

Inhoudsopgave

Ten geleide / 9

1. Historie

Nederland – Corjo Jansen en Joost Sillen / 11

België – Inge Van Hulle / 17

2. (Europese) fundamentele rechten (EVRM/EP/Handvest)

Nederland – Ingrid Leijten / 23

België – Willem Verrijdt / 29

3. Unierecht

Nederland – Rob Widdershoven / 35

België – Janek Tomasz Nowak / 41

4. Over de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht

Nederland – Gerdy Jurgens / 47

België – Christopher Borucki / 55

5. Verhouding burgerlijke rechter en bestuursrechter volgens de rechtspraak

Nederland – Tijn Kortmann / 63

België – Steven van Garsse en Melissa Brouwers / 71

6. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Nederland – Frank van Ommeren / 77

België – Daan Bijmens en Eddy Storms / 83

7. Object, omvang en intensiteit van rechterlijke toetsing

Nederland 1 – Jaap Polak / 89

Nederland 2 – Tom Barkhuysen / 95

België – Jan-Baptist Lemaire / 99

8. Rechterlijke toetsing formele wetgeving

Nederland – Roel Schutgens / 107

België – Ann-Sophie Vandaele / 113

9. Behartiging van algemene en collectieve belangen – handhaving (publiekrechtelijke) regelgeving

Nederland – Martijn Scheltema / 117

België – Stefaan Voet en Sabien Lust / 123

10. Verzelfstandiging en borging publieke belangen met gebruikmaking van het rechtspersonenrecht

Nederland – Sjoerd Zijlstra / 131

België – Marie DeCock en Tina Coen / 137

11. Bevoegdheids- en uitvoeringsovereenkomsten

Nederland – Jeroen Langbroek / 145

België – Steven Verbeyst / 151

12. Publiek domein

Nederland – Gerrit van der Veen / 157

België – Nicolas Carette / 163

13. Schadevergoeding voor onrechtmatig handelen van de overheid

Nederland – Elbert de Jong / 169

België – Britt Weyts / 175

14. Schadevergoeding voor rechtmatig handelen van de overheid

Nederland – Michiel Tjepkema / 179

België – Samuel De Winter / 185

15. Rechtseenheid en interne rechtsvergelijking

Nederland – Lidy Wiggers-Rust / 191

België – Françoise Auvray / 199

Illustratieverantwoording / 205

Ten geleide

De onderlinge vervlechting dan wel vervaging tussen publiekrecht en privaatrecht neemt in snel tempo toe. Achtergronden zijn onder meer te vinden in een steeds grotere verwevenheid van privaat- en bestuursrecht, de constitutionalisering van het privaatrecht en het (verbindende) karakter van algemene beginselen. Het Europese recht beïnvloedt het nationale recht en de verwevenheid tussen rechts-terreinen en stelt ook eisen aan te kiezen oplossingen. Een dialoog tussen de beoefenaars van de verschillende rechtsgebieden is essentieel voor het realiseren van een optimale wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden.

Platform

Met het oog daarop werd begin 2019 het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog opgericht. Het Platform wil een ontmoetingsplaats bieden voor juristen met een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke achtergrond. Daarin wordt geparticipeerd vanuit Nederland en België.

Canon

Om het uitdagende en in belang toenemende terrein op de snijlijn van publiek- en privaatrecht in bredere kring onder de aandacht te brengen en verder te ontsluiten, is bij het bestuur van het Platform het idee opgekomen een ‘canon’ samen te stellen van de voornaamste ontwikkelingen op dat terrein, die studenten en juristen die daarop werkzaam (willen) zijn, niet mogen missen. Het gaat steeds om evoluties die voor de rechtseenheid en/of goede wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht van bepalend belang zijn. Het resultaat is een soort plattegrond, waarin hiervoor cruciale informatie op hoofdlijn kan worden gevonden. Voor verder onderzoek van de thema’s worden steeds enkele ‘klassiekers’ vermeld. De canon is opgesteld voor Nederland en België, waar mogelijk parallel, wat bij gebruik van de canon een mooie kruisbestuiving kan opleveren.

