

Enkele hoofdlijnen van rechtsontwikkeling in de verzorgingsstaat

---

Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 51 no. 4

Deze Mededeling werd in verkorte vorm uitgesproken in de vergadering van de Afdeling Letterkunde, gehouden op 14 december 1987

P. DE HAAN

# Enkele hoofdlijnen van rechtsontwikkeling in de verzorgingsstaat

KONINKLIJKE NEDERLANDSE AKADEMIE VAN WETENSCHAPPEN  
NOORD-HOLLANDSCHE UITGEVERS MAATSCHAPPIJ,  
AMSTERDAM/OXFORD/NEW YORK, 1988

ISBN 0-444-85691-9

---

Copyright van deze uitgave © 1988 Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de rechthebbende, behoudens de uitzonderingen bij de wet gesteld.

Druk: Casparie Heerhugowaard BV

## INLEIDING

*Onderwerp*

Hoewel het onderwerp van deze rede wordt gekenmerkt door een nogal pre-tentieuze titel, heeft het mij sinds 1974, toen ik naast het onroerend-goedrecht in Delft ook het bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te doceren kreeg, bij wijze van spreken geen ogenblik meer losgelaten. Sterker nog, die aanvankelijk gehele en later gedeeltelijke overgang had alles te maken met de uitdaging die in dit onderwerp besloten lag. Zij bestond primair uit de poging de ontwikkeling van het bestuursrecht in de sociale rechtsstaat – zoals men de nog steeds omstreden verzorgingsstaat<sup>1</sup> beter kan noemen<sup>2</sup> – in kaart te brengen. Daarbij werd vooral nadruk gelegd op de instrumentele kant die zich naast het waarborgkarakter van dit recht bezig was te manifesteren.<sup>3</sup> Op deze instrumentele kant, die zich overigens ook bij het privaaten strafrecht voordoet, kom ik uiteraard terug. Eerst nog iets over de totstandkoming van de verzorgingsstaat en de hoofdlijnen van rechtsontwikkeling die daarbij spelen.

*Totstandkoming*

Zoals bekend heeft die totstandkoming zich in de loop van een eeuw voltrokken. In de vorige eeuw, toen de grondslagen voor de moderne democratische rechtsstaat werden gelegd, lag aanvankelijk het accent op het liberale karakter ervan. Meestal wordt deze negentiende eeuwse rechtsstaat als nachtwakers- of onthoudingsstaat aangemerkt, hoewel deze termen maar in zeer betrekkelijke zin de toenmalige staatkundige werkelijkheid weerspiegelen.<sup>4</sup>

Hoe dat zij, in ieder geval komt pas aan het einde van de vorige eeuw het

<sup>1</sup> Zie over dit omstreden karakter reeds S.W. Couwenberg, *De omstreden staat*, Alphen a/d Rijn 1974, gevolgd door Westers staatsrecht als emancipatieproces, Alphen a/d Rijn 1977 en tenslotte zijn indrukwekkende vierdelige werk over Modern constitutioneel recht en emancipatie van de mens, Assen 1981, 1982 en 1984, waarover A.M. Donner in *Civis Mundi* 1985-1, blz. 1 e.v., H. van den Brink in *TvO* 1985-4, blz. 63 e.v., J. Zwart en J.J. Bade in *Philosophia Reformata* 1985-2, blz. 149 e.v. en ondergetekende in *Christen Democratische Verkenningen* 1/83, blz. 39 e.v. en 12/86, blz. 543 e.v.

<sup>2</sup> Het begrip verzorgingsstaat wordt meer in sociologische en bestuurskundige literatuur gebruikt. Zie bijv. P. Thoenes, *De elite in de verzorgingsstaat*, Leiden 1962 en F. van Heek, *Verzorgingsstaat en sociologie*, Meppel 1972 en over het verband tussen het sociologisch-bestuurskundige begrip verzorgingsstaat en het recht C.M. Schuijt, *Het rechtskarakter van de verzorgingsstaat, opgenomen in Tussen macht en moraal, Over de plaats van het recht in de verzorgingsstaat en democratie*, Alphen a/d Rijn/Brussel 1983, blz. 203 e.v.

<sup>3</sup> Aanvankelijk leidde dit tot de ondertitel 'Instrument en waarborg' bij het in 1978 verschenen werk van P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout over *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*. Zie thans de derde geheel herziene druk, Deel 1. *Ontwikkeling, organisatie, instrumentarium* en Deel 2. *Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer 1986.

<sup>4</sup> Zie *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 1, blz. 8 e.v. waarin met name op de gedecentraliseerde bestuurszorg en het voorwaardenscheppende karakter van de overheidsbemoeienis in de vorige eeuw wordt gewezen.

bewustzijn op, niet alleen dat de rechtsstaat nog een verdere democratisering nodig had, maar ook dat zij behoorde te worden belast met maatschappelijke verzorgingstaken, zowel op sociaal en economisch als op cultureel en ruimtelijk terrein. De eerste aarzelende schreden op de weg van de sociale wetgeving werden gezet met de Kinderwet van de progressieve liberaal Van Houten van 1874, de Arbeidswet van 1889 en de Veiligheidswet van 1895. In 1875 kwam op ruimtelijk terrein de eerste Hinderwet tot stand, in 1901 gevolgd door de Woningwet. De schoolstrijd stond in het teken van de strijd voor het eerste sociaal-culturele grondrecht in de zin van een recht niet alleen op openbaar, doch ook op van staatswege bekostigd bijzonder onderwijs. Alleen de economische wetgeving liet wat langer op zich wachten, namelijk tot de crisis van de dertiger jaren van deze eeuw.<sup>5</sup>

### *Hoofdpijnen*

Daarmee is één van de hoofdpijnen van rechtsontwikkeling in de verzorgingsstaat, die ik vandaag met u wil behandelen, alvast gegeven, namelijk de strijd om de sociale grondrechten, nadat eerder sinds de Amerikaanse onafhankelijkheid en de Franse Revolutie de liberale of klassieke grondrechten centraal hadden gestaan. De volkenrechtelijke en staatsrechtelijke erkenning van de sociale grondrechten is echter een veel geleidelijker proces geweest, dat – zoals we zullen zien – nog steeds niet is uitgekristalliseerd. Hetzelfde geldt trouwens voor de tweede hoofdpijn, die zich ook onvermijdelijk opdringt, als men de huidige sociale rechtsstaat plaatst tegen de achtergrond van de liberale uit de vorige eeuw. Het betreft hier de nog steeds toenemende vervlechting van publiek- en privaatrecht, terwijl anderhalve eeuw geleden juist een strenge principiële scheiding werd nagestreefd. De derde hoofdpijn heb ik impliciet al genoemd in verband met het instrumentele karakter van het recht, namelijk de functionele rechtsontwikkeling die in mijn ogen eigenlijk nog veel indrukwekkender is. En tenslotte is daar dan de actuele ontwikkeling, neerkomend op afslankingsoperaties die in de aan onze tijd nu eenmaal eigen neiging tot overdrijving steeds weer ‘groot’ worden genoemd.

## 1. SOCIALE GRONDRECHTEN ALS VOLKENRECHTELIJKE EN STAATSRECHTELIJKE FUNDERING

### *Ontstaan*

Het ontstaan van de verzorgingsstaat en de daarmee verbonden sociale grondrechten als evenzovele opdrachten aan de overheid tot het verrichten van maatschappelijke verzorgingstaken is een wereldwijd verschijnsel, dat zich met name in de westers georiënteerde industrielanden voordoet. Te verwonderen hoeft dat laatste niet. Er is op zijn minst een zekere mate van welvaart nodig om de collectieve sector zodanig te kunnen uitbreiden, dat een

<sup>5</sup> A.w. blz. 10 e.v.

minimum aan basisvoorzieningen op sociaal, economisch, cultureel, ruimtelijk en ook juridisch gebied van overheidswege kan worden geboden. Het verschijnsel werd dan ook aanvankelijk als 'welvaartsstaat' aangeduid. Donner wijdde in 1957 reeds zijn rede voor de Akademie aan deze term.<sup>6</sup>

Welvaart is overigens niet de enige ontstaansfactor voor de verzorgingsstaat. Minstens zozeer is ook de democratisering en met name het algemeen kiesrecht daaraan debet. Immers via de concurrentie tussen de politieke partijen wordt de druk op het overheidsapparaat tot het treffen van de meest noodzakelijke voorzieningen en soms zelfs van meer dan dat ten zeerste verhoogd.

Niet alleen de formele rechtsstaatsidee met zijn klassieke grondrechten of vrijheidsrechten is een uitvloeisel van de democratisering, ook de materiële rechtsstaatsidee met zijn sociale grondrechten op prestaties van overheidswege is dat.<sup>7</sup>

### *Sociale grondrechten*

Intussen – ik noemde het verschil al even – is het ontstaan van laatstgenoemde grondrechten niet het gevolg geweest van een proclamatie ter gelegenheid van enige revolutie, zoals dat met de klassieke grondrechten ten opzichte van de Amerikaanse en Franse revoluties het geval was. Hier geen Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789-1791) en zelfs geen Bill of Rights als die van de staat Virginia (1776), die de stoot gaf tot de ontwikkeling. Wel zijn er uiteraard aan het einde van de vorige eeuw en het begin van deze eeuw de nodige sociale revoluties geweest, maar voorzover zij niet tot de vorming van totalitaire staten hebben geleid, is hun invloed beperkt gebleven tot het op gang brengen van een geleidelijke ontwikkeling richting verzorgingsstaat. Pas in een laat stadium is men zich daarbij van het bestaan van zoiets als sociale grondrechten bewust geworden en zelfs nu nog is de term en ook het begrip omstreden. Een welsprekend bewijs daarvan levert alleen al de titel op het van voortreffelijke proefschrift van de Belg Danny Pieters, luidende: 'De sociale grondrechten op prestaties in de grondwetten van de landen van de Europese Gemeenschap'.<sup>8</sup> Zoals hijzelf ook toegeeft, is de benaming 'sociale grondrechten op prestaties' naar Nederlandse begrippen een pleonasme, omdat wij alleen grondrechten sociaal noemen, als zij een recht op – of eigenlijk een plicht tot – overheidsprestatie impliceren.

