

© 2001, Twente University Press

ISBN 9036515920

No part of this work may be reproduced  
by print, photocopy or any other means  
without the permission in writing from  
the publisher.

Cover design: Jo Molenaar [deel 4] ontwerpers  
Print: Grafisch Centrum Twente

*Publisher*  
Twente University Press  
P.O. Box 217  
7500 AE Enschede  
The Netherlands  
[www.tup.utwente.nl](http://www.tup.utwente.nl)

# De Regel Meester

Opstellen voor Dick W.P. Ruiter

*Met bijdragen van*

mr. I.F. Dekker  
prof.dr. Ph. Eijlander  
dr. M.V.B.P.M. van Hees

mr.dr. E. Helder

mr.dr. M.A. Heldeweg

drs. P.A.J. Hulsen

prof.dr. H.M. de Jong

mr.dr. P.M. Langbroek

dr. R.E. Leenes

prof.dr. R.H. Lieshout

mr. T.P. Rensen

mr.dr. A.G.J.M. Rombouts

mr.dr. R.J.P. Schobben

mr.dr. J. van Schooten-van der Meer

mr. O.J. Tans

mr. A.C. van Wageningen

dr. W.G. Werner

dr. R.A. Wessel

*Onder redactie van*

mr.dr. M.A. Heldeweg  
mr.dr. R.J.P. Schobben  
dr. W.G. Werner



Twente University Press

# Het spagaat<sup>®</sup>

## Samenhangen tussen de 'Twentse' rechtstheorie en de 'Maastrichtse' rechtsdogmatiek toegepast op publieke rechten

Michiel A. Heldeweg

### 1. 'To boldly go...'

Ik waag mij aan een in dubbel opzicht persoonlijke missie. Allereerst persoonlijk omdat dit stuk verschijnt in een aan Dick Ruiters opgedragen liber amicorum. Ik heb Dick Ruiters in de afgelopen twee jaar leren kennen als een inspirerende leermeester en een hartelijke vakgenoot en heb de gelegenheid tot het schrijven van deze bijdrage daarom met veel genoegen opgenomen. Persoonlijk is deze bijdrage anderszinds omdat ik tot twee jaar geleden actief deelgenoot was aan de discussies in het kader van de 'Maastrichtse school'.<sup>1</sup> Deze bijdrage is een poging om zicht te krijgen op de raakvlakken tussen een rechtsdogmatische analyse van de hoofdbeginselen van het publiekrecht (vanuit de Maastrichtse school) en een rechtstheoretische analyse van, onder andere, het publiekrecht (vanuit de 'Twentse school'). Als het mij lukt het daarvoor vereiste 'spagaat' te maken, meen ik dat ook het eerste, het opdragen van deze bijdrage aan Dick Ruiters, zal slagen. Zijn 'opdracht' aan mij, bij mijn aankomst in Twente in januari 1999, was namelijk om niet datgene te gaan doen waarmee hij zich reeds bezig hield, maar om te bezien hoe rechtstheoretisch werk kan bijdragen aan het rechtsdogmatisch debat.

Juist dat wil ik hier doen en wel aan de hand van een concreet onderwerp. Het geluk wil dat zowel Dick Ruiters als ikzelf op dit moment worden geprikkeld door de van overheidswege gepropageerde gedachten over invoering van stelsels van zogeheten 'verhandelbare rechten'. Verhandelbare rechten lenen zich er bij uitstek voor om zowel vanuit de Maastrichtse als vanuit de Twentse school te worden belicht.

Ik denk dat de beoogde vergelijking nieuw is. 'To boldly go where no-one has gone before.' is misschien wat te pretentius, maar dit uit 'Star Trek' afkomstige credo zal Dick Ruiters – zelf nog net geen 'Trekkie' – aanspreken.<sup>2</sup> Net als de crew uit deze illustere serie weet ik niet vooraf waarop ik mij precies moet voorbereiden. Zeker wat de Twentse benadering betreft ben ik nog een nieuwkomer en wellicht

---

© De Regal Meester. Opstellen voor Dick W.P. Ruiters, M.A. Heldeweg, R.J.P. Schobben en W.G. Werner (red.), Enschede, Twente University Press, 2001.

<sup>1</sup> Zie van mijn hand: 'De Maastrichtse school', in: M.A. Heldeweg, E.C.H.J. van der Linden en R.J.N. Schillessels, *Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht*, Den Haag, Sdu, p. 1 v/m 37.

<sup>2</sup> Al zal hij er meteen op wijzen dat het in Brits-engels 'To go boldly..' moet zijn.

### 3. Een neo-institutionele analyse (Ruiter)

De verhandelbare publieke rechten staan (weer) op de juridische agenda, waarbij de aandacht vooral uitgaat naar de positiefrechtelijke aspecten.<sup>14</sup> In enkele 'producties' richt Ruiter<sup>15</sup> een meer rechtstheoretische blik op dit verschijnsel. Zijn interesse is gewekt door de vraag of de economische property-rights benadering, waarbinnen publieke rechten het karakter van verhandelbare 'eigendomsrechten' aannemen, wel verenigbaar is met de juridische doctrine inzake publieke rechten zoals vergunningen.<sup>16</sup>

#### 3.1 Synergie?

In een paper voor het NOB-congres van November 2000<sup>17</sup> onderzoekt Ruiter in algemene termen de mogelijke synergie tussen de neo-institutionele economie en de institutionele rechtstheorie met het oog op ons inzicht in het proces van institutionele verandering van het openbaar bestuur in Europa. Hij wijst erop dat er onder neo-institutionele economie een verschil van opvatting bestaat over de vraag of instituties moeten worden gezien als sets van spelregels ('rules of the game') of als vaste sociale gedragspatronen. Ook is onduidelijk of instituties alleen het begrip property-rights dekken of tevens de concepten 'firms' en 'governing structures'.<sup>18</sup> Ruiter analyseert instituties vanuit het perspectief van de institutionele rechtstheorie. Daarin worden instituties opgevat als een juridisch geldig systeem van regels gericht op het teweebrengen van een sociale praktijk die kan worden gezien als rustend op de gemeenschappelijke overtuiging dat deze systemen zijn te beschouwen als samenhangende verschijnselen vergelijkbaar met empirische feiten. Instituties behelzen daarom zowel de spelregels als de sociale praxis en zij kunnen op elk van de drie concepten, property rights/firms/governing structures – worden toegepast.<sup>19</sup> Alle instituties kunnen worden gemodelleerd als betrekkingen tussen personen of als betrekkingen tussen personen en objecten.<sup>20</sup> Bij één type daarvan – door Ruiter 'institutionele objecten' genoemd – kunnen we denken aan de objectivering van property rights of van persoonlijke rechten door het overdraagbaar maken daarvan.

In de aangehaalde 'producties' over verhandelbare publieke rechten probeert Ruiter tegen de achtergrond van deze algemene observaties te laten zien hoe de institutionele rechtstheorie een basis kan vormen voor een kritische vergelijking tussen

<sup>14</sup> Vgl. o.a. het NIB-themanummer (2001/8), met bijdragen van D.C.J.A. van Engelen, Overdraagbaarheid van 'alle rechten'. Weiswijzing mogelijk in aantocht?, p. 333-338, alsmede T.A. van Kampen, De handel en wandel binnen het publiekrecht. Verhandelbaarheid van publiekrechtelijke rechten, p. 339-345.

<sup>15</sup> 'Producties' want op het moment dat ik dit schrijf nog niet gepubliceerd. Het betreft: 'Verhandelbare publieke rechten' en 'Tradeable Public Rights, Institutional Legal Theory and Neo-Institutional Economics', paper t.b.v. het 20<sup>ste</sup> wereldcongres van de International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Amsterdam, juni 2001.

<sup>16</sup> D.W.P. Ruiter, 'Verhandelbare publieke rechten', a.w., § 1 (in fine).

<sup>17</sup> D.W.P. Ruiter, 'Economic and Legal Institutionalism', paper voor het NOB-congres (Nederlandse Onderzoekschool voor Bestuurskunde) *From Government to Governance*, november 2000.

<sup>18</sup> A.w., p. 5. NIB: alleen bij zekerheid zal ik de engelse termen vertalen.

