

One peak or twin peaks? Bestuursrechtspraak tussen Kant en Hegel

Mr. drs. L. van den Berge*

1. Inleiding

Het regeerakkoord dat leidde tot het huidige Nederlandse kabinet-Rutte II bevat onder andere een korte passage waarin wordt bepaald dat '[d]e Raad van State wordt gesplitst in een rechtsprekend deel en een adviserend deel' en dat '[h]et rechtsprekende gedeelte wordt samengevoegd met de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven'.¹ Deze passage leidde al snel tot een hevig debat. Zoals B.J. van Ettekovén treffend formuleerde, spreekt het akkoord zich niet uit over de vraag of de integratie van de hoogste Nederlandse bestuursrechters haar beslag zou moeten krijgen in een 'one-peak-' of 'twin-peaks-model'.² Het 'one-peak-model', zo legt Van Ettekovén uit, behelst integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht, met een vorm van cassatieberoep. Het 'twin-peaks-model', daarentegen, voorziet in een structuur waarin de hoogste Nederlandse bestuursrechters samengaan in één hoogste bestuursrechtelijk hof. Een gepassioneerd voorstander van het eenpieksmodel is R.J.N. Schlössels,³ bijgestaan door, onder anderen, Barkhuysen, Hammerstein en Van Ettekovén zelf,⁴ terwijl Schueler, De Poorter en Widdershoven de organisatie van de bestuursrechtspraak het liefst onveranderd zouden willen laten of hooguit opteren voor een transparante waarborg voor bestuursrechtelijke rechtseenheid, eventueel, als het niet anders kan, te realiseren met behulp van een bepaalde variant van het 'twin-peaks-model'.⁵

Inmiddels hebben de Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Veiligheid en Justitie laten weten voornemens te zijn het College van Beroep voor het bedrijfsleven onder te brengen bij de Afdeling bestuursrechtspraak. De Centrale Raad van Beroep behandelt volgens hen doorgaans zaken die een duidelijke verwantschap

vertonen met fiscale geschillen, zodat het voor de hand zou liggen de rechtsmacht in die zaken onder te brengen bij de gewone rechterlijke macht.⁶ Daarmee kiest de regering vooralsnog uitdrukkelijk voor een uitwerking van het 'twin-peaks-model', waarbij de rechtsprekende taak van de Raad van State behouden blijft. Hoewel zij de principiële bezwaren tegen vereniging van wetgevingsadviserende en rechtsprekende taken in één orgaan in beginsel onderschrijft,⁷ acht de regering het elders onderbrengen van de rechtsprekende taken van de Raad vooralsnog om praktische redenen onwenselijk. Vooral vanwege de 'relatief korte doorlooptijden' die rechtspraak bij de Afdeling kenmerkt, meent de regering dat andere varianten op het 'twin-peaks-model' 'aanzienlijk hogere maatschappelijke kosten' met zich mee zouden brengen. Vanwege het belang dat de regering hecht aan het functioneel scheiden van de adviserende en de rechtsprekende taken van de Raad van State kondigt zij desalniettemin een aantal maatregelen aan die een stap verder gaan dan de eisen aan onafhankelijke bestuursrechtspraak zoals die worden gesteld door het EHRM. Naar de regering verwacht, zullen dergelijke maatregelen het vertrouwen dat burgers stellen in de Afdeling bestuursrechtspraak verder versterken.⁸

Door Schlössels is op deze regeringsvoornemens met verbijstering gereageerd. In zijn ogen behelst het voorstel een halfslachtig compromis dat van geen enkele doordach-

* Mr. drs. L. (Lukas) van den Berge is promovendus aan het Montaignecentrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing van de Universiteit Utrecht.

1. 'Bruggen slaan', regeerakkoord VVD-PvdA, 29 oktober 2012, p. 28; zie onder andere www.rijksoverheid.nl.
2. B.J. van Ettekovén, 'One peak or twin peaks? Het regeerakkoord en de toekomst van de bestuursrechtspraak', *NJB* 2013/495.
3. R.J.N. Schlössels, 'Procesrechtelijke osmose: het bestuursproces en de cassatiefunctie', *AA* 2011, p. 704-716.
4. T. Barkhuysen, 'Rechtseenheid en de Wet aanpassing bestuursprocesrecht', *NJB* 2010/1592; A. Hammerstein, 'De Afdeling bestuursrechtspraak als rechtsvormer', in: H.D. Tjeenk Willink e.a. (red.), *De Raad van State in perspectief*, Den Haag: BJu 2011, p. 325-339; B.J. van Ettekovén, 'De Hoge Raad in 2025: met of zonder cassatie in de bestuursrechtspraak?', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: BJu 2011, p. 263-274; Van Ettekovén 2013.
5. B.J. Schueler, 'Een overzichtelijke, onafhankelijke eenheid? Over integratie van de bestuursrechtspraak', *NTB* 2014/20; B.J. Schueler, 'Waar zit de bestuursrechter van de toekomst?', *NJB* 2012/1217; R.J.G.M. Widdershoven, 'Cassatie in bestuursrechtspraak?', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: BJu 2011, p. 275-285; E.J. Daalder, 'De Hoge Raad als hoogste rechter in bestuursrechtelijke zaken? Geen goed idee!', in: G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 41-48; N.J. Koeman, 'De toekomst van de bestuursrechtspraak', *NTB* 2014/5.
6. *Kamerstukken I* 2013/14, 30585, L.
7. Zoals onder andere bepleit in de door de Tweede Kamer op 22 november 2011 aanvaarde motie-Taverne c.s., *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 VII, 54.
8. *Kamerstukken I* 2013/14, 30585, L, p. 2.