<sup>6</sup> A.M. Donner, *Over de term Welvaartsstaat*, Mededelingen Koninklijke Nederlandse Akademie, Amsterdam 1957. Zie ook J.L.H. Cluijsenaar, *Recht in de Welvaartsstaat*, Groningen 1959.

<sup>7</sup> Donner brengt in het *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 11<sup>e</sup> druk, Zwolle 1983, blz. 144 e.v. de sociale grondrechten niet in verband met de rechtsstaatsidee. Zie ook *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* deel 1, blz. 38.

<sup>8</sup> Diss. Leuven, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen 1985, besproken door M.B.W. Biesheuvel in *NJB* 87/33, blz. 1065 e.v.

### *Onderscheid*

Dit brengt mij op het onderscheid tussen de verschillende soorten sociale grondrechten. Als tussenvorm tussen de klassieke en de sociale grondrechten in de zin van prestaties worden meestal de sociale vrijheidsrechten onderscheiden.<sup>9</sup> Met name gaat het hierbij om het recht op onderwijs als maatschappelijke component van de onderwijsvrijheid en ook om de zgn. vakbondsrechten, waaronder die om te worden geraadpleegd, een cao af te sluiten en te mogen staken.<sup>10</sup>

Volgens mij kan men de grondrechten op prestaties ruwweg onderscheiden in sociaal-economische (bestaanszekerheid, werkgelegenheid, arbeidsbescherming), sociaal-culturele (onderwijs, volksgezondheid, welzijn en cultuur), sociaal-ruimtelijke (leefmilieu, woonbaarheid, woongelegenheid) en sociaal-juridische (rechtszekerheid, rechtsbescherming en rechtshulp). Zij komen dan overeen met vier van de vijf hoofdgebieden van beleid, zoals die destijds door de Commissie Hoofdstructuur Rijksdienst (Commissie-Vonhoff) zijn onderscheiden.<sup>11</sup> De meeste ervan zijn sinds 1983 in onze Grondwet te vinden.<sup>12</sup> Een uitputtende catalogus is overigens niet te geven, zeker niet wanneer men het in internationaal verband bekijkt.

### *Internationaal*

Pieters heeft een enorme bijdrage geleverd tot het onderling vergelijkbaar maken van de sociale grondrechten, zoals die in de verschillende landen van de Europese Gemeenschap worden erkend of nagestreefd, nadat eerder al Alkema zijn *Studies over Europese grondrechten met de invloed daarvan op het Nederlandse recht* het licht deed zien.<sup>13</sup> Aan het slot van zijn boek zoekt eerstgenoemde aansluiting bij het onderzoek dat in hetzelfde jaar waarin het boek van Alkema verscheen – namelijk 1978 – door Jacobs werd gepubliceerd over de mogelijkheid van uitbreiding van de Europese Conventie over de Rechten van de Mens met sociale grondrechten.<sup>14</sup> Een dergelijke uitbrei-

<sup>9</sup> Zie over de verschillende soorten grondrechten en tussenvormen daarvan ook Pieters a.w. blz. 50 e.v.

<sup>10</sup> Over het recht op onderwijs als sociaal grondrecht zie men o.m. E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten*, Deventer 1978, blz. 89 en over de vakbondsrechten idem, blz. 31.

<sup>11</sup> In het Eindadvies van 1981 worden als zodanig genoemd: 1. bestuurlijke en juridische zaken; 2. sociaal-economische zaken; 3. sociaal-culturele zaken; 4. ruimtelijke en milieuzaken en 5. internationale en veiligheidszaken.

<sup>12</sup> Zie art. 18 (rechtsbijstand), 19 (werkgelegenheid, arbeidsbescherming), 20 (bestaanszekerheid), 21 (woonbaarheid en leefmilieu), 22 (volksgezondheid, woongelegenheid, maatschappelijke en culturele ontplooiing en vrije tijdsbesteding) en 23 (onderwijs). Rechtszekerheid en rechtsbescherming worden weliswaar niet expliciet genoemd, maar de overheidszorg dienaangaande is evident.

<sup>13</sup> E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten, De invloed van de Europese Conventie op het Nederlandse Recht*, Diss. Leiden 1978.

<sup>14</sup> F.G. Jacobs, *The extension of the European Convention on Human Rights to include economic, social and cultural rights*, *The Human Rights Review*, 1978, blz. 166 e.v.



ding zou een enorme stap vooruit betekenen in de erkenning van de sociale grondrechten, omdat dan het handhavingsmechanisme van dit verdrag in de vorm van de uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ook op deze grondrechten toepasbaar zou worden. Tot nu toe missen de internationale verdragen op dit gebied, zoals het Europees Sociaal Handvest, het VN-verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten en de Internationale Arbeidsconventies een dergelijke directe afdwingbaarheid in internationaal verband. Weliswaar kan de Nederlandse rechter onze wetten wel toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (art. 94 Grondwet), maar daar staat tegenover dat de rechter ook volgens de herziene Grondwet (art. 120) niet mag treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten<sup>15</sup> (en verdragen).

### *Rechtsvergelijking*

Ook wat dit betreft is er sprake van opmerkelijke verschillen tussen de landen van de Europese Gemeenschap. Enerzijds zijn er landen die nog niet tot een codificatie van sociale grondrechten in hun respectieve grondwetten zijn gekomen, maar die wel beschikken over een constitutioneel hof dat meer en meer geneigd is aan dergelijke rechten te gaan toetsen. Duidelijk voorbeeld daarvan is de Bondsrepubliek Duitsland die het nog steeds van de grondwet van 1949 moet hebben met daarin hoofdzakelijk klassieke vrijheidsrechten. Niettemin weet het Bundesverfassungsgericht en in navolging daarvan ook de administratieve rechter wel degelijk deze rechten, in combinatie met het wel in de grondwet neergelegde sociale-rechtsstaatsbeginsel, zodanig uit te leggen dat men dichtbij een erkenning van sociale grondrechten komt.<sup>16</sup>

Wat dat betreft hebben de constitutionele hoven van Italië, Frankrijk en Ierland het heel wat gemakkelijker. De Italiaanse Corte Costituzionale beschermt ook de 'diritti sociali' uit de grondwet van 1948 als dwingende rechtsnormen.<sup>17</sup> De Franse Conseil Constitutionnel beschikt zelfs over een min of meer open systeem van sociale grondrechten, doordat van het zgn. bloc de constitutionalité niet alleen de bepalingen van de grondwet van 1958 deel uitmaken, maar blijkens de verwijzing naar de preambule van die van 1946

<sup>15</sup> Zie over het rechterlijke toetsingsrecht ten onzent o.m. L. Prakke, Toetsing in het publiekrecht, Assen 1972, H.J.M. Jeukens, Toetsing door de rechter van de wet aan de Grondwet, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1967, dezelfde, Grondrechten en rechterlijke toetsing, VAR LXIX, blz. 56 e.v. en in verband met de parlementaire behandeling A.K. Koekoek, Het raam van hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet in afscheidsbundel-Jeukens, Nijmegen 1982, blz. 11 e.v.

<sup>16</sup> Hierover Pieters a.w. blz. 191 e.v. en in verband met het sociale-rechtsstaatsbeginsel speciaal blz. 235 e.v.

<sup>17</sup> Over de betekenis van de sociale grondrechten in Italië handelt Pieters a.w. blz. 361 e.v. Ook het Opperste Bijzonder Gerechtshof in Griekenland is tot een zekere toetsing van wetten aan zulke grondrechten bevoegd (blz. 307 e.v.)

ook de fundamentele beginselen erkend door de wetten van de Republiek.<sup>18</sup> Ook de Ierse grondwet van 1937 kent in art. 40 een open clausule voor de erkenning van persoonlijke rechten als grondrechten, waarvan door High Court en Supreme Court een creatief gebruik wordt gemaakt ook op het vlak van sociale grondrechten.<sup>19</sup> Op het andere einde van de schaal bevinden zich Nederland dat weliswaar een codificatie van sociale grondrechten kent, maar geen constitutioneel hof,<sup>20</sup> België waar alleen nog maar over een opneming van dergelijke rechten in de grondwet wordt gesproken<sup>21</sup> en het Verenigd Koninkrijk dat nog steeds iedere geschreven constitutie mist, hoewel het debat over een Bill of Rights ook daar volop gaande is.<sup>22</sup>

### *Relatieve waarde*

Eén van de meest opvallende conclusies waartoe Pieters in zijn rechtsvergelijkende studie komt is, dat het niet mogelijk is een verband te leggen tussen het niveau van sociale voorzieningen in een bepaald land en de al dan niet formele erkenning van sociale grondrechten (blz. 488). Dit duidt dus al op de betrekkelijke waarde van deze rechten. Zelfs in landen met een constitutioneel hof kan de wetgever niet rechtstreeks tot naleving ervan worden gedwongen. De toetsing heeft steeds een negatief karakter in de zin dat een wet of andere maatregel daarmee strijdig en derhalve nietig kan worden verklaard. Wel kunnen bepaalde individuele rechten als die op bijstand, onderwijs, medische verzorging en huisvesting bij de administratie worden afgedwongen, ook wanneer de wet er niet of onvoldoende in voorziet, zij het dat het dan meestal slechts gaat om het garanderen van een minimumniveau.<sup>23</sup>

### *Politiek-bestuurlijke betekenis*

De voornaamste betekenis van de sociale grondrechten ligt, zeker ten onzent, dan ook op het politiek-bestuurlijke vlak. Nu kan men zich met Burkens,<sup>24</sup> Kortmann<sup>25</sup> en ook Pieters<sup>26</sup> afvragen of het hier wel om een juridische werking gaat, maar hetzelfde geldt voor het regeerakkoord dat niettemin een sterke binding te zien geeft.<sup>27</sup> Op zijn minst zal een sociaal grondrecht een

<sup>18</sup> Zie over Frankrijk Pieters a.w. blz. 263 e.v.

<sup>19</sup> Pieters a.w. blz. 331 e.v.

<sup>20</sup> Ook Denemarken moet het zonder constitutioneel hof stellen, zodat de gerechtelijke bescherming van de grondrechten aldaar volgens Pieters a.w. blz. 182 op een laag pitje staat.

<sup>21</sup> Over de situatie van de sociale grondrechten in eigen land is Pieters op blz. 71-172 uiteraard het meest uitvoerig.

<sup>22</sup> Pieters a.w. blz. 461 e.v.

<sup>23</sup> Pieters a.w. blz. 492 e.v.