Met het oog op heden én toekomst

Ofschoon de gebeurtenissen in deze context in het verleden zullen liggen, zijn alleen thema’s (vensters) opgenomen die daadwerkelijk relevant zijn voor de situatie zoals deze zich in de actualiteit aan ons voordoet. Om dat in beeld te brengen is per thema ook een lijn naar het heden uitgelegd. Het belang van de verdere ontwikkeling van dit ‘vakgebied’ leidt er voorts toe dat de beschrijving van thema’s doorgaans wordt afgesloten met toekomstgerichte gedachten, die mogelijk relevant zijn voor de verdere uitgroei ervan in de toekomst. Deze kunnen een stimulans vormen voor verder onderzoek en de rechtspraktijk.

Website

Gebruikers van de canon kunnen daarover opmerkingen maken op de website van het Platform (recht-in-dialoog.eu). Het Platform wil daarvoor een speciale rubriek inrichten ('Canon'). Ook nieuwe relevante ontwikkelingen kunnen ter plaatse per venster worden gemeld zodat een dynamisch perspectief ontstaat. Het bestuur van het Platform acht het zowel voor het onderwijs als voor de praktijk van groot belang om probleemstellingen te vergelijken, gelijkenissen en verschillen onder ogen te zien en ervaringen te delen.

Ten slotte

Natuurlijk zal deze canon niet uitpuittend zijn. Keuzes zijn gemaakt. Gestreefd is naar een tableau dat de verwevenheid van publiek- en privaatrecht en de tot nu toe gevonden oplossingen in Nederland en België op hoofdlijn in beeld brengt. Mag deze canon smaken naar meer en inspireren tot verder onderzoek en nadere ontwikkeling van 'het breukvlak', in het belang van een goede toegang tot ons recht!

Namens het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog,
Lidy Wiggers-Rust, *voorzitter* en Steven Lierman, *vice-voorzitter*

1. Historie

Nederland

Historische inbedding van de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht

Corjo Jansen en Joost Sillen*

1. De scheiding van publiekrecht en privaatrecht

Het onderscheid tussen publiekrecht (*ius publicum*) en privaatrecht (*ius privatum*) gaat terug op het Romeinse recht. Het is te vinden in twee inleidende leerboeken (Instituten), dat van de Romeinse jurist Ulpianus (170-228) en dat van keizer Justinianus (483-565). Volgens deze leerboeken richtte het publiekrecht zich op de inrichting van de Romeinse staat (*ad statum rei Romani*). Het omvatte het recht met betrekking tot de eredienst, priesters en overheid. Het privaatrecht zag op de belangen van enkelingen (*ad singulorum utilitatem*).¹ Het Romeinsrechtelijke onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht komt niet overeen met het hedendaagse. Zo zagen de Romeinen diefstal als een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving (privaatrechtelijk) en niet als een strafbare gedraging (publiekrechtelijk). Het kerkrecht was daarentegen volgens hen publiekrechtelijk van aard, terwijl in Nederland het privaatrecht van overeenkomstige toepassing is op kerkrechtelijke verhoudingen (zie art. 2:2 BW).

Het Romeinse recht is vanaf de 11e eeuw overgenomen in de rechtspraak van veel continentaal Europese landen. Dat gold ook voor het Romeinse publiekrecht, hoewel sommige (vooral Duitse) juridische hoogleraren deze gelding ontkenden.² Rond 1600 maakte het publiekrecht zich binnen het Rooms-Duitse keizerrijk los uit het Romeinse recht. Het werd steeds meer een rechtsgebied met eigen begrippen en eigen bronnen bestaande uit de zogeheten 'fundamentele' wetten van de verschillende 'Duitse' landen. Deze verzelfstandiging van het publiekrecht hing samen met de staatsvorming die zich op dat moment voltrok in veel Duitse gebieden. In de Nederlanden ontworstelde het publiekrecht zich pas aan het Romeinse recht vanaf het midden van de 17e eeuw. Hugo de Groot (1583-1645) stond aan de wieg van deze ontwikkeling. Hij verstond onder het publiekrecht: 'alle wet (...)