<sup>19</sup> A.w., p. 5-8.

<sup>20</sup> A.w., p. 17-20. De opstap hiertoe is de reductie van de zeven typen rechtsinstituties zoals geschetst in D.W.P. Ruiter, 'A Basic Classification of Legal Institutions', *Ratio Juris* 10, 1997, 357-371, i.h.b. p. 365-369.

de economische en de bestuursrechtelijke benadering van publieke rechten. De rechtstheoretische benadering wordt gebruikt als een soort 'tertium comparationes'.<sup>21</sup>

#### 3.2 Property rights

Voor een beter begrip van het concept property rights volgens de neo-institutionalistische economie maakt Ruiter gebruik van de zienswijze van Harold Demsetz.<sup>22</sup> Deze ziet property-rights als rechten die aanspraak geven op het gebruik van schaarse hulpbronnen en onderscheidt: het hebben van property-rights (het gebruiksrecht), het eigendom van property rights en het eigendom van hulpbronnen.<sup>23</sup> Het eigendomsrecht behelst zowel het beschikken over het gebruiksrecht, als het beschikken over het recht anderen van gebruik uit te sluiten en het recht van overdracht van het eigendom (dat zelf weer al deze drie elementen omvat). De eigenaar van een property-right beschikt over een exclusief, vervreemdbaar recht tot gebruik van een schaarse hulpbron.<sup>24</sup> Dit omvat tevens een presumptieve heerschappij over nog niet gespecificeerde rechten op een hulpbron. Als kennis over mogelijke toepassingen van een hulpbron voortschrijdt en nieuwe toepassingen zich openbaren rust het gebruiksrecht daarop bij de eigenaar.<sup>25</sup>

Met De Vany's beschrijving van het toedelen van rechten tot gebruikmaking van het elektromagnetisch spectrum (met radiozenders) door de federale overheid van de VS,<sup>26</sup> tracht Ruiter vervolgens een brug te slaan tussen property rights en het concept verhandelbare rechten. In 1926 werd in reactie op een overmaat aan interferenties door radiozenders onderling, bij federale wet bepaald dat de ether moet worden gezien als het onvervreemdbare bezit van de bevolking van de VS.<sup>27</sup> Vervolgens werd een commissie belast met de bevoegdheid om golf lengtes toe te wijzen, de sterkte en plaats van radiozenders te bepalen en regelingen te treffen voor het gebruik daarvan (zonder interferenties). De Vany heeft met enkele anderen getracht aan te geven hoe etherfrequenties als property-rights zodanig kunnen worden gemonitord dat het interferentieprobleem wordt beheerst maar tegelijk de innovatie niet wordt gehinderd.<sup>28</sup> Het bestaande systeem gaat uit van de toedeling van 'blokken' aan een bepaald frequentiebereik en koppelt deze aan een bepaalde technisch gespecificeerde functie (te weten radio-uitzendingen). Aldus worden interferentieproblemen voorkomen, maar nieuwe technieken waarbij deze problemen kunnen worden verholpen zonder de vertiesgevende, tussen de blokken gelegen, ongebruikte etherruimtes worden niet bevorderd. Als zendvergunningen verhandelbaar zouden worden gemaakt kan door marktwerking wel op nieuwe technieken worden ingespeeld. Daarvoor moeten, aldus De Vany c.s., de zendvergunningen niet worden gemodelleerd voor inputs van gebruik (de radiozenders op een bepaalde plaats) maar voor de outputs van gebruik, dat wil zeggen in termen van de fysieke dimensies waarin het

<sup>21</sup> Zie de bijdrage van Van Wageningen in deze bundel.

<sup>22</sup> Als weergegeven in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998.

<sup>23</sup> Ruiter tekent terecht aan dat het BW de vorm van eigendom van (niet stoffelijke) rechten niet kent – a.w., § 2.2.

<sup>24</sup> Ruiter, *ibidem*; Demsetz, p. 145-146.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Arthur De Vany, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998.

<sup>27</sup> De Vany, p. 168; Ruiter, § 2.1.

<sup>28</sup> De Vany, A., Eckert, R.D., O'Hara, D.J., Meyers, C.J., and Scott, R.C., 'A Property System for Market Allocation of the Electromagnetic Spectrum, a Legal-Economic-Engineering Study', *Stanford Law Review* 21 (1969), p. 1499-1561.

gebruik van het etherspectrum kan worden uitgedrukt. Dit zijn de dimensies tijd, areaal ('gebied') en spectrum (of bandbreedte) – afgekort als 'TAS'. Met een dergelijke modellering wordt aangesloten op essentiële kenmerken van property-rights: exclusiviteit (afwezigheid van interferentie), voorspelbaarheid, vervuilbaarheid, op-deelbaarheid, afdwingbaarheid en flexibiliteit.<sup>30</sup> Aldus ontstaat een soort eigendomsrecht op een stukje van het electromagnetisch spectrum, waarbij eigenaren over een weer elkaanders 'TAS-rechten' dienen te respecteren. Omdat deze TAS-rechten overdraagbaar zijn kan voorts een secundaire markt op gang komen.

### 3.3 Publieke eigendomsrechten

Vervolgens past Ruiter deze inzichten toe op vergunningverlening als toekenning van publieke rechten; door hem getypeerd als een geoorloofdheid van handelingen die anders verboden zouden zijn.<sup>31</sup> Daarbij verwijst hij naar het onderscheid in twee soorten geoorloofdheid zoals te vinden bij Von Wright. Deze onderscheidt een zwakke en een sterke geoorloofdheid.<sup>32</sup> De zwakke geoorloofdheid behelst de blote afwezigheid van enige plicht om bepaalde handelingen na te laten. Daartegenover gaat het bij sterke geoorloofdheid om een uitdrukkelijke toestemming vanwege een autoriteit. Die toestemming vooronderstelt een sluitingsregel uit hoofde waarvan normadressaten verplicht zijn het desbetreffende handelen achterwege te laten. Volgens Von Wright behelst de sterke geoorloofdheid een tweetal elementen: 1) een verbod van de toestemmende autoriteit aan derden om degenen aan wie toestemming werd verleend te belemmeren in het gebruik van de toestemming, en 2) de belofte van dezelfde autoriteit jegens degenen die toestemming verkreeg om zelf (als autoriteit) belemmeringen in het gebruik op te werpen.<sup>33</sup>

Ruiter kwalificeert vergunningen als sterke geoorloofdheden of permissies. De beide door Von Wright onderscheiden elementen passen in Ruiters beeld van de vergunning als een rechtsbetrekking tussen een bestuursorgaan enerzijds en een individuele burger anderzijds.<sup>34</sup> Die rechtsbetrekking zou volgens de neo-institutionele economie een objectief of zakelijk karakter moeten dragen, maar past die kenschets wel bij de bestuursrechtelijke duiding van de overheidsvergunning?<sup>35</sup> Net als bij sterke permissies kunnen we – spiegelbeeldig – aannemen dat er absolute en relatieve permissies bestaan. *Absolute* sterke permissies geven een handelingsvrijheid tegenover de toestemmende autoriteit en tegenover eenieder – in feite dus tegenover de gehele rechtsgemeenschap. De *relatieve* sterke permissies gelden slechts tegenover de toestemmende autoriteit en tegen door die autoriteit met name aangewezen derden. Zo beschouwd sluiten publieke rechten als property rights enkel aan bij de absolute sterke permissie; maar past de vergunning daar ook in? Volgens Ruiter past de vergunning nog het best in het beeld van de *relatieve* sterke permissie, mede omdat hij de groep van derden als gesloten aanneemt.<sup>36</sup> Daarmee ontstaat een contrast tussen de economische visie ('objectieve rechtsbetrekkingen' – tussen personen en zaken) tegenover de bestuursrechtelijke ('persoonlijke rechtsbetrekkingen' – tussen

<sup>30</sup> De Vany, p. 169; Ruiter, *ibidem*.

<sup>31</sup> Verhandelbare publieke rechten, a.w., § 3.1.

<sup>32</sup> Wright, Georg Henrik von, *Norm and Action*, London 1963.

