

Solidariteit en corona: lessen uit het verleden

Lukas van den Berge*

Het algemeen belang vereist soms dat de overheid maatregelen neemt die sommigen met een onevenredig zware last opzadelen. Wie buitenproportioneel getroffen is, heeft soms recht op schadevergoeding, ook al is het overheidshandelen op zichzelf rechtmatig. Dat is althans de strekking van een opmerkelijk arrest van het Hof van Friesland uit 1611. In de coronacrisis komt het goed van pas dat arrest nog eens zorgvuldig te bestuderen.

1. De afgebroken boerderij en het gemeene welvaeren

In het kleine buurtschap Sotterum – nabij het Friese uiteinde van de Afsluitdijk – is het normaal gesproken vrij rustig, maar in 1580 was dat wel anders. Friesland was destijds oorlogstoneel. Spaansgezinde troepen hadden bezit genomen van de belangrijkste steden in het Friese merengebied en dreigden vandaar uit op te marcheren naar Leeuwarden. Om de vijand te keren, liet plaatselijk commandant Hidde Sybrens uit naam van de Staten van Friesland te Sotterum een verdedigingsschans opwerpen. Dat bleek een gouden greep. Sybrens en zijn soldaten hielden stand en in de lente van 1581 werden de Spaansgezinde troepen met hulp uit Holland uit Friesland verdreven. Voor zijn optreden ontving Hidde Sybrens van de Friese autoriteiten een gouden medaille.¹

Voor Sierck Lieuwes tot Cornwert was de uitkomst van de strijd minder rooskleurig. Bij de bouw van de verdedigingsschans was zijn boerderij net buiten het omheinde gebied gebleven. Toen de vijand naderde, zagen Sybrens en zijn troepen zich genoodzaakt de boerderij van Lieuwes in brand te steken en tot op de laatste steen af te breken. Alleen op die manier kon worden voorkomen dat de vijand de schans gemakkelijk zou kunnen innemen. Toen de rust was weergekeerd, wendde Lieuwes zich tot de Staten van Friesland met een verzoek om schadevergoeding. Die wezen Lieuwes' verzoek echter af. De totale verwoesting van de boerderij was natuurlijk pech voor Lieuwes, maar van onrechtmatig handelen van Sybrens en zijn mannen was volgens de Staten geen enkele sprake. Zij handelden immers uit noodzaak en deden wat nodig was 'voor het gemeene welvaeren van ons vaderland'.²

Lieuwes legde zich bij de afwijzing van zijn claim niet neer en spande een zaak aan bij het Hof van Friesland te Leeuwarden. Dat gerechtelijk college bestond uit academisch gevormde raadsheren die zich maar al te graag lieten inspireren door het Romeinse recht wanneer inheemse regels en gebruiken tekortschoten – een praktijk die destijds ook elders in Europa gebruikelijk was.³ Het Hof overwoog dat van onrechtmatig handelen van Sybrens' leger inderdaad geen sprake was. Daarbij wees het onder meer naar een Romeins rechtsgeleerd inzicht dat inhoudt dat het niet onrechtmatig is het huis van de buurman af te breken wanneer dat de enige manier is het eigen huis te

* Mr. dr. L. van den Berge is universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht en oud-redacteur van dit tijdschrift.

¹ J. Dirks, 'Bijdragen tot de penningkunde van Friesland', in: *De vrije Fries*, deel 3, Leeuwarden: Suringar 1844, p. 52-62.

² Hof van Friesland, civiel sententieboek 1611, geciteerd via J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen en F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht. De civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17^e en 18^e eeuw*, Hilversum: Verloren 1999, p. 214.

³ Lokin, Jansen en Brandsma 1999, p. 20-29.

beschermen tegen brand.⁴ En als private belangen op die manier beschermd mogen worden, mogen de Staten van Friesland dat ter behartiging van het algemeen belang al helemaal, aldus het Hof.⁵

2. De Rhodische zeewet

Toch kent het Hof van Friesland Lieuwes uiteindelijk wel een schadevergoeding toe. Niet alleen *onrechtmatig*, maar ook *rechtmatig* overheidshandelen kan volgens het Hof een schadevergoedingsplicht opleveren. Ter onderbouwing van die gedachte beroept het Hof zich op een Romeinsrechtelijke regeling die haar oorsprong heeft op het Griekse eiland Rhodos: de *Lex Rhodia*, oftewel de Rhodische zeewet.⁶ Die bepaalt wat er moet gebeuren als zeelui in een storm een deel van de lading overboord zetten om op die manier hun schip lichter te maken. In dat geval dient 'door een omslag over alle betrokkenen vergoed te worden wat ten behoeve van allen is prijsgegeven' en komt het geleden nadeel uiteindelijk dus voor rekening van alle ladingeigenaren gezamenlijk.⁷ In de zaak van Lieuwes geldt volgens het Hof iets soortgelijks: nu heel Friesland heeft geprofiteerd van de verwoesting van Lieuwes' boerderij, vereist de billijkheid dat de gemeenschap deelt in de schade die hij daardoor heeft geleden.⁸