<sup>24</sup> M.C. Burkens, Grondrechten in een nieuwe Grondwet, NJB 1976, blz. 714 en Werkgelegenheid en Grondwet, in Werkgelegenheid: recht of beleid?, Alphen a/d Rijn 1979, blz. 28.

<sup>25</sup> C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, Deventer 1987, blz. 112 e.v.

<sup>26</sup> Pieters a.w. blz. 444 e.v.

<sup>27</sup> Zie over de juridische betekenis van het regeerakkoord, F.J.F.M. Duijnste in: Beleidsakkoorden, Staatsrechtconferentie 1977, RU Utrecht, blz. 9 e.v.

zekere beschermende waarde hebben ten aanzien van bestaande voorzieningen, terwijl het verder kan stimuleren tot het treffen van nieuwe. Een belangrijke testcase voor het eerste kan zijn de thans volop actuele vraag of het Rijk niet opnieuw met leningen moet bijspringen om de sociale woningbouw veilig te stellen, wanneer de beleggers het andermaal laten afweten om de bouw van corporatiewoningen te helpen financieren. Voorbeelden van nieuwe voorzieningen zijn de faciliteiten op het gebied van om-, her- en bijscholing, die in een gezamenlijke krachtsinspanning van overheid en sociale partners tot stand worden gebracht om met name langdurig werklozen weer enig perspectief te bieden.

### *Constellatie*

Voor het overige wijst Pieters er terecht op, dat het van de hele staatkundige en maatschappelijke constellatie afhangt of een grondrecht werkelijk tot zijn 'recht' komt.<sup>28</sup> Voor de klassieke vrijheidsrechten geldt dit trouwens evenzeer. Niet voor niets heeft Schiffauer beklemtoond dat deze rechten in de Verenigde Staten daarom veel eerder tot daadwerkelijke gelding konden worden gebracht dan in het revolutionaire Frankrijk, omdat zij in eerstgenoemd land eenvoudig een bevestiging waren van een sinds lang bestaande rechtspositie van de Britse burger.<sup>29</sup> Het grappige is, dat die zelfde burger, hoewel hij onmiskenbaar aan de wieg van de Westerse democratie heeft gestaan, het zelf nog altijd zonder grondwet en geschreven grondrechten moet stellen. What is in a name en – zou ik er aan toe willen voegen – what in a law?

## 2. VERVLECHTING VAN PUBLIEK- EN PRIVAATRECHT

### *Principiële scheiding*

Ik kom nu op de tweede hoofdlijn die minstens zo kenmerkend is voor de rechtsontwikkeling in de verzorgingsstaat als die van de sociale grondrechten, namelijk de vervlechting van publiek- en privaatrecht. Over de verhouding tussen beide soorten recht wordt al sinds het optreden van Immanuel Kant, dus ongeveer twee eeuwen lang, in politiek-ideologische zin gediscussieerd.<sup>30</sup> Tegenover de op een maatschappelijk verdrag berustende souverei-

<sup>28</sup> Vgl. Pieters a.w. blz. 502, waar hij het belang onderstreept van een sociaal netwerk, organisaties, wetgeving en reglementering tot oplevering van de prestatie waarop het sociaal grondrecht slaat.

<sup>29</sup> P. Schiffauer, *Ueberlegungen zur Kodifizierung der Grundrechte der Europäischen Gemeinschaften aus der Sicht der Grundrechtstheorie*, *Europäische Grundrechtszeitschrift* 1981, blz. 193 e.v.

<sup>30</sup> Immanuel Kant, *Methaphysik der Sitten*, met een voorwoord van Karl Vorländer, Hamburg 1922, waarover Martin Bullinger, *Oeffentliches Recht und Privatrecht, Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*, Mainz 1968, blz. 37 e.v. Zie ook E. Poortinga in haar na te noemen dissertatie, blz. 91 e.v.

niteit (oppereigendom) van de vorst stelde hij het private eigendomsrecht en meer in het algemeen het uit het natuurrecht stammende privaatrecht als behorende tot de staatsvrije sfeer. Ook Von Savigny construeert het privaatrecht begripsmatig als staatsvrije sfeer, zij het niet meer op grond van natuurrecht, doch als historisch product van de volksgeest.<sup>31</sup> Was beider oogmerk gericht op vrijmaking van het privaatrecht uit de kluisters van het op dwang gebaseerde publiekrecht, bij Thorbecke was de inzet juist omgekeerd. Met de door hem nagestreefde principiële scheiding tussen publiek- en privaatrecht beoogde hij het publiekrecht van privaatrechtelijke elementen te zuiveren, teneinde de feodale standenstaat door een liberale rechtsstaat te vervangen.

### *Thorbecke*

En daarmee zijn we dan aangeland bij het ook voor niet-juristen buitengewoon interessante proefschrift van mevr. mr. Eke Poortinga, dochter van de bekende Friese dichter Ype Poortinga en gepromoveerd bij de niet minder Friese rechtshistoricus Nico Algra in Utrecht.<sup>32</sup> In haar boek toont zij op overtuigende wijze aan, dat niet – wat lange tijd is aangenomen<sup>33</sup> – de latere minister van Justitie Loeff in zijn Leidse dissertatie van 1887 (promotor Buys) de principiële tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht ten onzent aan de orde heeft gesteld, maar niemand minder dan de grondlegger van onze rechtsstaat in de vorige eeuw Johan Rudolph Thorbecke. Al vanaf 1840 gebruikt deze de volgens hem tijdens en na de Franse Revolutie geopenbaarde tegenstelling om niet alleen bij de grondwetsherziening van 1848, maar ook daarna nog allerlei rechtspolitieke doeleinden na te streven. Ik zeg: geopenbaarde tegenstelling, omdat volgens mevr. Poortinga Thorbecke zich een aanhanger betoont van – wat zij noemt – een historistisch en dus in de tijd veranderlijk natuurrecht. In dit opzicht lijkt hij een soort brug te willen slaan tussen Kant en Von Savigny, ondanks zijn kritiek op beider opvatting van het privaatrecht als het gemene recht. Ook ons medelid Kossmann heeft destijds in zijn Akademierede de relatie van Thorbecke met het historisme en daarmee nauw verbonden zijn organische staats- en maatschappij-opvatting beklemtoond.<sup>34</sup> Zoals wij nog zullen zien werd later de gemene rechtsleer opnieuw aanvaard door Hamaker, Scholten en ook diens leerling Wiarda.

<sup>31</sup> F.C. von Savigny, *Von Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

<sup>32</sup> Mr. E. Poortinga, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke (1798-1872), Theorie en toepassing*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1987.

<sup>33</sup> O.m. door A.M. Donner in *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel*, Alphen a/d Rijn, vijfde druk 1987, blz. 62 e.v., J. van der Hoeven, *De magische lijn*, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Feestbundel NJV 1970, blz. 201 e.v. en A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Alphen a/d Rijn 1978, blz. 71 e.v.

<sup>34</sup> E.H. Kossmann, *Thorbecke en het historisme*, Mededelingen Koninklijke Nederlandse Akademie 1982.

*Publicisering*

Maar eerst nog iets meer over de wijze waarop Thorbecke getracht heeft het publiekrecht tot zelfstandige ontwikkeling te brengen en los te maken uit de privaatrechtelijke omhulsels, zoals de feodaliteit in de tijd van de Republiek die had gekend. Mevr. Poortinga noemt dat publicisering, een begrip dat inderdaad een tegenstelling inhoudt tot de hedendaagse privatisering.<sup>35</sup> Ik kom daar aan het eind nog even op terug. Van eigendom van publiekrechtelijke bevoegdheden en ook van vererving en vervreemding daarvan, zoals onder de Republiek nog volop aan de orde waren, wilde Thorbecke niets weten. Publiekrechtelijke heerlijke rechten konden volgens hem zonder schadeloosstelling worden afgeschaft en hoefden dus niet onteigend te worden. Kiesrecht mocht wel gekoppeld zijn aan grondeigendom of inkomen, zoals bij waterschappen en censuskiesrecht, maar niet aan een bepaalde stand. Openbare lichamen moesten van privaatrechtelijke worden gescheiden. Hetzelfde gold voor publieke en private eigendom en voor publiekrechtelijke en privaatrechtelijke geschillen.<sup>36</sup> Het geheel mondde bij Thorbecke uit in gedachten over een codificatie van het administratieve recht en op den duur ook een onafhankelijke administratieve rechtspraak. Pas heden ten dage beginnen deze ontwikkelingen echt op gang te komen.

*Gemene rechtstheorie*

De eerste reactie op deze ver doorgevoerde splitsing van publiek- en privaatrecht kwam van de zijde van Hamaker met zijn gemene rechtstheorie in 1894. Maar eerst verschijnt in 1887 – dus niet aan het begin, maar aan het eind van de ontwikkeling van de liberale rechtsstaat – nog de bekende dissertatie van J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht*. Een dissertatie die volgens Donner<sup>37</sup> de bijzondere verdienste had gedurende meer dan een halve eeuw te hebben gediend als wrijfpaal voor de gehele latere literatuur.

Anders dan Thorbecke baseert Loeff de tegenstelling tussen beide soorten recht niet op een gehistoriseerd natuurrecht, doch op de zeer positivistische leer van de staatssouvereiniteit, hier te lande geïntroduceerd door zijn promotor Buys. Alle recht – ook het op gelijkheid gebaseerde privaatrecht – was afkomstig van de staat, die echter zelf alleen gebonden werd geacht aan het door ongelijkheid gekenmerkte publiekrecht. Hiertegen kwam Hamaker in zijn *Akademierede van 1894*<sup>38</sup> in het geweer. Hoewel ook zelf beïnvloed door de leer van de staatssouvereiniteit, achtte hij de staat wel degelijk en zelfs primair gebonden aan het privaatrecht, waartegenover het publiekrecht

<sup>35</sup> Terecht luidt haar eerste stelling, dat men ter bepleiting van de hedendaagse privatisering geen argumenten aan Thorbecke kan ontleenen.

<sup>36</sup> Zie omtrent al deze praktische toepassingen welke Thorbecke aan de scheiding tussen publiek- en privaatrecht gaf uitvoerig het proefschrift van mevr. Poortinga.

<sup>37</sup> *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen deel*, 4<sup>e</sup> herziene druk, Alphen a/d Rijn 1974, blz. 51.