te visie getuigt.⁹ Daarbij fulmineert hij met name tegen de handhaving van de rechtsprekende taak van de Raad van State, die volgens Schlössels wordt beschermd door ‘onzichtbare krachten’ waartegen moeilijk valt op te boksen. Voorstanders van behoud van de rechtsprekende taak van de Raad van State bedienen zich in Schlössels’ ogen slechts van ‘gelegenheidsargumenten’ waartegen echte argumenten het vooralsnog zouden hebben afgelegd. Het door de regering aangevoerde doelmatigheids- en kostenargument getuigt volgens hem slechts van een ‘bedrijfsmatige polderargumentatie’ die bij het nemen van een ingrijpende beslissing over stelselherziening nooit maatgevend zou moeten zijn. De korte doorlooptijden die de Raad van State realiseert zijn volgens Schlössels weliswaar belangrijk, maar niet per se doorslaggevend. Snelheid en kwaliteit, stelt hij terecht, gaan niet zonder meer samen. Voor zover standaardisatie en efficiëntie überhaupt te prefereren zijn boven zorgvuldige individuele rechtsbedeling, zouden andere instanties gemakkelijk lering kunnen trekken uit de werkprocessen van de Afdeling bestuursrechtspraak. Voor zover de voornemens van de regering bovendien gebaseerd zouden zijn op de bij de Raad van State aanwezige expertise, wijst Schlössels erop dat deze primair gebonden is aan *personen* en niet aan *organisaties*. De reeds gedeeltelijk tot stand gebrachte integratie in de gewone rechterlijke macht bewijst volgens Schlössels dat bestuursrechtspraak daar uitstekend kan gedijen.¹⁰

Het ‘afbouwen van het huis’, zoals reeds sinds de jaren tachtig voorzien, ligt in zijn ogen daarom nu voor de hand. Volledige integratie van bestuursrechtspraak biedt volgens Schlössels tal van voordelen die tegen de kosten ervan ruimschoots opwegen. Daarbij denkt Schlössels aan rechtseenheid en aan de overzichtelijkheid en samenhang van het stelsel van rechtsbescherming, maar vooral ook aan ‘het waarborgen van rechterlijke *checks and balances* in het algemeen’. Een verzwegen argument voor behoud van de rechtsprekende taak van de Raad van State is volgens Schlössels de ‘hardnekkige misvatting’ dat bestuursrechtspraak een eigen aard heeft en daarom in de rechterlijke macht niet thuishoort. Vanouds, legt hij uit, wordt verondersteld dat kruisbestuiving tussen advisering en rechtspraak de kwaliteit van bestuursrechtspraak ten goede komt. Nu de regering juist inzet op een verdere scheiding van deze taken, zou dit argument met opzet onbenoemd blijven, terwijl het op de achtergrond, naar Schlössels meent, nog steeds een doorslaggevende rol speelt. Met de ‘volstrekt steriele’ scheiding van rechtspraak en advisering die de regering nastreeft, komt het enige ‘werkelijke’ argument in Schlössels’ ogen aan de voorstanders van bestuursrechtspraak door de Raad te ontvallen. Volgens Schlössels is dat reden te meer om

diens rechtsprekende taak onder te brengen bij de gewone rechter, zodat voortaan ook aan elke *schijn* van gouvernementalisme zou kunnen worden ontkomen. Hoog tijd, daarom, nu eindelijk ‘door te pakken’, zodat met de ‘naar binnen gekeerde, geïsoleerde rechtscultuur’ die sommige gespecialiseerde colleges zou kenmerken voorgoed korte metten kan worden gemaakt.¹¹

Schlössels heeft ontegenzeggelijk gelijk wanneer hij stelt dat de discussie over de toekomst van de bestuursrechtspraak vaak beperkt blijft tot praktische argumenten die principiële beslissingen over de organisatie van de bestuursrechtspraak slechts zeer gedeeltelijk lijken te kunnen dragen. Zijn stelling dat aan tegenstanders van volledige integratie van bestuursrechtspraak nog slechts gelegenheidsargumenten resteren, is minder evident. Zoals Schueler terecht opmerkt, betekent verdergaande scheiding van de adviserende en de rechtsprekende taken van de Raad van State nog niet dat bestuursrechtspraak voortaan in haar geheel bij de gewone rechterlijke macht moet worden ondergebracht. Veel meer dan voor de burgerlijke rechter, betoogt Schueler, is onafhankelijkheid voor de bestuursrechter ‘naast een vanzelfsprekendheid ook een probleem’.¹² De ervaring leert volgens hem dat een onafhankelijke rechter minder goed in staat is tot het vellen van een inhoudelijk oordeel dan een bestuursorgaan. Als gevolg daarvan is de toetsingsintensiteit door de bestuursrechter in Schuelers analyse veel geringer dan aanvankelijk werd voorzien. Op zichzelf valt dergelijke terughoudendheid volgens Schueler te prijzen; beleidsmatige ‘spaghetti alla giudiziaria’ die het gevolg zou zijn van al te intensieve rechterlijke toetsing acht hij niet aantrekkelijk. De rechtzoekende en overige betrokkenen schieten bij de terughoudende toetsing natuurlijk echter weinig op; wellicht zouden zij zelfs beter af zijn bij finale beoordeling binnen de hiërarchie van de overheid zelf, waarbij naast juridische ook politieke en morele overwegingen een meer expliciete rol zouden kunnen spelen.¹³

Daarnaast ziet Schueler in het ‘probleem van de rechtseenheid’¹⁴ een veel minder groot bezwaar dan veel anderen.¹⁵ Het ergste dat er met de Awb kan gebeuren is volgens hem niet dat de wet in verschillende deelgebieden van het bestuursrecht iets anders wordt begrepen, maar juist dat zij op al die terreinen uniform wordt toegepast.¹⁶ De Awb bestrijkt volgens Schueler zulke uiteenlopende onderwerpen dat rechtsverscheidenheid tussen de afzonderlijke deelreinen vaak goed te rechtvaardigen is. Alleen ongerijmdheden die *niet* kunnen worden gerechtvaardigd, dienen volgens hem te worden rechtgetrokken. Algemene bestuursrechtelijke cassatierechtspraak is volgens hem daartoe helemaal niet nodig, alleen al omdat rechtseenheid binnen het bestuursrecht vooralsnog geen urgent probleem zou zijn. Samenvoeging van de hoogste be-

9. R.J.N. Schlössels, ‘De kracht van gelegenheidsargumenten?! Ons stelsel van bestuursrechtspraak als speelbal van politiek’, *NJB* 2014/1578.