<sup>33</sup> Zie Ruiter, *Legal Institutions* (forthcoming), § 2.2 ('Licences and Exemptions').

<sup>34</sup> *Ibidem*, § 3.1.

<sup>35</sup> *Ibidem*, § 3.1 (in fine) en § 3.2.

personen).<sup>36</sup> Dit leidt tot een verschil in voorwaarden voor overdraagbaarheid van de desbetreffende rechten: overdracht van een objectieve rechtsbetrekking is een tweezijdige transactie (tussen vervreemder en verkrijger); de overdracht van persoonlijke rechtsbetrekkingen is een driezijdige transactie (tussen vervreemder, de wederpartij van vervreemder en verkrijger).<sup>37</sup> De economische benadering gaat uit van objectieve rechtsbetrekkingen waarbij welhaast van 'publieke eigendomsrechten' moet worden gesproken – zoals in het door De Vany c.s. voorgestelde model van TAS-rechten.<sup>38</sup> De essentiële onderscheidingen tussen de publieke eigendomsrechten (PE's) en de geoorloofdheden uit overheidsvergunningen (GOV's) zijn volgens Ruiter:

1. PE's ontstaan door de werking van het stelsel zelf (bijvoorbeeld: de ether is van ons allemaal, daarbinnen bestaan deelrechten en gelden daarvoor objectieve verkrijgingsregels), GOV's ontstaan door toekenning vanwege een autoriteit;
2. PE's zijn onpersoonlijk juist omdat zij niet worden toegekend; GOV's zijn persoonlijk juist vanwege toekenning;
3. PE's zijn absoluut omdat zij een vrijheid erga omnes inhouden; GOV's zijn relatief omdat zij een vrijheid tegenover de verleners inhouden en de plicht te voldoen aan de voorwaarden van toekenning;<sup>39</sup>
4. PE's hebben een hulpbron als object; GOV's hebben een bepaalde handeling van de vergunninghouder tot object;
5. PE's zijn een rechtsregiem in de vorm van een objectieve rechtsbetrekking; GOV's zijn grondslag voor een rechtsregiem in de vorm van een persoonlijke rechtsbetrekking.

De onder 4 genoemde tegenstelling vormt volgens Ruiter de kern. Bijgevoel zou omzetting van GOV's in PE's verlangen dat het vergunde handelen als object van de sterke permissie wordt ingewisseld voor een exclusief en overdraagbaar gebruiksrecht op een hulpbron. Kan dit echter wel zonder een kernpunt van de Werkgroep Verhandelbare rechten te schenden, namelijk: door het verhandelbaar maken van publieke rechten de efficiënte allocatie en aanwending van hulpbronnen bevorderen *zonder de regeldoelstelling te veranderen*? Volgens Ruiter lukt dit alleen als het 'handelingsbereik' van de nieuw te ontwerpen PE's gelijk is aan het handelingsbereik op grond van de desbetreffende GOV's. Het handelingsbereik van GOV's is gerelateerd aan het specifieke algemene belang met het oog waarop het desbetreffende vergunningsstelsel is ingesteld. Conversie van GOV's in PE's verlangt dat de hulpbron als object van een PE zo wordt gedimensioneerd (denk aan de TAS-dimensies) dat het handelingsbereik overeenstemt met dat van het GOV; de hulpbron moet worden beperkt tot de reikwijdte van het te beschermen (specifieke) algemene belang. Dit is bijvoorbeeld denkbaar bij een GOV tot emissie van bepaalde verontreinigende stoffen in de lucht: door een PE op een deel van de vervuulings-

<sup>36</sup> Vergelijk de eerder besproken analyse uit Economic and Legal Institutions.

<sup>37</sup> Verhandelbare publieke rechten, § 3.2 (in fine); Ruiter vergelijkt deze driezijdigheid met de positie van de cedent, de cessionaris en de cessus bij overdracht van vorderingen. Bij vergunningen: huidige houder, diens rechtsopvolger en de verlener.

<sup>38</sup> *Ibidem*, § 4.1 (in fine).

<sup>39</sup> Hier, a.w., § 4.2, valt op dat de positie van derden niet meer wordt aangehaald en de plicht van de vergunninghouder ineens in beeld komt.

ruimte van de lucht (het zogenoemde 'stolpconcept') kan een gelijk handelingsbeveiligd worden verwezenlijkt.

#### 3.4 Publieke relatieve rechten

Ruiters slotakkoord, heeft als vertrekpunt dat voornoemde conversie waarschijnlijk slechts bij een beperkt aantal GOV's tot de mogelijkheden behoort. Daarom bekijkt hij of GOV's misschien toch ook als persoonlijke rechtsbetrekkingen zodanig overdraagbaar worden gemaakt dat toch een hogere efficiëntie wordt bereikt. Ruiter memoreert dat De Vany en Demsetz spreken over efficiënte allocatie van hulpbronnen en de Werkgroep verhandelbare rechten over efficiënte allocatie van rechten. Als het gaat om PE's, bestaat tussen die beiden geen verschil – het object van de rechten is immers de hulpbron. Als we GOV's overdraagbaar maken moeten we daarom kritisch bezien of een efficiënte allocatie van GOV's ook wel leidt tot een efficiënte allocatie van hulpbronnen. In stelsels van verhandelbare GOV's – Ruiter spreekt nu van Publieke Relatieve Rechten (hierna PRR's) – is de (overdraagbare) sterke geoorlooftheid door een bestuursorgaan toegekend aan opvolgende rechthebbenden, inhoudende een verzekerd handelingsbereik, alsmede de verplichting van opvolgende rechthebbenden tot naleving van hieraan verbonden voorschriften.<sup>40</sup> Deze opzet van PRR's veronderstelt een scheiding tussen het stelsel van sterke geoorloofdheden enerzijds en het stelsel van eigendomsrechten op hulpbronnen anderzijds. De relatie van een PRR met een hulpbron laat zich op twee manieren voorstellen:<sup>41</sup>

1. de PRR's worden gemodelleerd als PE's, waarbij een PRR wordt uitgedrukt als een geoorlooftheid als aandeel in een bepaalde reserve van natuurlijke hulpbronnen (die gebruikmaking van een bepaald aantal uit te geven 'aandelen' verdraagt). Zo kan de overdraagbaarheid van PRR's er toe leiden dat de meest efficiënt handelende burgers het recht verwerven om de desbetreffende hulpbron te gebruiken.
2. bij stelsels van PRR's die het gebruik van een bepaalde hulpbron impliceren zijn er twee varianten. Allereerst stelsels waarbij het gebruik van enige hulpbron van een bepaalde soort is geïmpliceerd, zoals de taxivergunning het gebruik van een auto veronderstelt, en stelsels waarbij het gebruik van een bepaalde hulpbron is geïmpliceerd, zoals de bouwkaafel bij verkrijging van een bouwvergunning. Volgens Ruiter is alleen het laatste soort stelsel hier interessant. Niettemin zal het ook daarbij van verschillende factoren afhangen of daarmee een efficiënte allocatie van hulpbronnen zal intreden. Er is immers sprake van twee markten: een voor de overdracht van eigendomsrechten op de hulpbronnen (bijvoorbeeld bouwkaafels) en een voor de overdracht van publieke rechten (zoals bouwvergunningen). De vraag is hoe deze met elkaar 'schakelen'. Alleen als alle factoren (zoals exclusiviteit van het verkregen recht) 'meewerken' zullen beide markten goed op elkaar aansluiten.

Een belangrijk resultaat van Ruiters analyse is de krachtige relativering van de claim van neo-institutionele economen dat door het verhandelbaar maken van bestaande publieke rechten een efficiënte allocatie van hulpbronnen wordt bereikt. Bij een stel-

<sup>40</sup> Ibidem, § 4.3.