<sup>38</sup> H.J. Hamaker, *De tegenstelling van publiek- en privaatrecht*, Meded. Kon. Ak. v. Wet. 1894, ook opgenomen in zijn *Verspreide geschriften*, deel VII, Haarlem 1913, blz. 134 e.v.

slechts de bescheiden rol van uitzonderings- en aanvullingsrecht of eigenlijk helemaal geen recht mocht spelen. Wij zijn dan a.h.w. weer terug bij Kant en Von Savigny, zeker wanneer later anderen (zoals Krabbe, Huart, Kranenburg en Scholten) de lijn doortrekken naar de leer van de rechtssouvereiniteit.<sup>39</sup>

### *Invloed*

Hoewel ikzelf later samen met anderen de gemene rechtstheorie scherp ben gaan bekritisieren,<sup>40</sup> moet ik toegeven dat zij de grote verdienste heeft gehad, zeker zoals zij door Paul Scholten en G.J. Wiarda werd verdedigd,<sup>41</sup> dat de overheid bij publieke eigendom, overeenkomsten en feitelijke handelingen meer en meer gebonden raakte aan de beginselen ook van het ongeschreven privaatrecht. Het hele leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad en in het algemeen het overheidsprivaatrecht is daaraan te danken. Zeker toen het voorstel van de latere minister Loeff om te komen tot een volwaardige administratieve rechtsgang door instelling van administratieve kamers – naast burgerlijke en strafkamers – bij de gewone rechter, mede door toedoen van Strucken, strandde,<sup>42</sup> mocht de Nederlandse burger zich gelukkig prijzen dat de Hoge Raad vanaf 1915 – anders dan Thorbecke had beoogd – die rechter ook bij publiekrechtelijke geschillen bevoegd verklaarde.<sup>43</sup> Maar de rekening die daarvoor betaald moest worden in de vorm van de zgn. tweewegenleer was wel hoog.

### *Tweewegenleer*

Want eenmaal gebonden aan het privaatrecht als het gemene recht kan de overheid daarvan tevens een vrij gebruik maken ook voor publiekrechtelijke

<sup>39</sup> Zie over de opmerkelijke parallel tussen de opvatting van Von Savigny en Hamakers voorstelling van een wezenlijk verschil tussen publiek- en privaatrecht (het publiekrecht als overheidsbevel, het privaatrecht als uitvloeisel van het in het volk gegroeide rechtsbewustzijn) ook Poortinga a.w. blz. 94, noot 46.

<sup>40</sup> Over de vervalting van publiek- en privaatrecht, in: *Regel en Praktijk, Opstellen aangeboden aan prof. mr. S.F.L. baron van Wijnbergen*, blz. 42 e.v. waar ook de tweewegenleer in haar oorspronkelijke vorm wordt afgewezen. Uitvoeriger komt de kritiek op de traditionele zienswijze op het administratieve recht als aanvullings- en uitzonderingsrecht aan de orde in *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*. Zie ook mijn *Onroerend-goedrecht*, deel b. *Stadsinrichting*, Zwolle 1984, blz. 144 e.v. en voor eerdere kritiek reeds L. van Praag, *Op de grenzen van publiek- en privaatrecht*, 's-Gravenhage 1923, blz. 9 e.v. en 43 e.v. en J. van der Hoeven, *De magische lijn*, blz. 201 e.v.

<sup>41</sup> Paul Scholten, *Algemeen deel*, Asser-serie, Zwolle 1931 (derde druk 1974, blz. 39) en G.J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen*, diss. Amsterdam 1939 en *WPNR* 5067, blz. 24.

<sup>42</sup> Zie over de ontwerpen Loeff van 1905, de kritiek van Struycken daarop van 1910 en de in-trekking ervan door diens leerling minister Goseling in 1937 uitvoerig Donner, *Algemeen deel* 1987, blz. 314 e.v.

<sup>43</sup> *HR* 31 december 1915, *NJ* 1916, blz. 407 inzake *Guldemond-Noordwijkerhout*, waarover Donner a.w. blz. 347 en *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 2, blz. 282.

doeleinden. Zo'n instrumenteel gebruik van het privaatrecht, in het bijzonder bij overheidseigendom van onroerend goed, bergt grote gevaren in zich van doorkruising van publiekrechtelijke waarborgen en bevoegdheden.<sup>44</sup> Immers eigendoms- en contractenrecht, gericht als zij zijn op vrije ontplooiing van het individu, zijn onbegrensd wat hun doeleinden en middelen betreft. En naarmate de overheid meer maatschappelijke verzorgingstaken op zich nam, ging zij ook een steeds vrijer gebruik maken van private rechten, contracten en organisatievormen. De eerste die dit gevaar onderkende was Huart in zijn opstel over Misbruik van burgerlijk recht door de administratie, opgedragen aan Krabbe.<sup>45</sup> Maar het recept dat hij aanbeval om het misbruik te keren – vrije keus tussen de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke weg, tenzij de eerste door de wetgever exclusief bedoeld zou zijn – bleek later in de praktijk ernstig tekort te schieten. Slechts zelden is namelijk de publiekrechtelijke wetgever zich bewust, dat er ook nog een privaatrechtelijke weg is die naar Rome leidt.

### *Gemengde rechtsleer*

Eerst de laatste tijd begint er een kentering te komen ten goede, doordat de gemene rechtsleer steeds meer plaats maakt voor wat Bloembergen en ondergetekende destijds de gemengde rechtsleer zijn gaan noemen.<sup>46</sup> In deze leer treedt een wezenlijke vervlechting van publiek- en privaatrecht op, niet alleen wanneer de overheid met publiekrechtelijke bevoegdheden ingrijpt in privaatrechtelijke verhoudingen, maar ook wanneer zij privaatrechtelijke middelen hanteert om publiekrechtelijke doeleinden te realiseren. Hoewel Bloembergen aanvankelijk aarzelde of dit wel expliciet moest gebeuren, is toch hij onmiskenbaar degene die de Hoge Raad er in zijn recente uitspraak inzake Ikon Beleidsconsulenten BV toe gebracht heeft de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks ook in privaatrechtelijke verhoudingen tussen overheid en burger van toepassing te verklaren.<sup>47</sup> Ik denk overigens dat Wiarda die zelf belangrijk heeft bijgedragen tot de ontwikkeling van die beginselen,<sup>48</sup> hiertegen ook vanuit zijn gemene rechtstheorie weinig bezwaren zal hebben.

<sup>44</sup> Zie over de doorkruisingsproblematiek M. Scheltema in *Bouwrecht* 1975, blz. 507 e.v. en D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten*, Deventer 1982, blz. 146 e.v.

<sup>45</sup> F.J.A. Huart, *Misbruik van burgerlijk recht door de administratie*, in afscheidsbundel prof. H. Krabbe, tweede deel, 's-Gravenhage 1927, blz. 126 e.v. en *Verspreide geschriften*, blz. 13 e.v.

<sup>46</sup> Bloembergen, *Contracten met de overheid*, in het bijzonder in de bouw, blz. 63 e.v. en voorts zijn bespreking van *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, in *Bouwrecht* 1979, blz. 375. Volgens D.A. Lubach, *De verhouding privaatrecht-publiekrecht in het licht van het NBW*, *Preadvies VAR* 1986, blz. 13 e.v. zou de ontwikkeling van de gemene naar de gemengde rechtsleer thans vrijwel voltooid zijn.

<sup>47</sup> HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 met noot M. Scheltema en BR 1987, blz. 533 e.v. met noot van mij.

<sup>48</sup> G.J. Wiarda, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, *Preadvies VAR* 1952.

### *Eenheid in de rechtspraak*

Dezelfde Wiarda heeft langs een geheel andere weg trouwens mede bevorderd dat de tweede vorm van vervlechting, namelijk het ingrijpen met publiekrechtelijke bevoegdheden in privaatrechtelijke verhoudingen, bijvoorbeeld door middel van vergunningen, nu ook in laatste instantie aan het oordeel van de onafhankelijke rechter is onderworpen. Hij heeft namelijk de discussie op gang gebracht,<sup>49</sup> die uiteindelijk geleid heeft tot het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens inzake *Bentham/Staat der Nederlanden*. Hierdoor werd het einde van het door Thorbecke zo geprezen Kroonberoep voor dit soort publiekrechtelijke geschillen ingeluid.<sup>50</sup> Waarschijnlijk zal dit de ontwikkeling van meer eenheid in de rechtspraak via het alsnog instellen van administratieve kamers bij de gewone rechter, zoals ook door de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie bepleit,<sup>51</sup> helpen bevorderen. Voor vreemdelingenzaken wordt die weg al ingeslagen, voor onroerende, ruimtelijke en milieuzaken zal zij door de Raad van Advies voor de Ruimtelijke Ordening binnenkort bij de Minister van Justitie worden aanbevolen.<sup>52</sup> En intussen wordt de tweewegenleer door de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State steeds meer ingeperkt via een kritische toetsing van het instrumentele gebruik van het privaatrecht door de overheid.<sup>53</sup>

### 3. FUNCTIONELE RECHTSONTWIKKELING

#### *Instrumentalisering*

Met dat instrumentele gebruik van het recht zijn wij overigens al terecht gekomen bij de derde hoofdlijn van rechtsontwikkeling in de verzorgingsstaat, de functionele rechtsontwikkeling die ik zelf – maar dat kan aan mij liggen

<sup>49</sup> G.J. Wiarda, *De betekenis van art. 6, lid 1 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens voor de Nederlandse administratieve rechtsgangen*, in: *Non sine causa* (opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten), Zwolle 1979, blz. 459 e.v.

<sup>50</sup> EHRM 23 okt. 1985, NJ 1986, 102 met noot E.A. Alkema, AB 1986, 1 met noot E.M.H. Hirsch Ballin. Zie verder J.B.J.M. ten Berge, M.C. Burkens en P.J.J. van Buuren, *De tijdelijke wet kroongeschillen*, Zwolle 1987. Inzake de verdediging van het Kroonberoep door Thorbecke zie men Eke Poortinga a.w. blz. 285 e.v.

<sup>51</sup> Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie (deel 1), 's-Gravenhage 1984. Zie voor de verschillende mogelijkheden van Arob-rechtspraak in twee instanties NJB 1986, blz. 765 e.v. en Tweede Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 19555, nr. 2.