10. Schlössels 2014.

11. Schlössels 2014; Schlössels 2011, p. 712-713.

12. Schueler 2014, par. 4.1 en 4.2.

13. Schueler 2014, par. 4.2; zie ook B.J. Schueler, ‘Liever geen Spaghetti a la Giudiziaria. De vorming van algemeen bestuursrecht door de rechter’, in: A. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Rechterlijk activisme*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 217-230.

14. VAR-commissie rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: BJu 2004, p. 145 e.v.

15. Zie o.a. Van Etekoven 2013; vgl. ook Widdershoven 2011, p. 275 e.v.; A.J.C. de Moor-van Vught, ‘Rechtseenheid als kwaliteitsvraagstuk’, in: T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 299 e.v.

16. Schueler 2014, par. 5.1.

stuursrechters, waardoor een ‘twin-peaks-model’ zou ontstaan, biedt volgens Schueler op het punt van de rechtseenheid mogelijk enige verbetering. Daarbij tekent hij echter meteen aan dat de nadelen van een dergelijke uniformering zullen opwegen tegen de voordelen ervan; voornamelijk acht Schueler de opgebouwde praktijk van het rechtseenheidsoverleg tussen de hoogste bestuursrechters daarom voldoende.¹⁷

De discussie tussen Schlössels en Schueler over de organisatie van de bestuursrechtspraak staat in een lange traditie, die op zijn minst kan worden herleid tot de discussies die ontstonden rondom en na de totstandkoming van het huidige artikel 112 Gw in 1887, zoals, respectievelijk, die tussen Buys en Van Houten en die tussen Loeff en Struycken. Daarnaast kunnen hun opvattingen in verband worden gebracht met de theorieën over recht en rechtspraak van filosofen als Kant en Hegel, wier invloed op de negentiende en vroeg-twintigste-eeuwse staatsfilosofie nauwelijks kan worden overschat. Dergelijke verbanden worden in de beschikbare literatuur hoogst zelden gelegd. Desalniettemin kunnen zij mijns inziens bijdragen aan een dieper inzicht in problemen en dilemma’s waarmee wij nog altijd worstelen. Ik wil daarbij geen moment suggereren dat in het verleden gedebiteerde standpunten zonder veel problemen naar het heden kunnen worden getransponeerd, of, andersom, dat huidige discussies gemakkelijk kunnen worden teruggeprojecteerd op het verleden. In plaats daarvan veronderstel ik slechts dat een historisch perspectief op het debat over de organisatie van de bestuursrechtspraak meer licht kan werpen op een dialectiek van rechtsopvattingen die, naar ik meen, de discussie ook nu nog voortdrijft. Ik licht dat hieronder toe. Daarbij bespreek ik eerst de invloed van Kant en Hegel op de negentiende-eeuwse Duitse ideeënvorming over bestuursrechtspraak, waarbij ik onder andere de ideeën van de invloedrijke politicus en staatsrechtgeleerde Friedrich Julius Stahl (1802-1861) zal vergelijken met die van Thorbecke. Daarna geef ik een beknopte uiteenzetting van de posities van Loeff en Struycken. Vervolgens analyseer ik de relevantie van dit alles voor het actuele bestuursrecht, waarbij ik met name inga op de ‘gebroken verantwoordelijkheid’ voor overheidshandelen die volgens sommigen als gevolg van het huidige stelsel is ontstaan. Tot slot volgt een conclusie.

2. Kant en Hegel

2.1. Kant

In zijn *Metaphysik der Sitten* beschrijft Kant de taak van de rechter als de toekenning van ‘ieder het zijne’ (*suum cuique*) volgens een aantal vooraf bepaalde regels. Het rechterlijk oordeel wordt daarbij door Kant strikt om-

schreven als de conclusie van een syllogisme met de wet als major- en de feiten als minorpremissie.¹⁸ Overwegingen van billijkheid of nut dienen volgens Kant geen enkele rol te spelen. ‘Das Heil des Staates’ is voor Kant immers niet gelegen in ‘das Wohl der Staatsbürger und ihre Glückseligkeit’, maar slechts in de ‘grösste Übereinstimmung’ van de staat met algemene rechtsprincipes.¹⁹ Het streven van de rechter dient daarom uitsluitend gericht te zijn op de handhaving van het objectieve recht en op de waarborging van daarvan afgeleide individuele rechten. Alleen op die manier kan hij volgens Kant recht doen aan de individuele mens als ‘doel op zichzelf’ (‘Zweck an sich selbst’), dat nooit zou mogen worden behandeld als middel ter verwezenlijking van een buiten hemzelf gelegen doel.²⁰ Alleen aan de *wet*, begrepen als een verzameling van rechtsnormen die redelijke individuen *zichzelf* hebben opgelegd, zijn rechtssubjecten volgens Kant in juridische zin verantwoordelijk schuldig. Van onderworpenheid aan enig bovenindividueel doel, zoals de utilistische notie van ‘geluksmaximalisatie’ of de aristotelische idee van ‘het goede leven’, wil Kant niets weten. Een ‘rechtlicher Zustand’ kan volgens Kant slechts bestaan wanneer van dergelijke bovenindividuele doelen geheel wordt geabstraheerd.²¹ Of het nu privaatrecht of publiekrecht betreft: de uitoefening van staatsmacht dient in Kants visie steeds uitsluitend gericht te zijn op de maximale verwerkelijking van gelijke burgerlijke vrijheid.²²