Om dat oordeel van het Hof van Friesland naar waarde te kunnen schatten, is het nodig enig inzicht te hebben in de durf en de creativiteit die het Hof daarmee aan de dag legde. In het Romeinse recht zelf had de Rhodische zeewet alleen betrekking op verloren goederen op zee en in de verste verte niet op kwesties over afgebroken boerderijen – laat staan op gevallen waarin het publieke belang een rol speelt en private belangen worden opgeofferd aan de staatsveiligheid. Bovendien was de Rhodische wet alleen van toepassing via de omweg van de vervoersovereenkomsten die de reder of schipper met elk van de ladingeigenaren had gesloten. De eigenaar van de verloren lading ontving een vergoeding van de reder of schipper en die sprak op zijn beurt de overige ladingeigenaren aan. Van een rechtstreeks recht op schadevergoeding van de gedupeerde eigenaar jegens de overige eigenaren was dus geen sprake.⁹

De bredere toepassing die het Hof van Friesland voor de Rhodische zeewet weggelegd ziet, past goed bij de vrije omgang met het Romeinse recht zoals die kenmerkend is voor de 'Italiaanse methode' (*mos italicus*) zoals die in Bologna en andere Italiaanse stadstaten werd ontwikkeld door commentatoren die niet zozeer waren geïnteresseerd in het Romeinse recht als historisch fenomeen, maar veeleer in de bruikbaarheid ervan voor de moderne tijd.¹⁰ De grondgedachte van de Rhodische zeewet, aldus bijvoorbeeld de vermaarde glossator Accursius, houdt in 'dat als ik iets onderga ten gunste van het algemeen belang of ter voorkoming van de schade van een ander, dat mij dan herstel

⁴ D. 9,2,49,1, waarin wordt bepaald dat geen onrechtmatigedaadsactie bestaat 'wanneer de schade onder druk van grote noodzaak is toegebracht, zoals [...] met betrekking tot degene die om brand te keren het belendend huis heeft afgebroken'; in dat geval zou van *onrechtmatig* toegebrachte schade namelijk geen sprake zijn.

⁵ Johannes van den Sande, *Vijf boecken der gewijsder Saken voor den Hove van Vrieslandt*, Leeuwarden 1670 [1638], p. 540-542 (boek 5, titel 7, stelling 3). Zie ook Lokin, Jansen en Brandsma 1999, p. 217.

⁶ Voluit: *Lex Rhodia de iactu* (Rhodische wet over de zeeworp). Zie verder o.a. R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Oxford University Press 1996, p. 406-412.

⁷ D. 14,2,1: 'Door de Rhodische wet wordt bepaald dat, wanneer men om een schip lichter te maken tot het overboord gooien van lading is overgegaan, door een omslag over alle betrokkenen vergoed moet worden wat ten behoeve van allen is prijsgegeven'.

⁸ Lokin, Jansen en Brandsma 1999, p. 217-220.

⁹ Zimmermann 1996, p. 406-409.

¹⁰ In latere rechtspraak sloeg het Hof een andere weg in en verwierf het juist een naam vanwege zijn verhoudingsgewijs nogal strikte toepassing van het Romeinse recht. Zie Lokin, Jansen en Brandsma 1999, p. 20-22, onder verwijzing naar, onder meer, enkele observaties van de grote Friese jurist en raadsheer aan het Hof van Friesland Ulrik Huber (1636-1694).

moet worden verschaft'.¹¹ Die gedachte laat zich ook buiten de sfeer van overeenkomsten over zeevervoer uitstekend toepassen.¹²