* C.J.H. (Corjo) Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis en Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. J.J.J. (Joost) Sillen is hoogleraar Staatsrecht aan de Universiteit Maastricht.

1 D. 1,1,1,2 en Inst. 1,1,4.

2 M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, I, München: C.H. Beck 1988, p. 75; C.J.H. Jansen & J.J.J. Sillen, *De wetenschappelijke beoefening van het staatsrecht in Nederland tot 1983. Methoden & Inspiratie*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 23 e.v.

raeckende lands-stand', zoals het recht met betrekking tot oorlog en vrede, de bepaling van de landsgrenzen, de rechtspraak, de strafrechtspleging en wetgeving.³



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

De Franse Revolutie leidde in continentaal Europa uiteindelijk tot een scherpe scheiding van het publiekrecht en het privaatrecht. Zij brak definitief met de feodale gedachte dat regeermacht tot iemands (private) eigendom kon behoren. De regeermacht behoorde tot een ander, van het privaatrecht te onderscheiden rechtsgebied met eigen uitgangspunten: het publiekrecht. Zo stond in het privaatrecht het eigen belang voorop en in het publiekrecht het algemeen belang. Het belangrijkste verschil was echter het legaliteitsbeginsel: terwijl in het privaatrecht als uitgangspunt geldt dat alles mag tenzij het recht anders bepaalt, geldt in het publiekrecht de regel dat de overheid niets mag, tenzij het recht haar een bevoegdheid verleent. J.R. Thorbecke (1798-1872) — een van de grondleggers van niet alleen het Nederlandse staatsrecht, maar ook het Nederlandse bestuursrecht⁴ — bouwde op deze ideeën van de Franse revolutie voort. Volgens hem vormden het publiekrecht en het privaatrecht een principiële — uit het ‘wezen’ van het recht voortvloeiende — tegenstelling binnen het Nederlandse recht. Hij stelde zich tot doel te werken aan de verdere ontwikkeling van het publiekrecht en wilde het

3 H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, ed. F. Dovring e.a., tweede uitgave, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1965, I.2.24-27; C. Korbeld, *Over de vryheit van gevoelen en spreken den rechtsgeleerden eigen. Leven en werk van Christiaan Hendrik Trotz (1703-1773)*, Nijmegen: GNI 2013, p. 161 e.v.

4 E.J. van Ommeren, ‘Thorbecke als eerste hoogleraar bestuursrecht’, *NTB* 2021, p. 601-607.

rechtsgebied ontdoen van alle privaatrechtelijke kenmerken.⁵ Zo stond de eerste helft van de 19e eeuw in het teken van scheiding van het publiekrecht en het privaatrecht.

2. De overheid in het burgerlijk recht: invloed van het privaatrecht op het publiekrecht

In de tweede helft van de 19e eeuw zette de verzelfstandiging van het publiekrecht (en met name van het staatsrecht) ten opzichte van het privaatrecht door. Als gevolg daarvan trad tevens een verwijdering op tussen de bronnen van de verschillende rechtsgebieden. Privatisten oriënteerden zich veelal op de leer van de zogenaamde Historische School. Zij beschouwden naast de wet de volksovertuiging als bron van het recht. De taak van de wetgever was deze overtuiging vast te leggen. Op die wijze begrenste de volksovertuiging de bevoegdheid van de wetgever. Het publiekrecht sloeg een andere weg in. De publiekrechtjuristen zochten de grondslag van het recht in de Staat. Deze was de bron van alle recht. Volgens deze leer van de staatssoevereiniteit registreerde de wetgever dan ook niet slechts het recht, maar maakte hij het.⁶ J.Th. Buys (1828-1893) was bij ons de belangrijkste protagonist van deze theorie, die hij had overgenomen van de Duitser P. Laband (1838-1918).⁷

