pas echt relevant) contentieux subjectief in te gaan. Wel kan ik mij voorstellen dat de burger in kwestie eerst expliciet om een bestuurlijk oordeel verzoekt, vergelijkbaar met een bezwaarschriftenprocedure.¹⁶⁵ Dit zou betekenen dat er ofwel moet worden voorzien in een van de burger onafhankelijke, effectieve (d.w.z. vlotte) procedure in een contentieux objectief,¹⁶⁶ of dat het contentieux subjectief ook rauwelijs kan worden ingegaan. Dat laatste lijkt ook goed mogelijk; ook omdat het de rechter uiteraard wel vrij staat bij wijze van indirecte toetsing na te gaan of het normatieve kader van algemene regelingen waarop de bestreden handeling berust en/of waardoor deze wordt genormeerd te toetsen en, bij gebleken onrechtmatigheid, deze regeling *voor het concrete geval* buiten toepassing te laten.¹⁶⁷

Conclusie

Ik geef het toe, ik heb deze schets niet alleen gebruikt om de lezer iets van de ontwikkelingen tot en de perspectieven op de Maastrichtse school te tonen, maar ook als kleine kritiek op de onderzoekscultuur van strakke ex-ante programmering en om aan het slot toch nog een eigen vakinhoudelijk accent te plaatsen.

Wat het eerste betreft, waren mijn ervaringen in de Maastrichtse school voor mij zoiets als het zoveelste bewijs van het failliet van opgedrongen onderzoeksprogrammering, doordat juist een groep die daar wars van was het naar mijn smaak als groep wetenschappelijk beter deed. Let wel, natuurlijk vind ik dat wetenschappers zich ook moeten verantwoorden voor het feit dat zij hun onderzoek mogen doen op kosten van de staat, lees: de belastingbetaler. Dat verplicht tot verantwoording en ik vind ook dat er mag worden afgerekend, maar dan achteraf op wat er daadwerkelijk is gepresteerd.

In samenhang met dit punt heeft het me overigens ook gefraspeerd – en ik hoop dat dit element ook in het voorgaande tot uitdrukking is gekomen – dat als onderzoekers dan eenmaal ook als groep een bepaalde stelling durven innemen (zij het nog met name in de vorm van *verzamelingen* van publicaties in een bundel), dit van buiten die groep al snel leidt tot de reactie dat er wel een wetenschappelijk natuurlijk verdachte vorm van ‘group-think’ in het geding zal zijn (al dan niet met ‘leiders’ en ‘volgelingen’). Het hoort er waarschijnlijk allemaal bij en het spreken in termen van scholen lokt het misschien ook wel uit. Dat betekent mijns inziens niet dat we dat laatste dan maar moeten laten; zolang we, niettegenstaande de polemiek, steeds elk werk (en elke beoefenaar van het vak), op wetenschappelijke merites blijven beoordelen. Deze bundel geeft daar, vanwege de gekozen opzet, hopelijk ook alle aanleiding toe!

Mijn inschatting is dat ook na deze bundel de Maastrichtse school, steeds minder naar geografische maatstaven, het eigenzinnig onderzoek zal voortzetten, deze bundel bevat mijns inziens al wat aardige aanzetten (waarvoor ik graag verwijs naar die bijdragen en de uitleiding van de bundel). Ik meen deze bijdrage bijgevolg te kunnen afsluiten met:

‘Wordt vervolgd!’¹⁶⁸

¹⁶³ De rechter kan oordelen dat – á la de rechtmatige overheidsdaad – geen onverbindendheid volgt, maar wel schadevergoeding wordt toegekend (analoog aan art. 6:168 BW). Bij onverbindendheid ligt intrekking van het besluit *door het bestuur* (!!) in de rede maar het hoeft niet.

¹⁶⁴ Zie N. Verheij, *Een klantvriendelijke rechter*, in: J.B.J.M. ten Berge c.s. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, a.w., p. 131-149, i.h.b. p. 136.

¹⁶⁵ Wat mij betreft liever een ‘verzoekschriftenprocedure’ die leidt tot een bijgestelde rechtshandeling of wellicht enkel tot een rechtsvaststellende beslissing (dat volgens het bestuur rechtens een bepaalde toedracht vaststaat); vgl. D.W.P. Ruiters, *Zelfstandige schadebesluiten: rechtschepping of rechtsvaststelling?*, NTB 1998/9, p. 281-289 en de reacties van Schlössels (NTB 1998/.. met naschrift Ruiters, p.), alsmede van Verheij en De Wijkerslooth in hun respectieve VAR-preadviezen, p. 46-47 en p. 92-93). Notabene, het gaat om rechtsbescherming tegen al het overheidshandelen: dit verzoek zou ook van toepassing kunnen zijn op rechtshandelingen naar burgerlijk recht door de overheid (exit art. art. 8:3 Awb)!

¹⁶⁶ Getriggerd door zoiets als een automatische controle in de bestuurskolom na genoemde heroverweging of door de ‘subjectieve actie’ van de burger bij de bestuursrechter, waarbij deze tenminste nog op een ‘voorlopig oordeel’ wacht.

¹⁶⁷ Zie ook Tak, a.w., p. 27. Ik besef dat er nog allerlei procesrechtelijke complicaties zijn te bedenken, maar die lijken mij eigenlijk meer van technische aard.

¹⁶⁸ PS, wie zijn nu precies deel van de Maastrichtse school? Als dat een harde lijst zou zijn zou de Maastrichtse school zichzelf niet meer zijn. In noot 1 vermelde lijst van Verheij, vind ik zo gek overigens nog niet. Mede blijkens deze bundel zouden we R.E. Bakker, E. Steyger, B.M.J. van der Meulen, A.R. Neerhof, C. Bollen, A. Heilhof en – zeker sinds zijn VAR-preadvies – ook N. Verheij moeten rekenen, maar goed beschouwd is zo’n lijstje eigenlijk niet veel meer dan een opsomming van personen die op wat intensievere wijze en op gedeelde geografische roots, met elkaar over de thematiek van grondslagen en beginselen van het publiekrecht in debat zijn gegaan.