<sup>41</sup> Ibidem, § 4.4.

sel van PE's zal dit kunnen, maar slechts weinig publieke rechten lenen zich voor een dergelijke modellering. Bij de stelsels zoals hierboven onder 1 en 2 genoemd is 'een efficiënte allocatie van rechten niet analytisch hetzelfde als een efficiënte allocatie van betrokken natuurlijke hulpbronnen.' Economen zullen, uitgaande van de juistheid van deze analyse, moeten aangeven waarom, of onder welke omstandigheden ook de beide laatste stelsels zullen bijdragen aan efficiënte allocatie van hulpbronnen.<sup>42</sup>

#### 4. De Maastrichtse school

Ik zal nu eerst enkele uitgangspunten van de Maastrichtse school presenteren en deze vervolgens toepassen op de figuur van verhandelbare publieke rechten.

##### 4.1 Uitgangspunten van de 'Maastrichtse school'

De Maastrichtse school rust op twee centrale proposities: 1) de overheid handelt altijd publiekrechtelijk, en 2) het publiekrecht is van geheel andere orde dan het privaatrecht.<sup>43</sup> Deze proposities vormen de basis voor vijftal stellingnames:

1. de overheid kan niet anders dan als overheid handelen. Dat geldt voor zowel expliciete behartiging van het algemeen belang als voor overheidstransacties rond publiek domein of inzake de uitsluiting van de overheid. De publiekrechtelijke gedaante van de overheid werkt in al het overheidshandelen door omdat de behartiging van het algemeen belang de raison d'être is van de overheid. Ook schijnbaar puur privaatrechtelijke transacties, zoals de aankoop van computers, moeten zo worden verricht dat zij uitsluitend dienstbaar zijn aan de behartiging van het algemeen belang;<sup>44</sup>
2. de 'last' tot behartiging van het algemeen belang moet dienstbaar zijn aan de samenleving en wordt omwille daarvan gestuurd en begrensd door de eisen van democratische legitimatie (sturing door meerderheidsvorming), wetmatigheid (verplichtend ingrijpen moet steunen op de wet)<sup>45</sup> en specialiteit (bevoegdheidsuitoefening moet blijven binnen het doel van de bevoegdheid). Aldus gaat de Maastrichtse school voor de behartiging van het algemeen belang uit van het democratisch primaat (of het primaat van de politiek) aangevuld met eisen die eveneens vrijheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid dienen, zonder ten principale op de politieke wilsvorming in te grijpen;
3. de overheid behoeft, de hoogste wetgever(s) uitgezonderd, voor verplichtend ingrijpen zowel een formele als een materiële bevoegdheidsgrondslag. Het betreft

<sup>42</sup> Ibidem, § 4.5.

<sup>43</sup> A.Q.C. Tak, Dimensies van overheidshandelen, in: E.C.H.J. van der Linden e.s. (red.), *Spectraal recht?*, Den Haag, Sdu 1998, p. 1-28.

<sup>44</sup> De computerwinkel waar het bestuur z'n pc's koopt mag niet worden gekozen uit hoofde van het subjectieve gewin van die winkel bij de afgesloten transactie

<sup>45</sup> NB vgl. van mijn hand, *Ongeschreven rechtsbeginselen en geïmpliceerde bevoegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht?*, in: H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Boom Juridische uitgever, Den Haag 2001, p. 11-55.

hier een precisering van het democratisch primaat met het oog op gelede normstelling. De pure behartiging van het algemeen belang is voorbehouden aan de hoogste (grond)wetgever(s).<sup>46</sup> Op dat niveau is de bevoegdheid enkel materieel begrensd (door 'het algemeen belang').<sup>47</sup> Als bij rechtsvorming op dit hoogste niveau bevoegdheden worden geschapen voor lagere niveaus, behelzen deze positiefrechtelijke bevoegdheden een formele titel die materieel enkel nog strekt tot behartiging van het door die bevoegdheidstoekenning van het algemeen belang afgeleide *publiekrechtelijke* belang. Volgens het specialiteitsbeginsel is vrijheidsbeperking uit hoofde van andere belangen dan uit den boze;

4. behartiging door de overheid van het algemeen belang mag geen onevenredige benadeling van bijzondere belangen van burgers tot gevolg hebben. De overheid dient met het oog op bijzondere belangen van burgers de verdelende rechtvaardigheid (iustitia distributiva) in acht te nemen. Naast de dienstbaarheid van de overheid in actieve zin (zie nrs. 1 en 2), is er ook een passieve dienstbaarheid, te weten het respect voor de bestaande bijzondere (vrijheids)belangen van burgers. Natuurlijk mogen die bijzondere belangen van burgers wel worden geraakt; in veel gevallen is dat zelfs onoverkomelijk. Essentieel is echter dat de overheid voorkomt dat sommige burgers verhoudingsgewijs sterker worden bevoor- of juist benadeeld (anders dan als zelfstandig beleidsoogmerk).<sup>48</sup> Hierin uit zich de wederkerige of gelijke autonomie van de burger als *buitenstatelijk* uitgangspunt rustend op de erkenning van de eigen rechts sfeer van niet-statelijke tevenssferen.<sup>49</sup> In die autonome sfeer heerst het privaatrechtelijk beginsel van de vergeldende rechtvaardigheid (iustitia commutativa). De overheid mag daarin slechts ingrijpen als een (gepositieerde) algemeen belang dat verlangd en dient neveneffecten van dat ingrijpen, indien en voorzover daar door de relatieve of wederkerige belangenpositie tussen betrokken burgers onderling wordt beïnvloed, te voorkomen of te compenseren;

5. één enkele bevoegdheidsuitoefening door de overheid heeft zowel objectief-rechtelijke als subjectiefrechtelijke uitingen.<sup>50</sup> Objectiefrechtelijk staat de dienstbaarheid van het overheidsrechtshandelen aan de behartiging van het algemeen belang centraal. Het gaat om de 'boven-individuele' - objectieve en abstracte - strekking daarvan, gericht tot de gemeenschap als geheel en ieder lid daarvan ('erga omnes').<sup>51</sup> Met elke rechtshandeling vindt een (voortschrijdende) nadere determinatie van het algemeen belang plaats: elke wet, algemene maatregel, verordening, elk plan en zelfs elke vergunning vormt een element van het objectieve bestuursrecht als

<sup>46</sup> J.H.M.F. Teunissen, De emancipatie van het bestuursrecht, in: Helderweg c.s. (red.), *Uit de school geklapt?*, a.w., p. 245-274, i.h.b. p. 251-254, alsmede, Autonomie t.o.v. het privaatrecht, in: Koning c.s. (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, a.w., p. 73-99, i.h.b. p. 91-92.

<sup>47</sup> In Nederland alleen de grondwetgever en de wetgever in formele zin (ex art. 81 GW - niet de inhoudelijk genormeerde opdrachten van o.a. art. 103 e.v. GW).

<sup>48</sup> Relatieve bevoor- of benadeling van bepaalde (groepen van) personen als beleidsoogmerk, zoals bij sociale uitkeringen, valt bijgevolg buiten de corrigerende werking van de verdelende rechtvaardigheid.

<sup>49</sup> Vgl. Teunissen, Autonomie t.o.v. het privaatrecht, a.w., p. 87.

<sup>50</sup> Zie A.Q.C. Tak, Dimensies van overheidsdelen, a.w., p. 1-28, i.h.b. p. 2-4 (toegesneden op rechtshandelingen en rechtsfeiten).

<sup>51</sup> Ibidem, p. 7.

normatief kader voor de vervulling van de overheidstaak.<sup>52</sup> Het is de 'objectieve dimensie' van het overheidsgezag, zoals in de stellingen 1 tot en met 3 uitgewerkt. Bijzondere belangen spelen hierin geen rol anders dan initieënd (zoals de vergoedingaanvraag) of verwijzend (het bijzondere belang duidt op een af te wegen algemeen belang).<sup>53</sup> Wel zijn bijzondere belangen van burgers in de samenleving onderwerp van de 'subjectieve dimensie', die wordt beheerst door de verdelende rechtvaardigheid (zie stelling 4). Het overheidshandelen wordt gezien als (mogelijk) rechtsfeit waaruit een rechtsbetrekking tussen één of enkele met name te noemen autonome burgers en de overheid voortvloeit; een relatie 'inter partes'; zoals bij de plicht tot bestuurscompensatie.<sup>54</sup> Het onderscheid tussen absolute en relatieve rechtmatigheid vloeit voort uit deze tweedeling in dimensies en werkt door in normering en in het bestuursproces.<sup>55</sup>

#### 4.2 'Maastricht' en verhandelbare publieke rechten

Ik begeef mij thans op een exploratief pad. Er is vanuit de Maastrichtse school nog niets gepubliceerd over verhandelbare rechten en zelfs is het de vraag of de aanduiding 'Maastrichtse school' zo kan worden begrepen dat over het gedachtegoed daarvan gezaghebbende uitspraken kunnen worden gedaan. Het navolgende is daarom niet meer (en niet minder) dan mijn interpretatie en toepassing van de geschetste 'Maastrichtse' uitgangspunten.