Anders dan de Historische School ging de leer van de staatssoevereiniteit uit van een ongebonden Staat: omdat deze de bron van alle recht was, kon deze zelf niet aan het recht zijn gebonden. Deze gevolgtrekking werd rond de eeuwwisseling in toenemende mate onwenselijk gevonden. Zij was dan ook onverenigbaar met de gedachte van de rechtsstaat, die in het midden van de 19e eeuw in Nederland vaste voet aan de grond kreeg.⁸ In de rechtsstaatidee moest de overheid immers juist aan het recht worden gebonden. Deze wens om de overheidsmacht via het recht te begrenzen, leidde uiteindelijk tot het vervlechten van publiek- en privaatrecht. Een mijlpaal in die ontwikkeling was het *Ostermann*-arrest (1924). Daarin verklaarde de Hoge Raad het privaatrecht ook van toepassing op het publiekrechtelijk handelen van de overheid. Daardoor kon de civiele rechter voortaan rechtsbescherming aan de burger bieden bij al het onrechtmatig handelen van de overheid.⁹ Het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad heeft daarna een hoge vlucht genomen, met het *Urgenda*-arrest, waarin de civiele rechter de Staat veroordeelde tot het reduceren van de CO₂-uitstoot, als voorlopig hoogtepunt.¹⁰

5 E. Poortinga, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke (1798-1872). Theorie en toepassing*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987, p. 83 e.v.; R. Aerts, *Thorbecke wil het. Biografie van een staatsman*, Amsterdam: Prometheus 2018, p. 331 e.v.

6 Een beschrijving van deze stand van zaken geeft bijvoorbeeld H.J. Hamaker, 'De tegenstelling van publiek- en privaatrecht', *Verslagen en Mededelingen van de Koninklijke Akademie van Wetenschappen*, Derde Reeks, Elfde Deel, 1895, p. 72.

7 Jansen & Sillen 2022, p. 107 e.v.

8 R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt, 'Inleiding', in: R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 8-10.

9 HR 24 november 1924, NJ 1925, p. 89 (*Ostermann*).

10 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

3. **Het privaatrecht als het ‘gemene recht’: invloed van het publiekrecht op het privaatrecht**

De opvatting van Paul Scholten (1875-1946) in zijn *Algemeen deel* (1931) over publiek- en privaatrecht is lang de heersende gebleven. Volgens hem was er geen scheiding tussen publiek- en privaatrecht, die gold voor alle tijden en plaatsen. Wel ging het publiekrecht logisch aan het privaatrecht vooraf. Een Staat moest eerst regels hebben over wie recht mocht vormen, voordat de inhoud van dat recht ter sprake kon komen. Het privaatrecht wees de algemene gedragsregels aan. Daarom was het volgens Scholten het ‘gemene’ recht. De grens en de inhoud van het publiekrecht bepaalde de positieve rechtsorde. Waar die orde ruimte liet, gold het gemene privaatrecht, ook voor de overheid.¹¹

Ook al was het privaatrecht volgens Scholten in zijn tijd het ‘gemene’ recht in Nederland, het kende vanaf 1900 een steeds sterker wordende doordringing met publiekrecht. Dit verschijnsel is bekend komen te staan als de ‘publicisering’ van het privaatrecht. De economische omstandigheden brachten de wetgever er vaak toe om met een beroep op algemene belangen (bijvoorbeeld de voedselvoorziening, het voorkomen van werkloosheid, huisvesting, etc.) private vrijheden, zoals de contractsvrijheid, de vrijheid van de eigenaar en de vrijheid van ondernemen, in te perken. Deze beperking gebeurde met behulp van het publiekrecht. Denk aan de Ongevallenwet (1901), Woningwet (1901), Levensmiddelenwet (1914), Distributiewet (1916), Geldschieterswet (1932), Distributiewet (1939) en Prijzenwet (1961). Zij kenden bestuurs- en/of strafrechtelijke ‘hulpmiddelen’ (zoals vergunningen, toezicht, beroepsverboden, boetes, inbeslagneming, verbeurdverklaring en gevangenisstraffen). De ‘publicisering’ van het privaatrecht deed in het midden van de vorige eeuw het sociaaleconomische recht als nieuw rechtsgebied ontstaan. Latere voorbeelden zijn het financiële recht en het gezondheidsrecht.¹² Artikel 3:14 BW verbiedt de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden in strijd met geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht.