<sup>52</sup> Blijkens het voorontwerp van de nieuwe Vreemdelingenwet zal de rechtsbescherming van vreemdelingen worden geconcentreerd bij 5 van de 19 rechtbanken bij wijze van eerste Arob-instantie. Het in januari 1988 vast te stellen RARO-advies bepleit de instelling van administratieve kamers bij alle rechtbanken.

<sup>53</sup> Zie over beperking van de tweewegenleer in relatie tot gronduitgifte recentelijk F.H.A.M. Thunnissen, *Aspecten van particuliere en gemeentelijke exploitatie van bouwgrond*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht 1987, blz. 107 e.v. Ook in een in 1988 te verschijnen rapport van het Instituut voor Bouwrecht over harmonisatie van gronduitgiftevoorwaarden zal hierop uitvoering worden ingegaan.



– het meest spectaculair van al vind. En dan bedoel ik niet alleen de instrumentalisering van privaatrecht, straf- en bestuursrecht, maar ook het verschijnen van de functionele rechtsgebieden die langzamerhand een complete tweede indeling van het recht als geheel gaan vormen, naast de klassieke hoofdindeling van publiek- en privaatrecht. Wat nu de instrumentalisering betreft, collega Rummelink heeft, sprekend over actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht, daarover in zijn rede voor de Akademie in 1980 uitvoerig in relatie tot het strafrecht gesproken.<sup>54</sup> Wat mij bij het opnieuw doorlezen van zijn doorwrochte verhaal het meest opvalt is de positieve waardering die de instrumentele (functionele) opvatting van het strafrecht in het algemeen binnen de kring van beoefenaren van dat recht blijikbaar geniet. Zelfs kan ik een zeker gevoel van jalouzie niet onderdrukken, omdat mijzelf – sinds ik mij in 1978 samen met Drupsteen en Fernhout aan een instrumentele benadering van het bestuursrecht in de sociale rechtsstaat had gewaagd – was gebleken dat deze althans bij de oudere generatie bestuursjuristen nog lang geen gemeengoed was.<sup>55</sup>

### *Tegenstroom*

Niettemin maakt ook Rummelink melding van een tegenstroom en wel uit – wat hij noemt – de neo-Utrechtse school die onder leiding van A.A.G. Peters steeds meer nadruk ging leggen op de rechtsbescherming van verdachten en gedetineerden. Zelf kreeg ik al evenzeer met een soort Utrechtse school te maken onder leiding van Steenbeek en Crinice le Roy die beiden ook meer nadruk gelegd wilden zien op de normatieve en waarborgaspecten van het bestuursrecht dan op de instrumentele.<sup>56</sup> Waar ik bij de jongste bewerking van het betreffende boek Steenbeek in zoverre genoegdoening had verschaft, dat de normatieve functie nu voorop kwam te staan, is daarvan inmiddels door hemzelf en zijn leerling Stroink met erkentelijkheid akte genomen.<sup>57</sup> Jongste aanwinst uit de Utrechtse school is het pas verschenen proefschrift van B. Hessel over Rechtsstaat en economische politiek met als promotoren o.a. Verloren van Themaat en Peters.

<sup>54</sup> J. Rummelink, Actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht, Meded. Kon. Ned. Ak. v. Wet. 1980, ook opgenomen in Strafrecht in Perspectief, Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan der Vrije Universiteit te Amsterdam, Gouda Quint bv, Arnhem, blz. 31 e.v.

<sup>55</sup> Zie bijv. de kritiek van Donner in Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel 1987, blz. 59 waar overigens nog op de oude druk van Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat wordt teruggegrepen.

<sup>56</sup> Zie met name de boekbespreking van J.G. Steenbeek in RM Themis 1979, nr. 4.

<sup>57</sup> Vergelijk de bespreking van deel 1 door Steenbeek en deel 2 door F.A.M. Stroink in Bouwrecht 1987, blz. 278 e.v. Zie ook de bespreking van deel 2 door J.M. Kan in NJB 1987/29, blz. 941 e.v.

### *Bouwenquête*

Hoezeer de instrumentele functie van het bestuursrecht nog altijd omstreden is, blijkt verder duidelijk uit de discussie waartoe de parlementaire enquête bouwsubsidies aanleiding heeft gegeven. Toen ik mij in NRC Handelsblad had afgevraagd of de desbetreffende subsidieregelingen niet veeleer als beleidsregels in plaats van algemeen verbindende voorschriften moesten worden beschouwd, kreeg ik prompt tegengestelde reacties van J.H. van Kreveld, auteur van een belangwekkend proefschrift over dit bij uitstek instrumentele deel van het bestuursrecht, en ook van Nico Verheij die eerder al blijkt had gegeven beleidsregels met betrekking tot subsidies gelijk te willen stellen aan algemeen verbindende voorschriften.<sup>58</sup> Het deed mij dan ook goed later van oud collega Van Wijnbergen als geestelijke vader van de Woningwet 1962 te mogen vernemen dat ook hij de onderhavige subsidieregelingen als beleidsregels beschouwt.<sup>59</sup> Voor het instrumentele, in dit geval op bevordering van de woningbouw gerichte karakter maakt het overigens weinig verschil.<sup>60</sup>

### *Functionele rechtsleer*

Een volgende vraag is, in hoeverre de functionele rechtsontwikkeling inmiddels haar weerslag heeft gekregen in de algemene rechtsleer. Men komt dan automatisch terecht bij Ter Heide die in 1965 achtereenvolgens in een proefschrift over de zin van de straf en in een inleiding over rechtsvinding de door hem aldus genoemde functionele rechtsleer lanceerde.<sup>61</sup> Doordat hij zich met zijn opvatting omtrent de wet als instrument (actielijn) enkel voor het oplossen van maatschappelijke problemen door de rechter als eigenlijke rechtsvormer nogal ver verwijderde van meer wetsgetrouwe zienswijzen, hebben zijn theorieën volgens R Emmelink weinig weerklank gevonden in de wereld van de strafrechtjuristen.<sup>62</sup> Daarbuiten trouwens evenmin, waar hij naar eigen

<sup>58</sup> J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, diss. Groningen 1983 en N. Verheij, *Regelgeving door ministers: een pleidooi voor duidelijkheid*, NJB 1985/36, blz. 1144 e.v. Zie voor de discussie over de bouwsubsidies mijn beschouwingen in NRC Handelsblad van 7 en 15 oktober 1987 met reacties van Van Kreveld en Verheij resp. op 12 en 13 oktober.

<sup>59</sup> S.F.L. Baron van Wijnbergen, *Ministeriële bevoegdheid tot subsidiëren staat vast*, NRC Handelsblad 2 november 1987.

<sup>60</sup> Zie over de verschillende meningen ook mijn artikel in het themanummer over het enquête-rapport bouwsubsidies van Nederlands Juristenblad 16 april 1988 en daarin ook de opvatting van Th.C. de Graaf en F.C.M.A. Michiels.

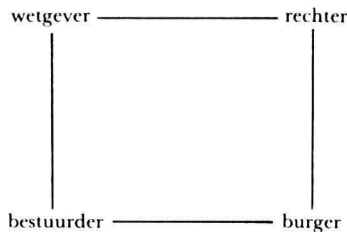
<sup>61</sup> J. ter Heide, *Vrijheid – over de zin van de straf*, diss. Leiden 1965 en *Inleiding over rechtsvinding*, *Handelingen van de Vereniging voor Wijsbegeerte des Rechts*, Zwolle 1965-66, eerste deel, blz. 7 e.v. Zie ook de speciale nummers van *Ars Acqui* van januari en februari-maart 1967.

<sup>62</sup> R Emmelink a.w. blz. 186.

zeggen<sup>63</sup> eerst met zijn algemene rechtstheorie moest optornen tegen – wat hij noemt – het Leidse positivisme en daarna tegen de dreigende eenzijdigheid van de theorie van het politieke recht en van het abolitionisme van Van Maarseveen en Hulsman. Hemzelf kan echter even goed eenzijdigheid worden verweten, waar hij zijn aandacht vrijwel uitsluitend richt op functionele rechtsvorming – en dan ook nog een zeer vrije – door de rechter. Minstens zo belangrijk zijn drie andere rechtsvormers, namelijk wetgever, bestuurder en burger.

### *Functionele rechtsvorming*

Voor de ontwikkeling van een complete functionele rechtsleer zal van de volgende vierhoek in het proces van rechtsvorming moeten worden uitgegaan.



Elk van dit viertal heeft zijn eigen wijze van rechtsvorming. Aan de rol van de wetgever is de laatste tijd steeds meer aandacht geschonken, zowel wat de instrumentele als de waarborgkant betreft.<sup>64</sup> Niet minder belangrijk is echter hetgeen zich afspeelt rond de rechtsvorming door de bestuurder, waarbij behalve aan beleidsvrije beschikkingen vooral ook aan de reeds genoemde beleidsregelgeving moet worden gedacht. Beleidsregels worden niet alleen door de administratieve rechter, doch door de Hoge Raad hoe langer hoe meer erkend als een tweede soort materieel bestuursrecht naast algemeen verbindende voorschriften.<sup>65</sup> Kenmerkend voor dit recht is de zelfbinding van de overheid behoudens de mogelijkheid van afwijking in het belang van de begunstigde. Niet minder spectaculair is de groei van de private rechtsvorming door de burger zelf of door maatschappelijke organisaties te zijnen behoeve. Symptomatisch voor deze groei is de wet algemene voorwaarden als onderdeel van het nieuwe BW en ook de standaardregeling van

<sup>63</sup> J. ter Heide, *Back to Justice*, *Ars Aequi* 1979, blz. 745 e.v. (speciaal 751). Zie ook zijn beschouwing over het Inleiding-Onderwijs aan de Juridische Faculteit van de Erasmus Universiteit Rotterdam in *NJB* 1976, nr. 36/37, blz. 1261 e.v. waar hij nog verder afstand neemt van de klassieke methode.

<sup>64</sup> Zie behalve het overzicht in *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat deel I* 1986, blz. 179 e.v. speciaal het rapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken van 1985 en het recente boek van D.W.P. Ruiten, *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Assen 1987.