1. De overheid handelt altijd (tenminste) publiekrechtelijk. Zelfs al het ons lukt om verhandelbare rechten te modelleren als publieke eigendomsrechten (hiervoor reeds PE's), dan blijft staan dat de overheid deze rechten uitroept als publiekrechtelijke instantie en niet als een met de private makelaar of projectontwikkelaar te vergelijken privaatrechtelijke (rechts)persoon. De initiële uitgifte van de PE's valt geheel binnen de behartiging van het algemene belang. Ook eventuele latere bemoeienis met de uitgegeven PE's, denk aan actualisering van rechten<sup>56</sup> of aan periodieke herveiling, wordt gedomineerd door het publiekrecht. Zelfs al modelleren we publieke rechten als eigendomsrechten, we kunnen ze niet gelijkstellen met het buitenstatelijke privaatrechtelijke eigendomsbegrip. In het laatste geval is sprake van 'privaat domein' met een markt voor de overdracht van private eigendom waarbij de over-

<sup>52</sup> Zelfs de vergunning, want al ontberen de voorschriften daarvan zelf algemeenheid (geen recht in de zin van art. 99 RO), door het gelijkheidsbeginsel projecteert elke individuele bestuursbeslissing een rechtens te respecteren *objectiefrechtelijke* norm voor toekomstige gelijke gevallen.

<sup>53</sup> Zo is hinder voor omwonenden een belangrijke aanwijzing dat ook het algemene milieubelang speelt - al zal dit nog naar objectieve maatstaven (de duiding van het milieubelang als een publiekrechtelijk belang) moeten worden bepaald.

<sup>54</sup> Sommige 'Maastrichtaren' volgen voor objectief -vs- subjectief Van Eikema Hommes' onderscheid tussen de normzijde (objectief normatieve beginselen en positiveringen) en de feitelijke zijde (ordening van subjectieve rechtsbelangen o.b.v. de rechtsnormen van de normzijde). Vgl. o.a. R.J.N. Schlössels, *Belang als prismabeeld*, in: Van der Linden c.s., *Spectraat recht*, a.w., p. 97 e.v., alsmede Tak (in dezelfde bundel) en Teunissen (prf, a.w.).

<sup>55</sup> Vgl. om maar even naar eigen Twents werk te verwijzen, M.A. Helderweg (red.), *Bestuursrecht met beleid*, 2<sup>e</sup> druk Groningen 2001, Wolters/Noordhoff, hfst. 5. Zie voorts A.Q.C. Tak, Dimensies van overheidsdelen, a.w., p. 1-28, i.h.b. p. 10 en van dezelfde auteur, Het moment X, Tijdschrift voor Openbaar bestuur 1990, p. 134-138.

<sup>56</sup> Voorstelbaar is dat bijvoorbeeld emissierechten enige tijd na uitgifte generiek met een bepaald percentage worden gekort omdat de stand van het leefmilieu daartoe dwingt.

heid in beginsel enkel figureert als geschillenbeslechter (m.n. in de vorm van de burgerlijke rechter).

Bij toepassing van een stelsel van PE's gaat het echter om een specifieke vorm van publiek domein. Het relaas van De Vany over het electromagnetisch spectrum biedt daarvoor een duidelijke opstap: de federale wetgever heeft op enig moment de ether bestempeld als het onvervreembare bezit van de bevolking van de VS. De ether is een publiek domein geworden met een bestemming ten algemene of openbare nutte, als gebruiksgoed voor de gemeenschap onder beheer bij de overheid. In 'Maastrichts' perspectief gaat het daarbij om een exclusief publiekrechtelijk stelsel ten dienste van het algemeen belang en – anders dan de heersende leer – strikt te onderscheiden van de private eigendom en in elk geval niet vatbaar – ook niet door vervreemding – voor private eigendom.<sup>57</sup>

Het aspect van de publieke bestemming lijkt mij bij hulpbronnen, zoals de ether of schone lucht niet moeilijk te missen. De federale overheid in de VS was kennelijk van oordeel dat met de beschikbaarheid van de ether als medium een publiek belang is gemoeid. In de visie van de Werkgroep verhandelbare rechten schuilt een publiek belang tenminste in het uitgangspunt dat voor bepaalde schaarse hulpbronnen een economisch efficiënte toepassing moet worden gewaarborgd. Meer in het algemeen kan schaarse van een hulpbron de basis zijn voor het publiekrechtelijke belang bij het gebruik ervan. Het kan gaan om een absolute schaarse die noopt tot waarborging van het voortbestaan van die hulpbron (tees: duurzaamheidswaarborgen), maar ook om een relatieve schaarse die noopt tot het verzekeren van een rechtvaardige allocatie van gebruiksrechten op een hulpbron (kortom: allocatieve waarborgen). Omwille van duurzaamheid kan het vrije gebruik van een hulpbron worden beperkt, teneinde binnen een vastgestelde maximale gebruiksruimte gebruiksrechten toe te delen. Omwille van een rechtvaardige allocatie kunnen normen worden gesteld ter verwezenlijking van een 'eerlijke verdeling', resp. een 'effectieve (of bruikbare) verdeling' en/of een 'efficiënte verdeling' van gebruiksrechten. Het publieke belang is dan dat de 'maatschappelijke kosten' voor het vinden van een rechtvaardige verdeling door louter private transacties te hoog oplopen, waardoor met de hulpbron niet het gewenste 'maatschappelijk nut' wordt bereikt: uit gemeenschapsoogpunt moet de allocatie tot een eerlijker, effectiever of efficiënter verdeling leiden. In de door De Vany omschreven ethercasus lijkt duurzaamheid niet de zorg, maar wel de allocatie omdat deze niet aanzet tot effectief gebruik van de ether: als niet wordt ingegrepen drukken de zenders elkaar 'uit de lucht'. De oplossing van de federale overheid in de vorm van GOV's biedt hiervoor reeds soelaas, maar volgens De Vany c.s. zou bij toepassing van PE's ook de efficiëntie van het gebruik gediend worden: de gebruiksmogelijkheden van de hulpbron worden door innovatie vergroot. Dan gaat het echter wel degelijk om een ruimere beleidsdoelstelling.<sup>58</sup> Overigens zal de wens van een efficiënte allocatie van een hulpbron juist ook spelen als de duurzaamheid in het geding is – efficiënt gebruik biedt dan een betere rechtvaardiging van het

<sup>57</sup> Zie hierover o.a. J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk bleed van de staat*, prof. UM, 1996, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 121 e.v., en A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, 's Gravenhage (Vuga), 1997, i.h.b. p. 225-263, alsmede ('Maastrichts'), G.E. van Maanen, *Het rechtskarakter van publiek domein en ander overheids-eigendom*, in: M.A. Heldeweg c.s. (red.) *Uit de school gekapt*, p. 113 e.v.

<sup>58</sup> De keuze voor een 'eerlijke verdeling' zou ertoe strekken bepaalde kwesbare groepen, die zonder goede grond stelselmatig verstoken blijven van het genot van bepaalde hulpbronnen, meer kansen te bieden.

gebruik en bevordert de innovatie waardoor de gebruiksruimte op termijn wellicht kan krimpen.<sup>59</sup>

De publieke bestemming behelst een gemeenschapsbelang, maar het hangt af van het soort publiek domein<sup>60</sup> of en zo ja welke beperkingen de overheid aan het gebruik kan stellen. Ook bij de voor PE's bedoelde hulpbronnen kan in termen van dergelijke 'zaken buiten de handel', afgescheiden van de private eigendom, worden gedacht.<sup>61</sup> bepaalde vormen van (bijzonder) gebruik zijn dan enkel mogelijk op basis van en binnen de termen van een specifiek toegekend PE.