11 P. Scholten, *Algemeen deel*, derde druk, bewerkt door G.J. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 26 e.v. In de jaren '20 van de vorige eeuw woedde een discussie over het juiste criterium voor het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: L. van Praag, *Op de grenzen van publiek- en privaatrecht* (1923), besproken door F.G. Scheltema in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1924, p. 242 e.v.; reactie van L. van Praag, 'Publiek- en privaatrecht. Rechtsregel of rechtsverhouding', *Themis* 1925, p. 130 e.v.; F.G. Scheltema, 'Het grensterrein van publiek- en privaatrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1927, p. 233 e.v. en L. van Praag, 'Naar aanleiding van Scheltema's (...) rede', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1927, p. 470 e.v. Zie J. van der Hoeven, 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht', in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 201 e.v. en J. van der Hoeven, 'Publiek- en privaatrecht', in: E. Huisman e.a. (red.), 'Osmose tussen publiekrecht- en privaatrecht', *AA* 36 (1987) 5, p. 277-281.

12 Zie W.H. Drucker, 'Vooruitzichten op het gebied van het privaatrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1921, p. 114, p. 126 e.v.; G. de Almeida Ribeiro, *The Decline of Private Law. A philosophical History of Liberal Legalism*, Oxford: Hart 2019, p. 191 e.v.; p. 197 e.v. (p. 198); C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19^e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 264 e.v.; W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 28, p. 152 e.v., p. 167 e.v.

4. **Slot**

Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht, dat met de Franse Revolutie bij ons tot het vaste juridische vocabulaire ging horen, is de afgelopen twee eeuwen geen rustig bezit gebleken. Terwijl de 19^e eeuw voor een belangrijk deel in het teken stond van de scheiding van beide rechtsgebieden, liet de 20^e eeuw een toenemende verwevenheid tussen beide zien. De overheid is thans onderworpen aan de (aansprakelijkheids)regels van het privaatrecht, terwijl particulieren, en met name ondernemingen, bij de uitoefening van hun privaatrechtelijke bevoegdheden in toenemende mate rekening moeten houden met het algemeen belang en geconfronteerd worden met regels van publiekrecht. Daarmee is het onderscheid tussen beide rechtsgebieden vervaagd, maar verdwenen is het zeker niet.

1. Historie

België

Historische inbedding van de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht

Inge Van Hulle*

1. Inleiding

De scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht lijkt voor ons vandaag een evidentie: niet alleen het juridische onderwijs, maar ook het materieel recht en de rechterlijke organisatie in België en elders in Europa zijn grotendeels opgebouwd rond de veronderstelling dat de publieke en private rechtsorde strikt gescheiden zijn. Het publiekrecht regelt de verticale relaties tussen de overheidsorganen en deze tussen de overheidsorganen en onderdanen, terwijl het privaatrecht de horizontale relaties regelt tussen onderdanen onderling.¹ Deze tweespalt behoort al sinds de Klassieke Oudheid tot één van de fundamenten van ons rechtssysteem. In de Digesten – de belangrijkste bron van het Romeins recht – dat deel uitmaakt van het Corpus Iuris Civilis van keizer Justinianus, kunnen we de volgende definitie terugvinden, die teruggaat op deze van de Romeinse jurist Ulpianus (170-223)²:

D. 1.1.1.2 (...) Het publiekrecht betreft de inrichting van de algemene aangelegenheden van Rome, het privaatrecht de individuele belangen. Sommige aangelegenheden zijn immers van openbaar belang en andere van privaat belang. Het publiekrecht handelt over de eredienst, priesters en magistraten (...).