<sup>65</sup> Zie *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel I, blz. 226 en aldaar aangehaalde literatuur.

art. 6.5.1.2, die een volledige inbedding van de private rechtsvorming in het objectieve burgerlijk recht mogelijk maakt.<sup>66</sup>

### *Functionele rechtsgebieden*

Alle vier wijzen van functionele rechtsvorming spitsen zich toe op het laatste onderdeel van deze derde hoofdlijn: de functionele rechtsgebieden. Opmerkelijk is dat Ter Heide met zijn functionele rechtsleer wel veel modern taalgebruik rond cybernetische systemen en andere vormen van aanpassing aan de sociale wetenschappen introduceert, maar intussen geen oog heeft voor de enorme ontwikkelingen, die zich op het eigen juridische veld in functionele zin voltrekken. In feite wordt nagenoeg het hele terrein van het recht overspannen door een netwerk van functionele vakken die zich merendeels in deze eeuw onder invloed van de verzorgingsstaat hebben gevormd. Er komen er bijna jaarlijks bij, in ieder geval wat betreft tijdschriften en verenigingen.

De Kluwer agenda voor de rechtspraktijk geeft daarvan vele voorbeelden, niet eens uitputtend. In doorsnee is de belangstelling van de praktijkjurist voor deze, door het maatschappelijke doel gekenmerkte rechtsgebieden groter dan voor de klassieke. De Vereniging voor Bouwrecht vergadert vier maal per jaar en trekt niettemin op haar jaarvergadering weinig minder belangstellenden dan de Nederlandse Juristenvereniging of de Vereniging voor Administratief Recht. Voor het bestuursrecht is pas nu een tijdschrift uitgekomen met een bescheiden aanzet, terwijl Bouwrecht drie duizend abonnees heeft. En dit vak is nog maar één van de ongeveer 25 functionele rechtsgebieden die ik onlangs in een themanummer van *Ars Aequi* over de verhouding publiek-privatrecht heb opgesomd.<sup>67</sup>

### *Kenmerken*

Kenmerkend voor al deze functionele vakken op sociaal-economisch, sociaal-cultureel en sociaal-ruimtelijk terrein is, dat zij merendeels corresponderen met bepaalde verzorgingstaken van de overheid. Op ruimtelijk gebied noem ik vakken als agrarisch recht, bouwrecht, energierecht, kadastraal recht, milieurecht, monumentenrecht, verkeersrecht, volkshuisvestingsrecht en waterstaatsrecht. Op economisch gebied kan men daartegenover stellen arbeidsrecht, bedrijfsrecht, consumentenrecht, sociaal-economisch recht, sociaal-verzekeringsrecht, vervoersrecht e.d. In de culturele sfeer vallen onder meer informatierecht, jeugdrecht, gezondheidsrecht, mediarecht, onderwijsrecht,

<sup>66</sup> H.J. van Eikema Hommes wil overigens een wezenlijk onderscheid gemaakt zien tussen – wat hij noemt – het niet-burgerlijk en het burgerlijk privaatrecht. Zie o.a. diens *Hoofdlijnen der rechtssociologie en de materiële indelingen van publiek- en privaatrecht*, Zwolle 1975, blz. 74 e.v.

<sup>67</sup> Functionele vakken als dwarsdoorsneden van publiek- en privaatrecht, in het bijzonder betreffende onroerend goed, *Ars Aequi* mei 1987, blz. 361 e.v.

vreemdelingenrecht en welzijnsrecht. Een tweede kenmerk is echter, dat zij vaak ook een sterk autonome ontwikkeling te zien geven, met name wat de private rechtsvorming betreft. Naast de Kroon en de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State is niet de burgerlijke rechter de voornaamste rechtsprekende instantie op bouwwettelijk gebied, maar de Raad van Arbitrage voor de bouwbedrijven in Nederland. Algemene voorwaarden bepalen in belangrijke mate de contractuele gang van zaken ook in het agrarisch recht, het energierecht, het vervoersrecht, het arbeidsrecht (cao's), het consumentenrecht enz. Te verbazen hoeft deze collectivisering van het privaatrecht naast de sterke invloeden van ruimtelijk, economisch en sociaal bestuursrecht niet. Wat zich hier in feite voltrekt is een combinatie van verzorgingsstaat en verzorgingsmaatschappij, door sommige partijen als een overgang gezien, doch in feite onafscheidelijk aan elkaar verbonden.<sup>68</sup>

#### 4. AFSLANKINGSOPERATIES ALS ACTUELE ONTWIKKELING

##### *Grote operaties*

Hiermee wil allerminst gezegd zijn, dat er geen forse kritiek op het verschijnen van de verzorgingsstaat mogelijk is. Die is er in de afgelopen jaren dan ook in ruime mate gekomen. En bepaald niet zonder succes, zoals men weet, want de afslankingsoperaties als meest actuele ontwikkelingslijn van het recht in die staat zijn er het directe uitvloeisel van. Kort samengevat komt de kritiek erop neer, dat de overheid – in het bijzonder de rijksoverheid – teveel taken op zich heeft genomen, daardoor overbelast is geraakt en bovendien een te groot beslag legt op het nationaal inkomen. De eerste actie daartegen was de decentralisatie, aanvankelijk in het kader van de bestuurlijke reorganisatie, later als onderdeel van de grote operaties.<sup>69</sup> De Nota Bestuurlijke Organisatie verscheen in 1969, terwijl de eerste aanzet tot reorganisatie van de rijksdienst twee jaar later werd gegeven, namelijk in het rapport van de Commissie-Van Veen.<sup>70</sup> Het zou nog tien jaar duren, voordat het werkelijk menens werd. In 1981 wordt met het kabinet-Van Agt II de derde actie gestart, de heroverweging van overheidstaken in het kader van de bezuiniging, terwijl tegelijk een grootscheeps project reorganisatie rijksdienst begint op basis van het werk van de Commissie-Vonhoff.<sup>71</sup> Weer een jaar later splitsen zich met het aantreden van het kabinet-Lubbers I een tweetal nieuwe operaties uit de heroverweging af, namelijk de deregulering en de privatisering,

<sup>68</sup> Vergelijk het rapport 'Van verzorgingsstaat naar verzorgingsmaatschappij' van het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, bij resolutie aangenomen op de partijraad van 15 december 1984 te Arnhem.

<sup>69</sup> H. van Ruller en J.F. Schrijver, Decentralisatie als onderdeel van de grote operaties, in: De grote operaties. De overheid onder het mes of het snijden in eigen vlees, Deventer 1986, blz. 113 e.v.

<sup>70</sup> Nota Bestuurlijke Organisatie, 's-Gravenhage 1969 en Bestuursorganisatie bij de kabinetsformatie 1971.

<sup>71</sup> Commissie Hoofdstructuur Rijksdienst, rapport nr. 3 Elk kent de laan die derwaart gaat, 's-Gravenhage 1980 en Eindadvies, 's-Gravenhage 1981.

naast de personeelsreductie (–2% operatie) als nieuwe vorm van bezuiniging. De laatste kan, ook in de vorm waarin zij zich onder het huidige kabinet voordoet – een vermindering van de rijksdienst met 20 000 arbeidsplaatsen in vier jaar – hier verder onbesproken blijven, omdat zij geen rechtstreekse invloed op de rechtsontwikkeling heeft. Van de overige vijf alleen een korte kenschets, wat hun mogelijke invloed betreft, zowel afzonderlijk als gezamenlijk.

### *Decentralisatie*

Hoewel de decentralisatie sinds 1981 heeft kunnen ‘meeliften’ – zoals Van Ruller en Schrijver dat in een vorig jaar verschenen boek over de grote operaties noemen<sup>72</sup> – met die operaties, vallen de resultaten nog steeds tegen. De heer Nijpels spreekt in hetzelfde boek zelfs over een wassen neus.<sup>73</sup> Dit laatste lijkt mij niet juist. Vooral sinds de decentralisatie min of meer systematisch wordt aangepakt op basis van een plan begint er enige lijn in te komen, mede door toedoen van de Raad voor het Binnenlandse Bestuur.<sup>74</sup> Geslaagde voorbeelden zijn de Wet op de stads- en dorpsvernieuwing met vergaande decentralisatie van de financiering, de Wet personenvervoer wat het lokaal openbaar vervoer betreft, en de Landinrichtingswet die veel bevoegdheden bij de provincie legt.<sup>75</sup> De hele ontwikkeling wordt echter sterk afgeremd, doordat in het kader van de deregulering het verschijnsel van de planningswetgeving is teruggedrongen, terwijl dat soort wetgeving nu juist mede de decentralisatie in haar vaandel voerde. Bekend voorbeeld hiervan was de thans ingetrokken Kaderwet specifiek welzijn die weliswaar een veel te zwaar planningsstelsel kende, doch niettemin decentrale financiering meebracht.<sup>76</sup> Ook de pas verschenen Algemene aanwijzingen voor de Rijksdienst betreffende terughoudendheid met planverplichtingen en planprocedures<sup>77</sup> kunnen in die zin averechts gaan werken, dat departementen niet spoedig zonder enige vorm van planning beleid zullen overdragen. Hetzelfde geldt trouwens voor het terugdringen van de specifieke uitkeringen die ook niet zo gemakkelijk worden overgeheveld naar het Provincie- of Gemeentefonds.<sup>78</sup> Elke medaille heeft zijn tegenkant.

<sup>72</sup> Van Ruller en Schrijver, t.a.p. blz. 132.

<sup>73</sup> E.H.T.M. Nijpels, *De grote operaties: een politieke visie*, blz. 199.

<sup>74</sup> Over de opeenvolgende decentralisatienota's en -plannen zie men Van Ruller en Schrijver, blz. 122 e.v. en voorts de betreffende adviezen van de Raad voor het Binnenlands Bestuur.

<sup>75</sup> Zie omtrent de Wet op de stads- en dorpsvernieuwing mijn *Onroerend-goedrecht*, deel b. *Stadsinrichting*, Deventer 1984, blz. 229 e.v., omtrent de Wet personenvervoer H. Schouten, *Gemeentelijke ervaringen met de decentralisatie van het vervoersbeleid*, Tijdschrift voor vervoerswetenschap '86/4, blz. 396 e.v. en omtrent de Landinrichtingswet mijn *Onroerend-goedrecht*, deel c. *Landinrichting*, Deventer 1988.

<sup>76</sup> Over de verhouding tussen planning en decentralisatie handelt, behalve *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 1, blz. 247 e.v. en 307 e.v., ook P. de Haan en R. Fernhout, *Wetgeving, planning en financiering*, Deventer 1981, blz. 237 e.v.