Cruciale elementen die voortvloeien uit een 'Maastrichtse' modellering van PE's als publiek domein zijn:

- het beheer wordt gedomineerd door het publiekrecht en gebruiksrechten op publiek domein zijn exclusief publiekrechtelijk;
- het beheer biedt basis voor eenzijdig bindende normering van het gebruiksrechten;
- het beheer is continu en omvat bijgevolg de mogelijkheid tot eenzijdig bijstellen van uitgegeven gebruiksrechten;
- het beheer omvat de zorg voor de naleving van gebruiksvoorschriften;
- gebruikgerechtigden dienen gebruiksrechten van anderen te respecteren, alsmede dienen zij bij hun gebruik – zelfs als we aannemen dat PE's ook pre-sumptieve rechten inhouden (wenselijk met het oog op innovatie) – zich steeds rekenschap te geven van de algemene bestemming van het desbetreffende publiek domein.

Duidelijk is dat de publiekrechtelijke lading enerzijds de overheid en anderzijds gebruikgerechtigden zozeer bindt dat het beeld van PE's als 'algehele heerschappij over een hulpbron' niet voldoet. Interessant is voorts dat een in termen van de eigendom *gesloten* (want exclusief publiekrechtelijk) stelsel van PE's ten principale is te onderscheiden van de *open* stelsels van GOV's/PRR's waarbij de publieke rechten niet de strekking hebben om het buitenstatelijke privaatrechtelijke regime ten principale uit te schakelen. Bij laatgenoemde publieke rechten wordt het eigendomsrecht op hulpbronnen niet principieel geraakt doch hooguit worden deze privatrechten geclausuleerd: eerst verbiedt een sluitingsregel een bepaalde handelssoort (vanwege de effecten ervan op een bepaald publiekrechtelijke belang) rustend op private gebruiksrechten en vervolgens doorbreekt (geclausuleerde) vergunning de sluitingsregel.

2. Dienstaarheid van de overheid aan het algemeen belang wordt voorerst gestuurd door het primaat van de politiek verankerd in legaliteit en specialiteit; ook bij verhandelbare publieke rechten. Voorerst zal, in termen van Von Wright, een systeem van sterke *publiekrechtelijke* permissies moeten worden ontworpen dat steun

<sup>59</sup> Duurzaamheid is eigenlijk ook een allocatieprobleem, n.l. tussen huidige en toekomstige gebruikers.

<sup>60</sup> Vgl. het onderscheid in goederen t.b.v. de openbare nutte (te onderscheiden in gebruiks-goederen – ten bate van ieder – huizen) versus goederen ten algemene nutte (te onderscheiden in gebruiks-goederen – ten bate van ieder – en nuts-goederen – ten bate van nutsvoorzieningen (zoals delfstoffen)).

<sup>61</sup> Vgl. o.a. Van Maanen, a.w., o.a., p. 117. Hij, maar ook Tak en Teunissen, a.w., wijzen erop dat de HR zich sinds *Huizen/Staat*, HR 19 januari 1962, NJ 1962, 151 op het *onjuiste* pad van de gelijkstelling van eigendom van publiek domein met de private eigendom heeft begeven.

vindt in de wet; ook als het gaat om PE's in termen van publiek domein.<sup>62</sup> De 'Maastrichtse' benadering leidt m.i. tot drie interessante observaties:

- a. 'dienstbaarheid aan het algemeen belang' omdat dat het normstellende bestuur moet toezien op de feitelijke effectivering van de gestelde normen, zoals door het treffen van de noodzakelijke feitelijke handelingen alsmede, voorzover daartoe geen anderen zijn aangewezen, door de zorg voor de naleving.<sup>63</sup> Ten slotte houdt dienstbaarheid tevens de voortschrijdende zorg voor adequate normstelling in: de bevoegdheid tot toekenning van publieke rechten impliceert, tenzij de wetgever anders heeft bepaald, tevens een actualiseringsbevoegdheid. Die actualiseringsbevoegdheid maakt het mogelijk na uitgifte van publieke rechten te komen tot herziening of zelfs tot intrekking daarvan, zo het te beschermen publiekrechtelijk belang dit vordert. Voor verhandelbaarheid van rechten, in het bijzonder voor de werking van een secundaire markt, kan dit een belangrijke hinderpaal zijn.
- b. In een stelsel van verhandelbare rechten is een efficiënt gebruik van hulpbronnen gekoppeld aan efficiënte allocatie in de veronderstelling dat toekomstige rechthebbenden een economisch optimaal rendement uit hun gebruiksrecht zullen willen halen. Die 'bedrijfseconomische wetmatigheid' zal moeten resulteren in een optimaal 'macro-economisch' of maatschappelijk nut. Die 'wetmatigheid' zou echter kunnen worden doorkruist als bepaalde actoren, bijvoorbeeld algemeen belangengroepen, rechten opkopen teneinde door *non-usus* een onderschrijving van de achterliggende collectieve gebruiksnorm te bereiken. Dit zou effectief een doorkruising van het politieke primaat inhouden, enkel nog te corrigeren door nadere voorwaarden te stellen aan het gebruik van verhandelbare rechten (gebruik volgens 'state of the art' of 'good practise'), waardoor de overheidsbemoeyenis (voorschriften; toezicht; vorderen naleving) met de uitgegeven rechten toch weer is gegeven.<sup>64</sup>
- c. verplichtingen uit hoofde van publiekrechtelijke bevoegdheden mogen, op grond van het specialiteitsbeginsel, slechts zijn ingegeven door het desbetreffende publiekrechtelijke belang. Dit geldt zowel bij PE's (de specifieke publieke bestemming van het publiek domein) als bij GOV's (criteria voor weigering of clausulering van een vergunning). Volgens 'Maastricht' moeten wetgever en bestuur daarom de private sfeer van vrije autonome burgers zoveel mogelijk respecteren; een minimaal noodzakelijke private last voor de publieke zaak is een continue aspiratie. Daaruit volgt in z'n algemeenheid een voorkeur voor eerdergenoemde 'open stelsels' (van GOV's) boven de 'gesloten stelsels' (van PE's). Meer precies: als het duurzaamheids- resp. nutsmaximalisatiebelang niet

<sup>62</sup> Vgl. A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, a.w., p. 242: '[...] kan aan die goederen [ten algemene nutte, MAH] nog altijd de functie van overheidsbevoegdheid worden toegekend, evenzeer als die aan de wet kan worden toegekend.'

<sup>63</sup> In elk geval het stimuleren van naleving; eenzijdige sancties kan men zich toch moeilijk als impliciete bevoegdheden voorstellen. Zie hierover mijn: *Ongeschreven rechtsbeginselen en gecompliceerde bevoegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht*, in: H. Koning c.s. (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, a.w., p. 11-55

<sup>64</sup> 'Maastricht' slaat sceptisch tegenover het actiericht van algemene belangenorganisaties (vgl. Tak. Het moment X, a.w., alsmede M.A. Heldeweg, R.J.N. Schlössels en R.J.G.H. Seerden, 'De kwadratuur van de algemeen belangactie? Over de legitimiteit van algemeen belangacties in democratische-rechtsstatelijk en rechtsvergelijkend perspectief', *RMTh*, 2000/2, p. 43-58), maar over dit soort toepassing van rechten heeft zij zich m.i. niet uitgelaten.

alle denkbare relevante gebruiksvormen op de hulpbron betreft, zal de overheid zich ernstig moeten bezinnen alvorens zij beslist tot onttrekking van de hulpbron aan het domein van de private eigendom. Uiteraard bevat deze benadering (politieke) wegingsfactoren: welke gebruiksvormen zijn *relevant* uit het oogpunt van duurzaamheid of nutsmaximalisatie en hoe moeten meerdere relevante gebruiksvormen tegen elkaar worden afgewogen? Voor 'Maastricht' lijkt het van principieel belang dat burgers er zoveel mogelijk vrij in zijn om eigen, eventueel 'niet-marktconforme' criteria te hanteren voor bijvoorbeeld efficiënt gebruik van hen ter beschikking staande hulpbronnen en is een stelsel van PE's een 'last resort'. In de visie van de Werkgroep Verhandelbare rechten lijkt de macro-economische efficiëntie te overheersen en komen stelsels van PE's veel sneller in beeld – ten koste van het private en ten faveure van het publieke domein.