In werkelijkheid was de relatie tussen deze rechtstakken veel nauwer (ook tijdens de Romeinse periode) dan we vandaag zouden verwachten en bestaat er ook vandaag nog tussen beiden een dynamische wisselwerking. Dit is mede het geval door het Europese recht. Dit gebeurt in de eerste plaats op basis van specifieke harmonisatiebevoegdheden (zoals het intellectuele eigendomsrecht) en de algemene bevoegdheid van de Europese wetgever om harmoniserend op te treden in het kader van de interne markt (art. 114 VWEU).³ Ook hierbuiten is de invloed van het

* Inge Van Hulle is onderzoeksprofessor in de rechtsgeschiedenis aan de KU Leuven en onderzoeksgroepsleider aan het Max Planck-Instituut voor rechtsgeschiedenis en rechtstheorie in Frankfurt.

1 G. Martyn & R. Opsommer, *Geschiedenis van het publiekrecht en van de politiek*, Brugge: die Keure 2022, p. 9-10; B. Tilleman & B. Demarsin, *Inleiding tot het publiekrecht*, Leuven: Uitgeverij Acco 2018, p. 10-16.

2 R. Lesaffer, *Geschiedenis van het publiekrecht*, Leuven: Uitgeverij Acco 2021, p. 33.

3 P. Van Nuffel, 'Technieken van doorwerking van EU-recht in het Belgische privaatrecht', in: E. Terryn, V. Sagaert & I. Samoy (red.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 1-3.

EU-recht merkbaar, zoals bijvoorbeeld op het vlak van het contractenrecht waar Europa er een andere benadering op na houdt van de zwakkere contractpartij.

2. Vroege middeleeuwen tot aan de Franse Revolutie

Vanaf de vroege middeleeuwen tot aan de Franse Revolutie waren de relaties tussen de overheid en haar onderdanen op gelijkaardige wijze georganiseerd als deze tussen onderdanen onderling.⁴ Dit had te maken met het patrimoniale karakter van het overheidsgezag: de soevereine rechtsmacht werd beschouwd als iets dat deel uitmaakte van het private vermogen van de vorst en zijn leenmannen die zelf weer leenheer waren. Dit werd gestimuleerd door een proces van verzakelijking dat haar aanvang nam onder het feodaal stelsel, waarbij naast gronden ook ambten waarmee publiekrechtelijke functies werden uitgeoefend (zoals recht spreken of belasting innen) door de vorst in leen werden gegeven.⁵ Deze ambtslenen konden op hun beurt, na verloop van tijd, vererfd, geschonken en verhandeld worden. Ook koninkrijken en vorstendommen maakten deel uit van dit patrimonium en het hoeft dus niet te verwonderen dat huwelijkspolitiek één van de belangrijkste bezorgdheden werd van vorstelijke huizen. Gebieden konden immers verloren of verworven worden door een huwelijk, verkoop, erfenis of schenking. Een goede huwelijkspartij kiezen voor zoon of dochter was dus in de eerste plaats ingegeven door welke implicaties de match zou hebben voor de patrimoniale belangen en niet of er sprake was van liefde of genegenheid.

Bovendien was er, anders dan vandaag, geen sprake van exclusieve eigendomsrechten op onroerend goed: controle over onroerende goederen, en dan vooral land, was verdeeld tussen de gebruiker, die het bezit had (de *tenure*) en de eigenaar.⁶ Dit werd aangeduid met het verschil tussen respectievelijk *dominium utile* (gebruikseigendom) en *dominium directum* (rechtstreekse eigendom). Vaak had de eigenaar van de grond, dus de houder van het *directum* – veelal rijke boeren, adel of abdijen en kloosters – het recht op de inkomsten uit het onroerend goed, in combinatie met publieke rechten, zoals belasting heffen en recht spreken. Dit onderscheid tussen *dominium utile* en *dominium directum* was een interpretatie van de Romeinsrechtelijke *emphyteusis* of erfpacht door middeleeuwse juristen.