Met de uitdijning van het bestuursapparaat in de eerste decennia van de negentiende eeuw werd steeds duidelijker dat staatsdienaren de maximale verwerkelijking van gelijke burgerlijke vrijheid niet altijd zonder meer vooropstellen. De idee van de ‘rechtsstaat’, begrepen als de idee dat niet alleen gewone burgers, maar ook het bestuur aan rechtsregels gebonden is, won daarom steeds meer terrein.²³ Aanvankelijk nam deze gedachte twee afzonderlijke vormen aan. Enerzijds vielen ‘liberale’ theorieën over rechtsstatelijkheid te onderscheiden, die, naar kantiaans voorbeeld, vooral waren geënt op de categorische handhaving van algemene wettelijke normen. Robert von Mohl, bijvoorbeeld, verwijst naar de ‘Rechtsstaat’ als een rechtsgemeenschap waarin de abstracte ‘Aufrechterhaltung der Rechtsordnung’ voortaan door het kunstwerk van de constitutie is gewaarborgd.²⁴ Daarbij gaat hij niet zozeer uit van de natuurrechtelijke notie van voorstatelijke subjectieve rechten (‘Menschenrechte’), maar van de waarborging van ‘bürgerliche’, ‘politische’ en ‘staatsbürgerliche’ rechten, die alle nadrukkelijk gelden als de weerslag van een objectieve staatsorde.²⁵ Daarnaast werd door sommigen een meer conservatieve variant van rechtsstatelijkheid bepleit, die sterk teruggrijpt op het aristotelische concept van de staat als organische, vanuit

17. Schueler 2014, par. 2.

18. I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Berlijn: Reimer 1907 (hierna: *Metaphysik der Sitten*), p. 313.

19. *Metaphysik der Sitten*, p. 318.

20. Zie o.a. I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlijn: Menzer 1903, p. 430.

21. *Metaphysik der Sitten*, p. 312-313.

22. *Metaphysik der Sitten*, p. 318.

23. Vgl. o.a. R.C. van Caenegem, ‘The “Rechtsstaat” in Historical Perspective’, in: *Legal History. A European Perspective*, Londen: Hambledon Press 1991, p. 186.

24. R. von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen: Mohr 1832-1833, deel 1, p. 5.

25. Zie o.a. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, München: Beck 1992, p. 159 e.v.

de natuur van de mens zelf voortkomende entiteit, die niet moet worden geconcipieerd als de uitkomst van een historisch of denkbeeldig contract, maar als noodzakelijke voorwaarde voor menselijke ontplooiing.²⁶ In de aristotelische opvatting gaat het individu dus niet vooraf aan het recht en de staat, maar andersom: een rechtvaardige publieke orde wordt begrepen als bestaansvoorwaarde voor volwaardig menselijk leven.

2.2. Hegel

In filosofische zin komt de opleving van deze aristotelische visie op het recht en de staat vooral sterk tot uitdrukking in het werk van Hegel, die de staat, anders dan Kant, niet beschouwde als de volstrekt redelijke 'Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen',²⁷ maar als een organische, in haar eigen geschiedenis en cultuur verankerde, zich stapsgewijs ontvouwende entiteit waarvan het individu onlosmakelijk deel uitmaakt. Voor Hegel is de staat derhalve geen kunstmatige figuur, die door individuen in het leven is geroepen en dus ten principale *vreemd* is aan individuen. Als de natuurlijke culminatie van menselijk gemeenschapsleven geldt de staat volgens Hegel immers niet als een mechanische institutie *tegenover* het individu, maar juist als het natuurlijke lichaam zonder welk volwaardige individualiteit ondenkbaar is.²⁸ Werkelijke individuele vrijheid is dus alleen weggelegd voor 'Mitglieder des Staates', waarbij de staat geenszins dient te worden begrepen als een formele institutie, maar juist als moreel samenwerkingsverband waarin de verwezenlijking van algemeen gedeelde zedelijkheidsopvattingen centraal staat.²⁹ Daarbij laat Hegels staat nadrukkelijk ruimte aan de zelfstandige sfeer van de 'familie', door Hegel begrepen als de kring van personen tot wie het individu reeds van nature in een concrete en onlosmakelijke affectieve verhouding staat.³⁰ Behalve aan de *bepaalde* sfeer van de familie biedt de staat ruimte aan de *onbepaalde* sfeer van de 'burgerlijke samenleving' (*bürgerliche Gesellschaft*), waarbinnen het individu zich vrij kan ontplooiën.³¹ De staat zelf, ten slotte, is het synthetische niveau waarop de familie en de burgerlijke samenleving zijn 'aufgehoben'. Dat wil zeggen: niet 'opgeheven' in de zin van 'beëindigd', maar 'veranderd bewaard' in de staat als een hogere synthese waarbinnen zij beide zijn ontdaan van hun eenzijdigheid. 'Der Mensch, der einsam sein könnte', stelt Hegel in navolging van Aristoteles, 'wäre ein Tier oder ein Gott'.³² Aldus hangt Hegel, evenals Aristoteles, een teleologische rechtsopvatting aan, waarin individuele autonomie niet zaligmakend