3. Het overheidsbestuur kan slechts verplichtend rechtsvormend optreden uit hoofde van een materiële en formele bevoegdheidsgrondslag. De (grond)wetgever (in formele zin) wijst daarbij de publiekrechtelijke belangen aan waartoe de behartiging zich mag uitstrekken. Ook het wettelijk toegewezen beheer over publiek domein, zoals van schaarse hulpbronnen, kan worden beschouwd als bevoegdheidsgrondslag.<sup>65</sup> Geen algemene grondslag, zoals in de tijd voor de scheiding tussen imperium en dominium,<sup>66</sup> maar een wettelijke grondslag beperkt tot de realisatie van de publieke bestemming van het publiek domein in kwestie. Geen 'hoogheidsrechten' van de overheid, laat staan uit hoofde van ongeschreven recht.<sup>67</sup> De aanwijzing van publiek domein is expliciet-wettelijk, specifiek (doelgebonden) en exclusief ('buiten de handel'). Derhalve bestaat er geen ruimte voor ongeschreven publiek domein voortvloeiend uit de aard van bepaalde algemene belangen, zoals het algemene milieubelang, gemoed met bijvoorbeeld schone bodem.<sup>68</sup> Eenmaal wettelijk aangewezen publiek domein genereert mogelijk wel weer impliciete bevoegdheden *binnen* het wettelijk omschreven beheer<sup>69</sup> – met beperkende effecten op desbetreffende publiekrechtelijke rechten.

4. Respect voor de autonomie van burgers in de niet statelijke context dwingt de overheid tot gehouderheid aan het beginsel van verdelende rechtvaardigheid. Deze regel geldt voor de situatie na finalisering van objectief bestuursrechtelijke rechtsvorming; als is vastgesteld hoe een bepaalde bestuursbevoegdheid overeenkomstig zijn doel zal worden toegepast.

Aangezien de kwestie van 'bestuurscompensatie' in het tweede MDW-rapport wordt behandeld, beperk ik mij hier tot de observatie dat het vooropstellen van efficiënt gebruik van hulpbronnen als *beleidsdoelstelling* de overheid mede verant-

<sup>65</sup> Vgl. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, a.w., p. 242.

<sup>66</sup> De term 'dominium enirans' verwijst naar het krachtens 'eigendom' gevestigde publieke gezegrecht van een vorst. Een typisch feodale constructie!

<sup>67</sup> Teunissen, *prft.*, a.w., p. 121.

<sup>68</sup> G.E. van Maanen, *Publiek domein en het belang van de overheid bij bodemsanering. Een ongewas-schen varken?*, Deventer (Kluwer) 1990. Zie eveneens zijn aangehaalde bijdrage in: *Uit de school geklapt?*, p. 113-124 (met verwijzingen). Van Maanen wijkt hier duidelijk af van de 'Maastrichtse' scheiding tussen exclusief publiek domein en de buitenstatelijke private eigendom.

<sup>69</sup> Vgl. de bijdragen van Teunissen en mijzelf in H. Koning c.s., *De autonomie van het bestuursrecht*, a.w.



woordelijk kan maken voor het onevenredig nadeel van derden. Denkbaar is dat bijvoorbeeld het (op)kopen van vervuiling(rechten zal leiden tot een ruimtelijke concentratie van vervuiling, met onevenredig nadeel voor derden als te compenseren neveneffect. De overheid zal, om aansprakelijkheid te vermijden, verhandelbare rechten zo moeten clausuleren dat dergelijke nadelen uitblijven of moeten voorzien in compensatiemogelijkheden.<sup>70</sup>

5. bestuursrecht kent een objectieve en een subjectieve dimensie. Het primaat ligt bij de objectieve rechtsvorming als eenzijdige gezagsuitoefening door de overheid, op te vatten als *voortschrijdende* determinatie van het algemeen belang. De subjectieve dimensie is een verzameling van *moment op moment* vaststelbare, uit het objectieve publiekrecht voortvloeiende, verschillende rechtsbetrekkingen tussen bestuur en burger. De objectieve dimensie is als het ware een film en de subjectieve dimensie een verzameling foto's daarvan. Elke foto verbeeldt de subjectieve positie van de individuele burger als reflex van de objectieve film als overheidsactie – het verschil in opnamehoek drukt het verschil uit in subjectieve rechtsbelangen. In elke opname is de ontwikkeling van het publiekrecht eventjes bevroren: de determinatie van het algemeen belang is voor het moment 'gefinaliseerd' zodat we ons kunnen toelagen op de rechtsrelatie die is ontstaan tussen bestuur en de desbetreffende burger(s); achter elkaar gelegd geven deze foto's hooguit de afdruk van het objectief recht op de subjectieve praxis weer. Het nemen van één overheidsbesluit, zoals vergunningverlening, schiept enerzijds één objectieve rechtsnorm (de objectieve permissie) maar anderzijds (mogelijk zelfs) meerdere subjectieve rechtsbetrekkingen (de permissie voor een bepaalde persoon, maar mogelijk ook een onrechtmatige daad jegens een derde die onevenredig wordt benadeeld).<sup>71</sup>

We moeten er voor hoeden dat we verhandelbare rechten modelleren als verschijnselen die enkel worden gepositioneerd aan de subjectieve dimensie (of feitelijkke zijde) van het bestuursrecht. Primaar gaat het om een modellering aan de objectieve zijde, zowel wat eventuele duurzaamheidsnormen als wat nutsmaximerende normen voor allocatie betreft. Daarin schuilt ook de binding erga omnes van een uitgegeven recht en overigens ook de titel tot actualisering en waarborging van de naleving van hetgeen is vergund. Daaruit volgt m.i. dat, tenzij anders is bepaald, de overheid wat houdt op de uitgegeven rechten, bijvoorbeeld doordat de 'omvang' van eenmaal uitgegeven rechten op een later moment kan worden beperkt – de overheid behoudt in beginsel de zorg voor het eenmaal toevertrouwde publiekrechtelijke belang en kan daarmee ingrijpen op de markt. In samenhang met het voorgaande punt (4) moet echter wel worden aangekend dat dergelijk ingrijpen weer met een compensatieplicht gepaard kan gaan vanwege het beginsel van verdeelde rechtvaardigheid.

## 5. Raakvlakken tussen Twente en Maastricht

Met name bij de gelijkstelling van publieke rechten met rechtsbetrekkingen, zien we een zekere spanning tussen de 'Twentse' en de 'Maastrichtse modellering'. De

<sup>70</sup> Vgl. Tak, *De Overheid in het burgerlijk recht*, a.w., p. 257.

<sup>71</sup> Vgl. Tak's bijdrage in *Spectraal recht?*, a.w.

rechtsbetrekking verwoord volgens 'Maastricht' slechts de subjectieve dimensie van de uitgifte van rechten; de objectieve dimensie blijft buiten beeld. Dat heeft een concrete en een toegepaste consequentie.

Conceptueel zou in 'Maastrichts' perspectief de binding erga omnes van publieke rechten een plaats hebben aan de objectieve zijde en niet aan de subjectieve. Het verschil? Enerzijds drukt 'erga omnes' uit dat de overheid een norm stelt die vanuit gemeenschapspectief behoort te gelden. Die gelding rust op het primaat van het overheidsgezag en schraagt de objectieve strekking van de gevormde norm. Zo projecteert een vergunning een norm voor toekomstige gelijke gevallen en zijn de rechtsposities van betrokkenen (overheid, rechthebbende en derden) uit dit objectieve recht afleidbaar (als fotootjes). De vergunning als rechtsbetrekking behelst in die zin geen belofte van de vergunningverlener tot niet toepassing van handhavingsmiddelen, maar het ontbreken van een (objectiefrechtelijke) titel daartoe. Bij de door Ruiters gebezigde modellering ontstaat de sterke suggestie dat handhaven de insteek is; d.w.z. dat de sluitingsregel de materiële norm stelt en niet de vergunning – de vergunning is dan niet meer dan een rechtvaardigingsgrond. Dit staat op gespannen voet met de 'Maastrichtse' stelling dat verlening van een vergunning een wijziging van het objectieve recht inhoudt – die de rechtsgemeenschap (erga omnes – een ieder) objectief bindt.