3. De Franse Revolutie en de negentiende eeuw

Met het decreet van 11 augustus 1789 schaften de Franse revolutionairen met één pennentrek – wat zij omschreven als – de feodaliteit af. Dit betekende concreet het einde van de vervlechting tussen private en overheidsbelangen die gedurende eeuwen de basis had gevormd van de rechtsverhoudingen in West-Europa. De strijd werd beslecht in het voordeel van de gebruiker die het *utile* had, maar nu

4 A. Harding, *Medieval law and the foundations of the state*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 34-64; E.A. Kantorowicz, *The king's two bodies*, Princeton: Princeton University Press 1957.

5 R. Blaufarb, *The French Revolution and the invention of modern property*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 16-20.

6 W. Druwé, *Romeins recht*, Leuven: Acco 2022, p. 445-449; T. Rütfer, 'Substance of medieval roman law. The development of private law', in: H. Pihlajamäki, M. Godfrey & M.D. Dubber, *The Oxford handbook of European legal history*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 310-332.

ook de volle eigendom over het onroerend goed verkreeg en het vrij kon verhandelen. Hiermee ontstond het exclusieve eigendomsbegrip, dat als dusdanig in artikel 544 van de Napoleontische Code Civil werd opgenomen.⁷ Beperkingen op het eigendomsrecht, zoals erfdiensbaarheden, moesten zoveel mogelijk worden ingeperkt. Dit eigendomsconcept vond zijn ingang in alle landen waar de Code Civil door Napoleons veroveringstochten werd ingevoerd, inclusief België. Het nieuwe Burgerlijk Wetboek relateert vandaag de exclusiviteitsvoorwaarde van het eigendomsrecht. De eigenaar heeft niet langer het recht 'om op de meest volstrekte wijze van een zaak het genot te hebben' (oud art. 544), maar heeft nu liever over een voorwerp 'de volheid van bevoegdheden, behoudens de beperkingen die door wetten, verordeningen of door de rechten van derden worden opgelegd' (nieuw art. 3.50). Hiermee werd door de wetgever rekening gehouden met nieuwe evoluties in het goederenrecht.⁸



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Code Napoléon. Sa Majesté l'Empereur et Roi montre à l'Impératrice-Reine les articles du Code civil, estampe de David, 1804.

7 D. Gruyaert, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 147-156.

8 N. Carette & R. Jansen, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 333-335.

Het wetgevend ingrijpen van de Franse revolutionairen eindigde niet hier. Men maakte ook komaf met de verhandelbaarheid en de erfelijkheid van publieke ambten, waardoor het publieke karakter van het overheidsgezag werd benadrukt.⁹ Met de Franse Revolutie ontstond dus een scherpere conceptuele afbakening tussen het privaatrecht en het publiekrecht. Onder invloed van het economisch liberalisme, kwam er een grotere nadruk te liggen op de vrije, autonome burgers die aan elkaar gelijk zijn (dit in tegenstelling tot de standenmaatschappij van het Ancien Régime), waardoor het privaatrecht meer en meer werd beschouwd als de rechtstak die de horizontale rechtsverhoudingen tussen burgers regelde op basis van gelijkheid. Het publiekrecht daarentegen werd meer geassocieerd met verticale rechtsverhoudingen gebaseerd op gezag, bevel en het monopolie op geweldsuitoefening. Deze conceptuele scheiding was in zekere zin al aan de gang tijdens de vroegmoderne periode onder invloed van de juristen en filosofen die zich verdiepten in het natuurrecht, maar kwam pas echt concreet tot uiting tijdens de 19e eeuw.¹⁰