3. Gelijkheid voor de publieke lasten

Een op een beginsel berustende schadevergoedingsplicht wegens rechtmatig overheidshandelen: zo ver als het Hof van Friesland heeft de Hoge Raad tot op de dag van vandaag niet willen gaan. In plaats daarvan bracht de Hoge Raad een gekunstelde leer tot ontwikkeling waarbij in feite rechtmatig overheidshandelen wordt aangemerkt als onrechtmatig zolang degenen die daarvan onevenredig nadeel ondervinden onvoldoende zijn gecompenseerd.¹³ De jurisprudentie van de bestuursrechter is op dit punt principiëler van aard en erkent – net zoals het Hof van Friesland – dat een plicht tot schadevergoeding soms ook kan ontstaan door overheidshandelen waaraan op zichzelf niets onrechtmatig kleeft. Na enig dogmatisch gearzel vond de bestuursrechter daarvoor uiteindelijk een vaste grondslag in het ongeschreven beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten (*égalité devant les charges publiques*).¹⁴

In de woorden van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State houdt dat van oorsprong Franse beginsel in dat 'buiten het [normale] maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende schade' uit rechtmatige overheidsdaad niet slechts voor rekening van die beperkte groep dient te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dient te worden verdeeld.¹⁵ Die gedachte komt sterk overeen met de redenering van het Hof van Friesland in de zaak over de boerderij van Lieuwes.¹⁶ Over het algemeen geldt wel dat de rechter de lat voor de criteria van de abnormale en speciale last waarvan sprake moet zijn, vrij hoog legt. Dat is natuurlijk ook logisch, want bij een al te toegeeflijk rechterlijk beleid op dit punt zou hij al snel de sluisdeuren openzetten voor een onwerkbaar hoeveelheid claims jegens de overheid, die vaak natuurlijk beslissingen zal moeten nemen die niet voor iedereen gunstig uitpakken.¹⁷

4. Solidariteit en corona

Wat kan de Friese zaak over de verwoeste boerderij uit 1611 ons nu leren over de juridische aspecten van de huidige coronacrisis? Ter bestrijding van de pandemie zijn harde overheidsmaatregelen nodig, dat is inmiddels wel duidelijk. Die maatregelen treffen ons allemaal, maar leveren voor sommige groepen in de samenleving onevenredig veel nadeel op. Te denken valt onder meer aan ondernemers, flexwerkers en zzp'ers in de horeca, de cultuursector en de reis- en evenementenbranche. Op grond van de solidariteitsgedachte zoals die ook ten grondslag ligt aan de Rhodische zeewet en het *égalité*-beginsel zijn er natuurlijk allerlei regelingen in het leven geroepen om de bijzondere last die op sommigen drukt althans gedeeltelijk over te nemen, maar er zijn veel schrijnende gevallen van getroffenen die desondanks achter het net vissen. Voor maatwerk is geen ruimte; regelingen als de NOW en de Tozo zijn met opzet vormgegeven als grof geschut en laten dan ook velen aan hun lot over.¹⁸

¹¹ Gl. Aequissimum ad D. 14,2,2pr.

¹² Zimmermann 1996, p. 409-412.

¹³ Beruchte arresten in dit verband zijn onder meer HR 18 februari 1944, ECLI:NL:HR:1944:33, NJ 1994/226 (*Haagse duinwaterleiding*) en HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, NJ 1953/642 (*Voorste Stroom VII*). Zie verder onder meer M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 60-68.

¹⁴ Zie verder o.a. Tjepkema 2010, p. 114-124.

¹⁵ ABRvS 18 februari 1997, AB 1997/143 (*Beurskens*).

¹⁶ Zie ook E.L. de Jongh, *De rechtsgronden voor nadeelcompensatie in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 12-13.

¹⁷ Tjepkema 2010, p. 360-362; p. 410-415.

¹⁸ Een typisch geval is bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 25 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2911, waarin de rechter het uitgangspunt volgt dat afwijkingen van de regels in uitzonderlijke gevallen niet mogelijk zijn.

Het valt wat mij betreft te hopen dat de rechter – voor zover bestuur en wetgever het nalaten – uiteindelijk zal kunnen bijdragen aan het wegnemen van het onevenredige nadeel dat sommigen nog altijd lijden. Dit keer gaat het niet om de verwoesting van één enkele boerderij, maar om buitenproportioneel nadeel voor grote groepen mensen die nu de prijs betalen voor overheidsbeleid waarvan uiteindelijk, als het goed is, de gemeenschap als geheel zal profiteren. Juist de enorme schaal waarop onevenredig nadeel nu wordt geleden, verhoudt zich moeizaam tot de ‘speciale last’ zoals de toepassing van *égalité*-beginsel die volgens staande jurisprudentie vereist. Laten we hopen dat de durf en de creativiteit van het Hof van Friesland de hedendaagse rechter tot voorbeeld kunnen strekken om in dit verband tot passende juridische oplossingen te komen.