Toegepast brengt het primaat van de objectiefrechtelijke dimensie mee dat het overheidsbestuur de zorg voor een publiekrechtelijk belang heeft, waarbij de expliciet toegekeerde bestuursbevoegdheden geacht mogen worden – tenzij de wetgever anders heeft geïndiceerd – tevens de impliciete bevoegdheid tot actualisering en tot het waarborgen van de naleving in te houden – de rechtsgemeenschap heeft immers een beginselaanspraak op de effectivering van objectief bestuursrecht. Daarmee komt een eenmaal uitgegeven publiek recht, hoewel mogelijk verhandelbaar, nimmer geheel los van de uitgevende overheid te staan. Of dit meebrengt dat overdracht steeds een tripartite aangelegenheid is, zoals Ruiters aanneemt voor PE's, kan hierbij, vanuit 'Maastricht' beschouwd, in het midden blijven.

Belangrijk is – denk ik – dat beide analyses een kritisch licht werpen op de idee van 'efficiënte allocatie'. De 'Maastrichtse' analyse toont dat dit geen waardenneutraal uitgangspunt is maar een beleidsmatige keuze op basis van een opvatting over nutsmaximalisatie. In Ruiters analyse wordt duidelijk dat er tenminste een modelleringsprobleem ligt. Invoering van PE's verlangt dat het handelingsbereik van publieke rechten wordt gedimensioneerd als volledige gebruiksruimte van de betreffende hulpbron, terwijl vergunningen doorgaans een beperkt handelingsbereik hebben. Invoering van PE's zal daarom veelal met aanpassing van regeldoelstellingen gepaard moeten gaan. De ratio in deze 'schakel' ligt ook bij Ruiters in het specialiteitsbeginsel. De 'Maastrichtse' analyse verklaart de rol daarvan uit de buitenstaantelijke private autonomie. Aldus vullen beide benaderingen elkaar aan.

Wat zijn overigens de consequenties van de keuze voor efficiënt gebruik van hulpbronnen als uitgangspunt voor de allocatie van publieke rechten? Ruiters legt uit dat in veel gevallen de causale relatie tussen efficiënte allocatie via veilingen en de efficiënte aanwending van hulpbronnen problematisch zal zijn. Voor hem is dit punt reden om naast PE's toch ook de verhandelbaarheid van GOV's/RPR's verder te onderzoeken. De Maastrichtse analyse brengt drie punten in beeld: er moet voor

worden gewaakt dat onnodig wordt ingebroken op het streven naar behoud van de private autonomie van burgers in samentlevingsverband (er bestaat een voorkeur voor open stelsels); overheidsinterventie zal nodig zijn om een uit het oogpunt van het politieke primaat kritische praktijk van non usus ('onderschrijding om niet') in te tomen; de overheid kan mede-aansprakelijk zijn voor onevenredig nadeel van burgers door concentratie van publieke rechten (plicht tot bestuurscompensatie). Verhandelbare rechten komen nimmer buiten overheidsgezag te staan.

Intrigerend vind ik het raakvlak tussen het rechtstheoretische concept van sterke en zwakke permissies enerzijds en het ('Maasstrichis') rechtsdogmatische beeld van de voor of buitenstatelijke private vrijheid van autonome burgers anderzijds. De door Von Wright onderscheiden soorten afwezigheid van een plicht hebben een belangrijke argumentatieve connotatie. De zwakke permissie volgt uit het ontbreken van toepasselijke rechtsregels en uitoefening behoeft daarom geen rechtvaardiging maar kritiek erop wel. De sterke permissie volgt uit expliciete toestemming en daarom behoeft uitoefening ervan rechtvaardiging en kritiek daarop niet. Het 'Maasstrichise' postulaat van de buitenstatelijke private autonomie vormt bij uitstek een zwakke publiekrechtelijke permissie. Invoering van een publiekrechtelijk vergunningstelsel brengt weliswaar mee dat eenmaal vergunde gedrag sterk gepermitteerd is, maar vergunning – als GOV – brengt mee dat daarbinnen de buitenstatelijke autonomie 'herleeft'. Is de subjectieve permissie nu net als de objectieve, sterk of principieel zwak? PE's zijn voluit sterke permissies, maar wat als het gaat om publiek domein over hulpbronnen met een vrij gebruiksrecht voor allen, zoals gebruik van scheepslucht voor ademhaling; voorwaar een zwakke permissie?<sup>72</sup> In 'Maasstrichis' perspectief past de overheid terughoudendheid bij het converteren van hulpbronnen als object van zwakke permissies tot object voor een stelsel van PE's; kortom liever PE's op de hulpbron 'vervuilingsruimte' dan op de hulpbron 'schone lucht'.

De publiekrechtelijke permissie bij GOV's heeft een raakvlak met de wereld van het privaatrecht – met een eigen karakterisering van zwakke en sterke permissies die, naar mijn voorlopig oordeel, niet hoeft te sporen met die van het publiekrecht.

Ruiters analyse heeft mijn inzicht in soorten publiekrechtelijke permissies en de rol van het specialiteitsbeginsel verscherpt. Waar ik, vanuit mijn persoonlijke agenda, op hoop is dat zijn rechtstheoretische werk zal kunnen bijdragen aan inzicht in het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht, alsmede voor het beeld van de twee dimensies in het bestuursrecht. Met name voor de objectieve dimensie van het bestuursrecht, met de cruciale factor van het overheidsgezag tot het scheppen van objectief recht met werking erga omnes, zocht ik nog tevergeefs aanknopingspunten. Ik besef dat het hierbij gaat om rechtsdogmatische concepten, maar ook daarvoor moet het m.i. mogelijk zijn institutioneel rechtstheoretische begrippen te formuleren.

<sup>72</sup> Vgl. Teunissen, prft., a.w., p. 128.

## 6. Slotoverpeinzing

Over en weer hebben Dick Ruiters en ik elkaar informeel wederkerig plaagstootjes toegediend over de wetenschappelijke belofte van respectievelijk de rechtsdogmatiek en de rechtstheorie. Mij werd voorgehouden dat de rechtsdogmatiek weliswaar de noodzakelijke 'vulling' biedt voor het recht, maar dat het niettemin erg vergelijkelijke materie betreft. Eén rechtspolitieke 'shifft' en het werk kan opnieuw beginnen. De rechtstheorie zou de tand des tijds beter kunnen doorstaan. Mijn reactie was en is dat de rechtstheorie als 'geraamte' van wat wellicht (ooit) recht mag heten zonder rechtsdogmatiek (helaas) niet levensvatbaar is. In het beeld van de rechtstheorie als grammatica en de rechtsdogmatiek als de semantiek van het juridisch taalspel kunnen we ons – denk ik – allebei goed vinden; het één gaat natuurlijk toch niet zonder het ander. Mijn wetenschappelijke interesse wordt uiteindelijk het meest geprikkeld door de vraag hoe het kan dat (bepaalde) rechtsdogmatiek richting geeft aan de geweldloze beslechting van belangenconflicten. Vandaar mijn 'Maasstrichise' interesse in de (veranderbare) juridische grondslagen van die dogmatiek; met name voor de plaats van het 'primaat van de politiek'. Daarbij blijft mij het beeld van de baron Von Münchhausen, die zichzelf aan zijn eigen haren uit het moeras omhoog trekt, achtervolgen. Gaat het uiteindelijk louter om een rechtsdogmatische of semantische 'sprong' die zich onttrekt aan wetenschappelijke kritiek of is er een rechtstheoretische 'grammatica' die verder debat mogelijk maakt? Deze bijdrage is een eerste verkenning rond dit vraagstuk. Ik hoop mijn persoonlijke missie in de toekomst nog veelvuldig met (het werk van) Dick Ruiters te mogen verrijken.