<sup>77</sup> *Staatscourant* 11 november 1987, nr. 218.

<sup>78</sup> Zie over de wettelijke regeling en sanering van specifieke uitkeringen *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 1, blz. 296 e.v.

*Reorganisatie rijksdienst*

Men ziet dat ook bij de volgende operatie, de reorganisatie van de Rijksdienst, waar ikzelf via het lidmaatschap van de Commissie Hoofdstructuur Rijksdienst (CHR, meestal Commissie-Vonhoff genoemd) nauw bij betrokken ben geweest. Evenmin als mijn medelid Kooiman en de nu alweer afgetreden regeringscommissaris voor deze reorganisatie Tjeenk Willink heb ik neiging in juichtonen te vervallen over het succes van deze ingreep.<sup>79</sup> Als concrete resultaten noemt de heer Nijpels o.m. een verbetering in de samenhang en presentatie van het regeringsbeleid via het jaarlijkse actieprogramma, de sociale miljoennota en de begrotingstoelichting interdepartementaal welzijnsbeleid. Verder een stroomlijning van de politiek-bestuurlijke organisatie via de inderdaad doeltreffende departementale herindeling van 1981 en de drastische vermindering van het aantal coördinerende bewindslieden, interdepartementale commissies en externe adviesorganen.<sup>80</sup> Toch vind ik dat het accent teveel is verschoven naar het departementale management, waartegenover te weinig aansluiting is gezocht bij andere grote operaties, zoals de heroverweging en de deregulering. Dit ondanks het feit dat Tjeenk Willink met de zorg voor de samenhang van de grote operaties was belast.<sup>81</sup>

*Heroverweging*

Ook over de heroverweging zelf wordt verschillend gedacht, zelfs tussen leiders van de grote operaties. Geelhoed vindt haar het meest geslaagd van al en wil haar daarom tot spits van die operaties maken, terwijl Tjeenk Willink daarentegen spreekt van een beleidsarme operatie als gevolg van de koppeling aan de begrotingsvoorbereiding.<sup>82</sup> Met laatstgenoemde ben ik het eens, dat de heroverweging teveel in het teken van de bezuiniging heeft gestaan, waarvan ongeveer een derde op de resultaten ervan is terug te voeren.<sup>83</sup>

Alsof er geen andere maatstaven voor het opnieuw overwegen van overheidstaken zijn dan geld. Wat dat betreft heeft de personeelsreductie in combinatie met de privatisering een beter effect. Ik kom daarop terug. Hier nog

<sup>79</sup> J. Kooiman, Vernieuwen moet: ervaringen en vooruitzichten bij reorganisatie van de rijksoverheid, in *De grote operaties*, blz. 153 e.v. en Eindbericht 1986 Regeringscommissaris Reorganisatie Rijksdienst.

<sup>80</sup> Nijpels t.a.p. blz. 198. Zie over de departementale herindeling van 1982 in het kader van de reorganisatie van de rijksdienst mijn beschouwing in *Agrarisch Recht*, 1985, blz. 214 e.v.

<sup>81</sup> H.D. Tjeenk Willink, *Samenhang grote operaties*, Ministerie van Binnenlandse Zaken, 's-Gravenhage 1984. Zie ook onder gelijklopende titel diens beschouwing in *De grote operaties*, Deventer 1986, blz. 175 e.v.

<sup>82</sup> L.A. Geelhoed, *Deregulering en de grote operaties (achtergronden en vooruitzichten)*, in: *De grote operaties*, blz. 35 e.v. en H.D. Tjeenk Willink, Interview met J. Dumont in *Binnenlands Bestuur* van 17 februari 1984, blz. 21.

<sup>83</sup> Vergelijk A.H. van der Meer en F.K.M. van Nispen, *Heroverweging: operatie mislukt, patiënt beter?* In *E.S.B.* 4 juni 1986, alsmede laatstgenoemde in *De grote operaties*, blz. 22. Zie voor het Samenvattend Eindrapport *Heroverweging begrotingsvoorbereiding 1988*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 16625, nr. 95.

slechts de constatering, dat de heroverweging als grote operatie weinig invloed op de rechtsontwikkeling heeft en zal krijgen, ook op langere termijn. Maar misschien komt dat juist, omdat de twee volgende grote operaties daar ten onrechte uit losgemaakt zijn, namelijk de deregulering en de privatisering. De laatste bleef weliswaar nog onder regie van het Ministerie van Financiën vallen, voor de eerste kreeg echter de Minister van Justitie sinds het optreden van het eerste Kabinet-Lubbers het voortouw.

### *Deregulering*

Geelhoed, voortrekker van de deregulering, spreekt in verband met de decentralisatie tamelijk ongenueanceerd over het Ministerie van Binnenlandse Zaken, waar het de ondeskundigheid van dit departement op het stuk van wetgeving en beleid van andere, met name zgn. vakdepartementen betreft.<sup>84</sup> In feite kan van Justitie, waar hij zichzelf onder moest scharen, min of meer hetzelfde worden gezegd. In een jarenlange ervaring als voorzitter van de Commissie Wetgeving van de Raad van Advies voor de Ruimtelijke Ordening, die zich in tientallen adviezen met de coördinatie van de wetgeving betreffende onroerend goed, ruimte en milieu bezighoudt, heb ik helaas moeten ondervinden dat Justitie het enige betrokken departement is, dat het op dit gebied laat afweten.<sup>85</sup> Het betrekkelijke succes dat juist op het gebied van ruimtelijke ordening en milieubeheer ten aanzien van deregulering is behaald, is dan ook allerm minst aan dit ministerie te danken. Veeleer lag dat aan het feit dat de betreffende commissie DROM aansluiting zocht bij de in ontwikkeling zijnde planningswetgeving, namelijk de gewijzigde Wet op de Ruimtelijke Ordening, de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne en het ontwerp Wet op de waterhuishouding.<sup>86</sup> In plaats daarvan zette de commissie-Geelhoed zich in het algemeen af tegen het streven naar coördinatie en integratie van wetgeving via planning.<sup>87</sup> Zij zocht haar kracht in een dereguleringsstoets van buitenaf.

### *Toetsingscommissie*

Met 'buitenaf' bedoel ik dan het veilige bastion van het departement van Justitie. Aanvankelijk mondde dat uit enkel in Aanwijzingen inzake terug-

<sup>84</sup> Geelhoed t.a.p. blz. 51 en 61.

<sup>85</sup> Zie over de samenstelling van deze commissie en de door haar voorbereide adviezen de jaarverslagen van de Raad. Het Ministerie van Justitie toonde tot nu toe alleen belangstelling voor de rechtsbeschermingsaspecten van de ruimtelijk relevante wetgeving, niet voor de instrumentele kant, hoewel die de structuur ervan bepaalt.

<sup>86</sup> Actieprogramma inzake deregulering op het terrein van ruimtelijke ordening en milieubeheer (DROM), Bijlage Handelingen II, 17931, nr. 4.

<sup>87</sup> Deregulering van overheidsregelingen, Tweede Kamer, vergaderjaar 1983-1984, 17931, nr. 9, blz. 69 e.v. Zie voor de weerlegging van deze kritiek het rapport 'Planning met recht en rede' van de RARO, 's-Gravenhage 1985 en Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 1, blz. 266 e.v.



houdendheid met regelgeving, vastgesteld bij besluit van de Minister-president van 5 november 1984.<sup>88</sup> Na een evaluatie van deze toetsing, waarbij niet bleek van al te bemoedigende resultaten,<sup>89</sup> is kortgeleden door de minister alsnog een toetsingscommissie ingesteld onder leiding van Hirsch Ballin als regeringscommissaris.<sup>90</sup> Hoewel dit ongetwijfeld een verbetering is, mag men ook hiervan niet aanstonds wonderen verwachten. In plaats van externe deskundigen, bekend met de wetgeving waar het om gaat, zijn het opnieuw topambtenaren van Justitie, Binnenlandse Zaken en Financiën, merkwaaarderwijs aangevuld met mensen van Economische Zaken, Onderwijs en Wetenschappen en Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, die de toetsing van wat heet 'wetgevingsprojecten van groot maatschappelijk belang' moeten verrichten.<sup>91</sup> Alleen in werkgroepen die de adviezen voorbereiden kunnen ook niet-ambtenaren worden benoemd, terwijl de commissie voorts studies door derden kan laten verrichten. Het werkprogramma wordt door de ministerraad vastgesteld. Behalve het verrichten van een toetsing aan algemene aanwijzingen voor de wetgeving moet de commissie 'hoofdlijnen van een wetgevingsbeleid ontwikkelen, gericht op een zo groot mogelijke eigen verantwoordelijkheid van burgers, instellingen, bedrijven en lagere overheden'.<sup>92</sup> Het christen-democratische streven naar een verantwoordelijke samenleving klinkt hierin door.

### *Privatisering*

Daarentegen doet de doelstelling van de privatisering in de zin van afstoting, uitbesteding of verzelfstandiging van overheidsactiviteiten weer meer aan het liberalisme van Thorbecke denken. Maar dan in omgekeerde zin. Hield deze zich bezig met de publicisering in de zin van vrijmaking van het publiekrecht uit de omhulsels van het privaatrecht, met privatisering wordt – om in termen van De Ru, die overigens zelf sociaal-democraat is, te spreken<sup>93</sup> – juist een zekere mate van terugtred van het publiekrecht voor het privaatrecht beoogd. Is bij de deregulering de regelgeving het aangrijpingspunt om de overheidsbemoeienis terug te dringen, hier is de organisatie de invalshoek. Behalve om omzetting van staatsbedrijven in nv's of bv's, zoals de PTT, en van publiekrechtelijke instellingen in verenigingen of stichtin-

<sup>88</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 17931, nr. 46; zie ook Staatscourant 27 november 1984, 232.

<sup>89</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 17931, nr. 68.

<sup>90</sup> Zie voor het kabinetsstandpunt inzake de eventuele instelling van een niet-ambtelijke toetsingscommissie Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 19701, nr. 2 en voor de instellingsbeschikking de Staatscourant van 21 september 1987, nr. 181.

<sup>91</sup> Vergelijk J.H. van Kreveld, Commissie en regeringscommissaris voor de toetsing van wetgevingsprojecten, Een nieuwe impuls?, Bestuurswetenschappen november 1987.