is, maar die juist uitgaat van private en publieke *relaties* als essentiële voorwaarden voor menselijke ontplooiing. Hoe zou een dergelijke moderne staat nu meer concreet moeten worden ingericht? Onder de beschermende stolp van de staat blijven de sferen van de familie en de burgerlijke samenleving in ieder geval betrekkelijk ongestoord voortbestaan. Omdat de staat enerzijds en de familie en de burgerlijke samenleving anderzijds voor de verwerkelijking van hun ware natuur van elkaar afhankelijk zijn, liggen zij in Hegels ogen nadrukkelijk in elkaars verlengde. Dat zij niet als tegengesteld worden gepresenteerd, betekent echter niet dat de private en burgerlijke ruimte enerzijds en de publieke anderzijds niet duidelijk van elkaar dienen te worden onderscheiden. Binnen de familie, stelt Hegel, verwerkelijken subjecten zich niet als zelfstandige individuen, maar juist als onlosmakelijke 'Mitglieder' van een 'sich empfindende Einheit' die bijeen wordt gehouden door affectieve relaties. Het formele, zuiver op de rede georiënteerde regelsysteem van het abstracte recht dringt tot de familie slechts tot op beperkte hoogte door. In de burgerlijke samenleving, waarin individuele autonomie centraal staat, hoort de toepassing van abstracte rechtsregels volgens Hegel juist bij uitstek thuis. De praktijk van de rechtspraak dient daarbij uit te gaan van het rechtssubject in zijn externe hoedanigheid van rechtspersoon ('Person'), die zich dankzij zijn 'persoonlijkheid' juridisch kan verhouden tot andere personen. In die zin dient rechtspraak zich niet in de eerste plaats te oriënteren op zedelijkheidsnormen, maar op het abstracte recht, begrepen als een 'allgemein anerkanntes, gewusstes und gewolltes' conglomeraat aan formele rechtsregels dat 'objektive Wirklichkeit' heeft.³³ Over de rechterlijke toepassing van 'Billigkeit', in aristotelische zin begrepen als een correctie op het formele recht, is Hegel ronduit negatief. In de burgerlijke samenleving horen *concrete belangen* volgens hem slechts een ondergeschikte rol te spelen; in de eerste plaats dient rechtspraak zich te oriënteren op de handhaving van het formele recht *in abstracto*, zodat de burgerlijke samenleving als vrije sfeer van individuele, niet wezenlijk op elkaar betrokken *personen* zo veel mogelijk intact blijft.³⁴

De organische figuur van de *staat*, daarentegen, kan zonder werkelijke 'Beziehungen' niet bestaan; de integriteit van het staatslichaam berust immers voor een belangrijk deel op een onderlinge zedelijke verbondenheid die maakt dat de individuele leden ervan überhaupt kunnen bestaan. Op *bestuurshandelingen* hebben de formele regels van het abstracte recht daarom geen vat. In plaats daarvan is daarop slechts een *zedelijk* normatief kader

26. Zie onder andere Aristoteles, *Politica* 1252a-1253a.

27. *Metaphysik der Sitten*, p. 430.

28. Zie o.a. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1986 (hierna: *Grundlinien*), p. 399 (§258), waar Hegel de staat kenschetst als een 'sich durchdringende Einheit der Allgemeinheit und der Einzelheit'; vgl. ook p. 415 (§269, Zusatz): 'Der Staat ist Organismus, das heisst Entwicklung der Idee zu ihren Unterschieden.' Zie verder o.a. L. Heyde, *De verwerkelijking van de vrijheid. Een inleiding in Hegels rechtsfilosofie*, Leuven: Universitaire Pers 1987, p. 205 e.v.

29. *Grundlinien*, p. 398 (§257): 'Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee.' Vgl. Aristoteles, *Politica* 1253a.

30. *Grundlinien*, p. 307 (§158); p. 309-310 (§161).

31. *Grundlinien*, p. 389 (§243).

32. D. Henrich (red.), G.W.F. Hegel, *Philosophie des Rechts. Die Vorlesung 1819-1820*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1983, p. 210: 'Der Mensch, der einsam sein könnte, wäre ein Tier oder ein Gott. Pflicht des Individu ist es, auf wesentliche Weise zu existieren; dies kann es nur im Staate.' Vgl. Aristoteles, *Politica* 1253a.

33. *Grundlinien*, p. 360 (§209).

34. *Grundlinien*, p. 376 (§223).

van toepassing, dat anders dan het abstracte recht nooit kan worden begrepen als een verzameling van formele, zuiver aan de menselijke rede ontleende regels.³⁵ Bij 'Sittlichkeit' stelt Hegel zich een intersubjectieve deugd voor, waarbij het subject slechts in het licht van *concrete verhoudingen* kan bepalen wat hem te doen staat. Een 'sittliches Gemeinwesen', schrijft Hegel, beschikt over een predispositie van 'Rechtschaffenheit', begrepen als 'die einfache Angemessenheit des Individuums an die Pflichten der Verhältnisse', die maakt dat hij in bepaalde concrete omstandigheden gemakkelijk kan bepalen wat hij moet doen.³⁶ De zede, die niet alleen berust op de rede maar ook op historische en culturele bepaaldheid, doordringt hem daarmee als een 'zweite Natur', waarvan hij geheel is doordrongen.³⁷

De bescherming van burgers tegen machtsmisbruik door overheidsinstanties kan daarom in Hegels ogen niet aan *rechters* worden overgelaten. In het stelsel van 'checks and balances' dat Hegel voor zich ziet, valt de rechterlijke macht onder de 'Regierung', die in Hegels bestel een mediërende rol heeft tussen de abstracte bevelen van de wetgever en de concrete werkelijkheid; aldus omschrijft Hegel haar taak als de 'Subsumtion der besonderen Sphären und einzelnen Fälle unter das Allgemeine'.³⁸ De rechterlijke macht, stelt Hegel, neemt binnen de uitvoerende macht evenwel toch ook een *zelfstandige* positie in doordat zij zich in de eerste plaats richt op 'das Besondere der bürgerlichen Gesellschaft', dat in zijn ogen het best gedijt bij formele toepassing van abstracte rechtsregels.³⁹ Daarbij dreigt volgens Hegel wel het gevaar dat het subject zich in 'Leibeigenschaft' uitlevert aan de rechterlijke macht als een intellectualistische, wereldvreemde, zich op allerlei manieren 'ausschliessend machende' stand, die in zijn werkzaamheden een abstracte terminologie volgt die van het werkelijke rechtsleven is losgezongen.⁴⁰ Op het existentiële niveau van de *staat*, die niet bijeen wordt gehouden door abstracte regels, maar door de affectieve geladenheid van essentiële zedelijke *betrekkingen*, is een dergelijke gang van zaken hoogst ongewenst. Bescherming van burgers tegen overheidshandelingen hoort daarom volgens Hegel niet thuis bij de rechterlijke macht, maar dient haar beslag te krijgen binnen de hiërarchie van de overheid zelf.⁴¹ Een waarborg voor burgers ziet Hegel daarbij vooral in de juiste 'Bildung der Beamten',⁴² die hen als 'Staatsbedienten' geheel doordringt van de juiste statelijke 'Sittlichkeit'; op die manier zouden zij zich, als een 'zweite Natur', een predispositie kunnen verwerven van waaruit zij in particuliere