4. Twintigste-eeuwse en recente ontwikkelingen

In de 20e eeuw werd de taak van de overheid uitgebreid van ordehandhaving naar het garanderen van het welzijn van burgers met de totstandkoming van de verzorgingsstaat. Hierdoor nam het aantal conflicten tussen burgers en overheid toe en groeide het besef dat burgers in een zwakkere positie tegenover de overheid staan. Dit leidde tot initiatieven om rechtsbescherming te bieden aan burgers tegen willekeurig overheidsoptreden.¹¹ In eerste instantie werd hiertoe in 1946 de Raad van State opgericht, waarmee België voor het eerst een rechterlijke instantie kreeg die de bevoegdheid heeft om administratieve rechtshandelingen te vernietigen. Daarnaast adviseert de afdeling wetgeving van de Raad van State ook over ontwerpen en voorstellen van wet en van reglementair besluit.¹² Naast het voorzien van rechtsbescherming tegen de ‘administratieve, uitvoerende’ overheid werd ook de ‘wetgevende’ overheid niet buiten schot gelaten. Dit was bijzonder baanbrekend, precies omdat ook sinds de Franse Revolutie de wetgever als onaantastbaar werd beschouwd. Een eerste aanzet vormde het arrest *Le Ski* (1971) waarin het Hof van Cassatie oordeelde dat hoven en rechtbanken wetten mogen toetsen aan internationale normen met directe werking. Nog belangrijker was de oprichting in 1980 van het Arbitragehof, vandaag het Grondwettelijk Hof. Dit Hof toetst wetgeving aan de regels die de bevoegdheid tussen de federale overheid, de gemeenschappen en gewesten raken en mag ook wetgeving toetsen aan specifieke grondwetsbepalingen (Titel II ‘De Belgen en hun rechten’ en art. 170, 172, 191). Zij mag bovendien wetgeving schorsen of vernietigen. Op deelstatelijk niveau zijn er tijdens de jaren 2000 aan Vlaamse kant bijkomende en gespecialiseerde bestuursrechtscolleges opgericht zoals de Raad voor Betwistingen inzake Studievoortgangsbeslissingen,

9 Blaufarb 2016, p. 82-85.

10 G.C.J.J. van den Bergh & C.J.H. Jansen, *Geleerd recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 71-83.

11 J. Vande Lanotte e.a., *Belgisch publiekrecht*, Brugge: die Keure 2014, p. 63-67.

12 P.-J. Van De Weyer, *De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 12-13.

het (Milieu) Handhavingscollege, de Raad voor Verkiezingsbetwistingen en de Raad voor Vergunningsbetwistingen.¹³

Op het vlak van het privaatrecht is de hercodificatie van het nieuwe Burgerlijk Wetboek de belangrijkste verwezenlijking van de afgelopen jaren. Deze hercodificatie toont opnieuw aan dat ook in België de afgelopen jaren de overheid gezien wordt als een actor in het economische leven, net zoals burgers en privaatrechtelijke rechtspersonen. Het nieuwe wetboek zal uit tien boeken bestaan, met als eerste belangrijke vernieuwing, de toevoeging van een boek 1 ‘Algemene bepalingen’ dat op alle andere boeken van toepassing is en dus de hele rechtstak van het burgerlijk recht omvat. Uit deze algemene bepalingen blijkt dat ook de overheid onder het privaatrecht valt en als publieke rechtspersoon, zowel rechtsbekwaam als handelingsbekwaam is, wat onder meer de mogelijkheid inhoudt om overeenkomsten aan te gaan.

5. Slot

Hoewel het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht nog steeds één van de fundamenteën van ons rechtssysteem uitmaakt, toont hun parallele geschiedenis een nauwe relatie aan en een continue vervlechting. Waar het overheidsgezag sinds de middeleeuwen geprivatiseerd was, maakte de Franse Revolutie een abrupt einde hieraan en was er een verschuiving zichtbaar richting een visie van het privaatrecht als de hoeder van gelijkheid tussen burgers en van het publiekrecht als de hoeder van staatsgezag. Vandaag de dag zijn beide visies gerelativeerd in België door recente ontwikkelingen die zorgen voor rechtsbescherming van burgers tegenover overheidswillekeur, maar ook een verdere verankering van de overheid als actor in het privaatrecht en niet enkel als soevereine uitoefenaar van gezag. Dit toont aan dat beide ‘levende’ rechtstakken zijn die zich doorheen de tijd voortdurend aanpassen aan maatschappelijke omstandigheden. Ook in de toekomst valt er een nauwe interactie te verwachten tussen de private en publieke rechtsorde, onder meer door de invloed van het Europese en internationale recht.

¹³ S. De Somer & I. Opdebeeck, *Algemeen bestuursrecht*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 755-759.