<sup>92</sup> Aldus de toelichting bij de instellingsbeschikking. Art. 2 van die beschikking handelt over de toetsing aan de Algemene aanwijzingen voor de wetgeving.

<sup>93</sup> H.J. de Ru, *Privatisering, ontwikkelingen en perspectieven*, in: *Privatisering in de praktijk, Juridische aspecten*, Zwolle 1987, blz. 23.

gen, gaat het ook om uitbesteding van technische en administratieve werkzaamheden, zoals het landmeetkundig-kartografische werk van het Kadaster, de ingenieursdiensten van Rijkswaterstaat en zelfs de juridische functie van departementen. In totaal zijn met deze operatie zo'n 120.000 arbeidsplaatsen alleen al bij de rijksoverheid gemoeid, terwijl voor ruim 30.000 het onderzoek nog loopt.<sup>94</sup> Ook bij gemeenten en nutsbedrijven zijn er enorme mogelijkheden. Volgens het regeerakkoord komen alle diensten, welke niet noodzakelijk door de overheid behoeven te worden uitgevoerd, in beginsel voor privatisering in aanmerking.<sup>95</sup> De overheid wordt dus op haar publiek-rechtelijke kerntaken teruggeworpen, waarbij het overigens wel de vraag is, welke dat zijn.<sup>96</sup>

### *Tegenstrijdige werking*

Het klinkt allemaal veelbelovend. De vraag is echter wat nu de resultante is van al deze grote operaties, wat betreft hun invloed op de rechtsontwikkeling in de verzorgingsstaat. Sommigen menen zelfs, dat wij nu de overgang meemaken naar een waarborgstaat.<sup>97</sup>

Voor ik daar aan het slot iets over zeg, wil ik eerst wijzen op de vaak tegenstrijdige werking van de verschillende operaties, zowel onderling als intern. In het algemeen gezien hebben vooral de deregulering en de privatisering tot een sterk verhoogde wetgevingsactiviteit geleid. Beide zijn een vorm van herregulering resp. in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke zin. Kuitenbrouwer spreekt in verband met de privatisering van de PTT van een nieuwe regel-doolhof die de vernieuwing van de telecommunicatie opnieuw kan smoren: een Machtigingswet voor de omzetting in een bv, een Personeelswet voor de rechtspositie van de circa 100.000 werknemers, een gewijzigde Postwet en als klapstuk een nieuwe Wet op de telecommunicatievoorzieningen met daaraan gekoppeld een hele tros nadere regelgeving.<sup>98</sup>

Dat komt ervan, als men staatsmonopolies als die van post en telecommunicatie-infrastructuur wil verenigen met marktgericht optreden.

<sup>94</sup> Zie voor de aantallen personeel betrokken bij privatisering Miljoenennota 1987, blz. 111 e.v., ook opgenomen als bijlage bij het in de vorige noot genoemde artikel op blz. 28 e.v.

<sup>95</sup> Staatscourant 11 juli 1986, nr. 131, blz. 4, waarover De Ru a.w. blz. 3. Zie ook zijn beschouwing *Privatisering: perspectieven voor het vervoerbeleid*, in themanummer over de grote operaties van het Tijdschrift voor Vervoerswetenschap '86/4, blz. 382 e.v.

<sup>96</sup> Hieromtrent uitvoerig het preadvies van H.J. de Ru voor de vergadering van de Calvinistische Juristen Vereniging op 27 mei 1987, getiteld *Staat, markt en recht, De gevolgen van privatisering voor het publiekrecht*, Zwolle 1987.

<sup>97</sup> M.C. Burkens en M.M. Kaag (red.), *Privatisering en deregulering: van verzorgingsstaat naar waarborgstaat* (Reeks Bestuur in beweging, Raad voor het Binnenlands Bestuur, nr. 6), 's-Gravenhage 1983, blz. 15 e.v.

<sup>98</sup> F. Kuitenbrouwer, *Wetgeving 'vrije' PTT geen sinecure*, NRC Handelsblad 3 december 1987. Zie voor de wetsontwerpen kamerstuknummers 20368-20371 en voor een korte weergave Staatscourant 10 december 1987, nr. 239.

*Voorbeelden*

Wil men enkele voorbeelden van averechtse werking van deregulering, dan is kennisneming van het ontwerp van de nieuwe Woningwet daartoe geschikt.<sup>99</sup>

Allereerst wordt de bouw- en woontechnische regelgeving gecentraliseerd in het rijksbouwbesluit. Is men over die schrik heen, dan moet men constateren dat het vervallen van het vergunningsvereiste voor wat grotere bouwwerken leidt tot een erg ingewikkelde regeling voor een meldingsplichtige categorie naast vergunningsplichtige en vrije.<sup>100</sup> De deur wordt echter dicht gedaan door de nieuwe regeling van het welstandstoezicht, die binnen vijf jaar tot een herziening van de meeste bestemmingsplannen zal moeten leiden, omdat daarin de zgn. gevoelige gebieden moeten worden aangewezen.<sup>101</sup> Dat ook de dereguleringsstoets, zoals de Raad van State die toepast, averechtse gevolgen kan hebben, bewijst het ontwerp voor een Wet beheer landbouwgronden. Onder invloed van de kritiek dreigt dit ontwerp te worden vervangen door een uiterst marginale regeling in de Natuurbeschermingswet, met instandlating voor het overige van de bestaande beleidsregelgeving.<sup>102</sup> Terwijl het juist de bedoeling van de deregulering was dergelijke regelgeving zoveel mogelijk door wetgeving te vervangen.<sup>103</sup>

*Invloed op rechtsonwikkeling*

Met deze voorbeelden van tegenstrijdige werking bedoel ik niet te zeggen, dat de grote operaties als geheel genomen geen belangrijke invloed zouden kunnen hebben op de rechtsonwikkeling in de verzorgingsstaat. De vraag is echter of die ontwikkeling – zoals destijds bij de overgang van de liberale naar de sociale rechtsstaat – opnieuw geheel zal worden omgebogen. Dat nu geloof ik niet. Bekijkt men achtereenvolgens de invloed die de actuele ontwikkeling kan hebben op de drie eerder door mij geschetste hoofdlijnen, dan ontstaat ongeveer het volgende beeld. Met De Ru deel ik de mening dat ook een vergaande privatisering niet tot aantasting van de sociale grondrechten

<sup>99</sup> Herziening van de Woningwet, Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 20066, nrs. 1-3.

<sup>100</sup> Zie daarover, behalve het Advies over de herziening van de Woningwet, Raad van Advies voor de Ruimtelijke Ordening, 's-Gravenhage 1985, blz. 11 e.v., ook J.W. Weerkamp, De bouwvergunning in de nieuwe Woningwet, *TvO* 1987-21, blz. 449 e.v. en daar aangehaalde literatuur.

<sup>101</sup> Men zie hieromtrent ook het Advies van de Raad van State met het Nader Rapport aan de Koningin, Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 20066 B, par. 6.

<sup>102</sup> Vergelijk het binnenkort verschijnende Advies van de Raad van State met het daarbij gevoegde Nader Rapport aan de Koningin, waarin de niet-indiening van het ontwerp zal worden bekend gemaakt. Het Advies van de *RARO* over het voorontwerp van een Wet beheer landbouwgronden van 15 maart 1985 hield juist een krachtig pleidooi in om het belangrijke relatie-notabeleid nu eindelijk van een behoorlijke wettelijke grondslag te voorzien.

<sup>103</sup> Zie ook het rapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken van 1985 en het kabinetsstandpunt over dit rapport, Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 20038, nrs. 1 en 2.

behoeft te leiden.<sup>104</sup> Integendeel, men kan heel goed volhouden dat de daarin omschreven overheidstaken in de eerste plaats maatschappelijke verzorgingstaken zijn, die primair door particuliere instellingen en bedrijven verricht behoren te worden. De woningcorporaties met hun wettelijke voorrang boven gemeenten bij de sociale woningbouw zijn daarvan een treffend voorbeeld. Van een geringere vervalting van publiek- en privaatrecht zal bij de toenemende privatisering ook geen sprake zijn, eerder van het tegendeel, omdat meer en meer van overeenkomsten gebruik zal worden gemaakt.<sup>105</sup> Men denke ook aan de thans allerwege bepleite publiek-private samenwerking.<sup>106</sup> En tenslotte zal onder invloed van de deregulering weliswaar het instrumentele gebruik van het bestuursrecht misschien iets afnemen, maar daar staat een sterkere functionalisering van het privaatrecht tegenover. Aan de verdere uitbouw van de functionele rechtsgebieden zal dan ook geen einde komen.

### *Slotsom*

Eén en ander brengt mij tot de volgende slotsom. De rechtsontwikkeling in de verzorgingsstaat zal zich onder invloed van de grote operaties iets meer bewegen in de richting van een zorgzame overheid in een verantwoordelijke maatschappij.<sup>107</sup> Aan het sociale-rechtsstaatsbeginsel, zoals dat in onze Grondwet in de vorm van grondrechten is neergelegd, wordt daardoor echter geen afbreuk gedaan. Vooral nog lijkt een nieuwe scheiding tussen publiek- en privaatrecht niet waarschijnlijk, evenmin als een ombuiging in het maatschappelijk functioneren van het recht.

<sup>104</sup> De Ru, Staat, markt en recht, blz. 38 e.v.

<sup>105</sup> Zie overeenkomsten als gevolg van privatisering De Ru, Staat, markt en recht, par. 6.3.3.

<sup>106</sup> Het Instituut voor Bouwrecht heeft begin 1987 in opdracht van de Raad voor het Binnenlandse Bestuur een korte verkennende studie verricht naar public-private partnerships, toegespitst op samenwerkingsvormen in de grote steden. Volop is ook aan de orde het streven naar public-private partnerships voor de financiering van grote infrastructurele werken.

<sup>107</sup> Deze tweeledige benaming lijkt meer recht te doen aan de huidige ontwikkeling dan begrippen als 'verzorgingsmaatschappij' en 'waarborgstaat'. De gedachte dat telkens geheel nieuwe concepties van staat en maatschappij zouden kunnen worden gerealiseerd, ook al zijn ze meer liberaal gekleurd, geeft blijk van een soortgelijke zelfoverschatting als waaraan destijds de ontwerpers van een maakbare samenleving geacht werden te lijden.