gevallen steeds tot een juist oordeel komen. Voor zuiver algemene, al te abstracte en formele richtsnoeren is daarbij geen plaats; hoe de overheid dient op te treden, moet volgens Hegel steeds worden gezien binnen de *concrete context* van bepaalde zedelijke verhoudingen.⁴³

3. Stahl en Thorbecke

3.1. Stahl

Een belangrijke bepleiter van het hegeliaanse concept van de rechtsstaat, dat aanvankelijk duidelijk domineerde,⁴⁴ was de invloedrijke politicus en staatsrechtgeleerde Friedrich Julius Stahl (1802-1861), die de staat als een 'sittliches Reich' beschouwde en stelde dat burgers slechts over onbelemmerde vrijheid beschikten voor zover de algemene zedelijkheid het toelaat.⁴⁵ Op die manier hing hij een uiterst materieel concept van rechtsstatelijkheid aan, waarbij de grenzen van het overheidsgezag in de praktijk vaak onduidelijk bleven. In huidige staatsrechtelijke literatuur wordt vooral naar Stahl verwezen vanwege zijn fiere, vooral in Duitse kringen nog steeds iconische adagium dat de staat een rechtsstaat dient te zijn ('Der Staat soll Rechtsstaat seyn').⁴⁶ Op het vervolg van dat adagium wordt veelal minder acht geslagen.⁴⁷ Rechtsstatelijkheid houdt volgens Stahl in dat de staat 'die sittlichen Ideen' niet verder dient te 'verwirklichen (erzwingen), als es der Rechtssphäre angehört, d.i. nur bis zur notwendigen Umzäunung'. Stahls rechtsstaat houdt nadrukkelijk *niet* in, 'daß der Staat bloß die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends bloß die Rechte der einzelnen schütze'. Daarmee neemt Stahl duidelijk afstand van het kantiaanse model, dat juist voorschrijft dat de rechtsstaat slechts geënt mag zijn op de maximale autonome vrijheid van zijn rechtssubjecten en zich in geen geval dient toe te leggen op de verwerking van buiten het recht zelf gelegen maatschappelijke doelen. De hegeliaanse idee van de moderne staat als een zedelijk geheel, dat ruimte biedt aan het autonome individu zonder het geheel aan zijn eigen lot over te laten, komt in Stahls opvatting van rechtsstatelijkheid sterk naar voren. Niet voor niets karakteriseert Stahl de moderne rechtsstaat met Hegel als de uitkomst van een stapsgewijze 'Entwicklungstrieb', die uiteindelijk afkoerst op de verwerking van ware vrijheid.⁴⁸

Evenals Hegel is Stahl op grond van zijn organische staats- en rechtsopvatting een fel tegenstander van onafhankelijke administratieve rechtspraak. De 'Sphäre der Rechtspflege' dient wat hem betreft beperkt te blijven

35. *Grundlinien*, p. 463 (§295).

36. *Grundlinien*, p. 298 (§150).

37. *Grundlinien*, p. 301 (§151).

38. *Grundlinien*, p. 435 (§273).

39. *Grundlinien*, p. 457 (§287).

40. *Grundlinien*, p. 380-381 (§228).

41. *Grundlinien*, p. 463 (§295).

42. *Grundlinien*, p. 463 (§295).

43. *Grundlinien*, p. 461-463 (§294).

44. Zie o.a. Stolleis 1992, p. 152 e.v.

45. Zie o.a. Stolleis 1992, p. 152-154.

46. Zie o.a. U. Scheuner, 'Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats', in: E. Forsthoff, *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1968, p. 483 en B. Enzmann, *Der demokratische Verfassungsstaat*, Wiesbaden: VS 2009, p. 439.

47. Vgl. L. van den Berge, "'Der Staat soll Rechtsstaat seyn'". Loeff, Struycken en de Duitse staatsfilosofie', *RMThemis* 2014, afl. 2, p. 81.

48. F.J. Stahl, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung* (deel 2, band 1), Heidelberg: Mohr 1845, p. 106.

tot 'diejenigen Lebensverhältnisse, in welchen es der primäre und absolute Zweck ist, den einzelnen Staatsbürger bei dem ihm zukommenden Recht unverbrüchlich zu erhalten'; net als Hegel denkt Stahl daarbij aan privaatrechtelijke en strafrechtelijke verhoudingen. Administratieve kwesties zijn volgens Stahl daarvan fundamenteel verschillend doordat hun 'primäre Zweck' niet ligt in de bescherming van de private rechtssfeer van het individu, maar in de verwezenlijking van 'eine Gestalt und ein Erfolg für das Ganze'; het laatste woord in dergelijke kwesties komt daarom volgens hem toe aan 'die Sphäre der Verwaltung der Behörden'.⁴⁹ Toepassing van abstracte en zuiver verstandelijke regels hoort in Stahls ogen thuis in de 'privatieve sferen' van het privaatrecht en strafrecht; in administratieve zaken, daarentegen, dienen de 'sittliche Ideen' van het staatsorganisme als geheel voorop te staan. Het onder de vorst ressorterende bestuur, door Stahl aangeduid als in de rechtsgemeenschap zelf gewortelde 'sittliche Macht', beschikt volgens Stahl over veel meer doorleefde bekendheid met dergelijke 'sittliche Ideen' dan onafhankelijke rechters, die in zijn ogen slechts bedreven zijn in de formele toepassing van abstracte rechtsregels.⁵⁰

De bezwaren van Stahl tegen onafhankelijke administratieve rechtspraak gaan echter veel verder dan alleen het praktische argument dat rechters op zedelijk terrein niet deskundig kunnen worden geacht. De gevolgen van de invoering van onafhankelijke administratieve rechtspraak zouden volgens Stahl namelijk veel ernstiger zijn dan verkeerde rechterlijke beoordelingen alleen. Van de gehele staat als een 'zedelijk rijk' (*sittliches Reich*), waarvan de burgers de natuurlijke leden zijn, zou in Stahls ogen na invoering van onafhankelijke bestuursrechtspraak weinig overblijven. De publieke ruimte als organische leefgemeenschap, die zelf haar zedelijke koers uitzet, zou in dat geval aan de burgers komen te ontvallen. De overheid zou in Stahls ogen verworden tot 'blosse Privatpartei', die nog slechts *tegenover* de burgers kan worden gedacht; van de publieke leefgemeenschap als 'sittliches Reich' zou niets resteren.⁵¹ Burgers, die in zo'n situatie nog slechts *tegenover* de overheid zouden kunnen worden gedacht, zouden daarbij verweesd achterblijven. '[D]ie Unterthanen', schrijft Stahl, 'hätten aufgehört, ergänzende Glieder des Staates, dieses sittlichen Ganzen zu sein, sondern ständen ihm als einem Subjecte ausser ihnen als losgetrennte, unabhängige, gleichartige Subjecte gegenüber'.⁵² In plaats daarvan rest hun volgens Stahl nog slechts de atomaire positie van 'losgetrennte, unabhängige (...) Subjecte', die nergens meer integraal deel van uitmaken en zichzelf

dientengevolge niet werkelijk kunnen verwezenlijken. Om dergelijke verweesdheid te voorkomen, zouden zaken die tot de werkkring van het bestuur behoren, volgens Stahl nooit mogen worden beschouwd als 'Justizsache'. Wie de indruk wekt dat bestuurskwesties een voorwerp van zuiver gerechtelijke cognitie kunnen zijn, brengt volgens Stahl immers het voortbestaan van de staat als zedelijke leefgemeenschap in gevaar.⁵³

3.2. Thorbecke

In de Nederlandse ontwikkeling zien we dergelijke ideeën tot op zekere hoogte terug in het werk van Thorbecke, die in navolging van Hegel en Stahl het standpunt huldigt dat een ware rechtsgemeenschap nooit op de kille redelijkheid van de autonome wil alleen kan berusten.⁵⁴ De grondslag van de staat is volgens Thorbecke in plaats daarvan gelegen in de organisch gegroeide gemeenschap die volgens hem met de natuur van de mens gegeven is. Op die manier stelt Thorbecke zich nadrukkelijk in de aristotelische traditie volgens welke de staat geen artificieel construct is, maar een organisme dat op de natuur van de mens zelf berust. '[W]aar zij ook zamenkomen' zijn menselijke individuen volgens Thorbecke 'door hunnen aard bestemd en strevende om eenig geheel te vormen', zodat zij 'van zelf en zonder het te willen tot eenig verband van werking en wederwerking geraken'; met de eenvoudige samenkomst van individuen is in Thorbeckes ogen dus 'de gemeenschap reeds gegeven'.⁵⁵ De formele gestalte van het recht is volgens Thorbecke slechts van secundair belang; wetten zijn volgens hem slechts de afgeleide van een 'zedelijke wezenlijkheid' die als de 'ware oorzaak' van ons zedelijk zijn en handelen zou zijn aan te merken.⁵⁶ 'Hoe hooger ontwikkeld [het] organisch wezen, des te vrijer de leden', luidt een van Thorbeckes meest geveugelde uitspraken.⁵⁷ Daarmee schaaft hij zich duidelijk in de aristotelische, ook door Hegel omarmde traditie volgens welke de publieke orde van de staat niet wordt beschouwd als een belemmering voor ware vrijheid, maar juist als een essentiële voorwaarde ervan.

Zoals Drentje in zijn recente 'intellectuele biografie' overtuigend heeft aangetoond, vormden Thorbeckes organisch-idealistische overtuigingen ook voor zijn latere optreden als politicus een duidelijk richtsnoer; van een onderscheid tussen een filosofische 'vroege Thorbecke' en een slechts pragmatisch opererende 'late Thorbecke'

49. Stahl 1845, p. 447-448: 'Diejenigen Lebensverhältnisse, in welchen es der primäre und absolute Zweck ist, den einzelnen Staatsbürger bei dem ihm zukommenden Recht unverbrüchlich zu erhalten, bilden die Sphäre der Rechtspflege; diejenigen dagegen, in welchen der primäre Zweck eine Gestalt und ein Erfolg für das Ganze ist, bilden die Sphäre der Verwaltung der Behörden.'

50. Zie verder o.a. Stolleis 1992, p. 102-105 voor het belang van het zgn. 'monarchisches Prinzip'.

51. Stahl 1845, p. 446-447.

52. Stahl 1845, p. 447.

53. Vgl. o.a. Scheuner 1968, p. 484.

54. J.R. Thorbecke, *Bedenkingen aangaande het recht en de staat*, Amsterdam: Meijer Warnars 1825, p. 35: '[Wij] houden (...) de verklaring van den staat uit eenig verdrag voor eene ondergeschikte beschouwing van iets, hetwelk eenen hooger grondslag heeft, zonder welken ook dat verdrag niet regtens zou kunnen wezen.' Zie voor de organische elementen van Thorbeckes liberalisme o.a. L. van den Berge, 'Die Zeit in Gedanken erfasst'. Hegel en Thorbecke over het recht, de staat en de geschiedenis', *Ars Aequi* 2014, p. 525-533.

55. Thorbecke 1825, p. 30.

56. Vgl. o.a. Thorbecke 1825, p. 42.

57. J.R. Thorbecke, 'Over het hedendaagsche staatsburgerschap', in: *Historische schetsen*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1872, p. 84 e.v.

is geen enkele sprake.⁵⁸ Naar Drentje signaleert gaat achter Thorbeckes politieke optreden 'een ideologische samenhang' schuil die rechtstreeks teruggaat op de door hem in zijn vroege geschriften ontwikkelde filosofische ideeën. Thorbeckes visie op de scheiding tussen publiek- en privaatrecht is daarvan een duidelijk voorbeeld. In grote lijnen volgt Thorbeckes opvatting daaromtrent die van Hegel.⁵⁹ Op zichzelf ziet hij de verlichte idee van het autonome individu als een 'wezenlijke voortgang van het leven en regtsbestaan',⁶⁰ met dien verstande dat onbelemmerde individuele ontplooiing in zijn ogen alleen kan worden verwekelijkt onder de koepel van een natuurlijke publieke rechtsgemeenschap als hogere grondslag. In navolging van Hegel meent Thorbecke dus, dat de vrije maatschappij een contrapunt behoeft in de figuur van een krachtig staatsorganisme, waarvan het individuele rechtssubject een onlosmakelijk onderdeel is. Dat staatsorganisme komt in Thorbeckes ogen pas tot volle bloei wanneer het zich ontdoet van alle burgerlijke omhulsels, zodat het zich kan tonen in zijn ware gedaante als *zedengemeenschap*. Alleen onder gedepriatiseerd publiek gezag kunnen burgers werkelijk vrij zijn. Het 'hedendaagsch regeerstelsel', schrijft Thorbecke bijvoorbeeld in 1848, 'rust op strenge onderscheiding van publiek en privaat-regt'. De voortgang in de 'gang der geschiedenis' zou er zelfs van afhangen; volgens Thorbecke 'keert men tot den middeneeuwsche Staat terug, zoodra men burgerlijk en politisch regt [= bestuursrecht] verwacht of op ééne lijn plaatst of naar één zelfden regel behandelt'.⁶¹

Thorbeckes pleidooi voor een eigen, op organische *zedelijkheid* georiënteerd karakter van het bestuursrecht klinkt ook door in zijn opvattingen over administratieve rechtspraak. Naast een wetgevende macht onderscheidt Thorbecke net als Hegel alleen nog een uitvoerende macht, waarvan de rechterlijke macht slechts als een onderdeel wordt gezien.⁶² Thorbeckes 'duas politica' houdt niet in dat rechtspraak en bestuur ook in praktisch-organisatorische zin nauw moeten worden verweven. Voor zover de rechterlijke macht oordeelt over civiel- en strafrechtelijke zaken, dient dit volgens hem te geschieden door geheel zelfstandig opererende rechtbanken.⁶³ Alleen voor 'politisch regterschap' wordt in dit opzicht een uitzondering gemaakt; administratieve kwesties dienen volgens Thorbecke niet door een op afstand geplaatste

rechter, maar door het bestuur zelf te worden beoordeeld. 'De onafhankelijkheid van den burgerlijke en strafregter', redeneert hij, 'is louter in het belang der bijzondere personen gevestigd'. 'Politische zaken' draaien volgens Thorbecke echter niet om 'bijzondere personen' als zodanig, maar om 'leden van het geheel'. 'Politisch regt', legt hij uit, 'geldt niet bescherming van den bijzonderen persoon op zich zelve, maar van het politisch regt en lichaam' in het geheel.⁶⁴ Het 'regterschap' in politieke kwesties is daarom 'regering' en behoort volgens Thorbecke 'uit zijn aard aan de overheid'.⁶⁵

Alleen in het straf- en civielrecht staan volgens Thorbecke dus 'regten van bijzondere personen' centraal. Daarbij situeert hij het privaat- en strafrecht evenals Hegel in de sfeer van de vrije 'burgerlijke samenleving', waarin de vrije ontplooiing van autonome individuen centraal staat. Niet anders dan in Hegels systeem geldt in deze sfeer in beginsel het abstracte rechtformalisme van Kants categorische imperatief.⁶⁶ Evenals Hegel beschouwt Thorbecke 'van de publieke zaak onafhankelijke' privaatrechtelijke subjectieve rechten in beginsel als 'vaste, door de wet erkende regten van bijzondere personen', die losstaan van het algemeen belang. Men dient daarbij in te zien dat burgerlijke rechten in beginsel alleen langs de lijnen van het abstracte recht, dat wil zeggen, 'alléén volgens de burgerlijke wet kunnen worden beoordeeld'. In de ruimte die de staat reserveert voor het privaat- en strafrecht dienen overwegingen van publiek belang volgens Thorbecke slechts een ondergeschikte rol te spelen. Rechtspraak in het privaat- en strafrecht is daarmee op geen enkele manier 'buigzaam'; als enig richtsnoer geldt volgens hem steeds de 'gesloten kring' van duidelijke, vooraf voor het individu kenbare formele regels.⁶⁷ In het privaatrecht dient individuele autonomie daarbij het leidende beginsel te zijn. Ook in het strafrecht dient de autonomie van het individu centraal te staan; evenmin als Hegel is Thorbecke een voorstander van een strafproces dat die autonomie al te lichtvaardig opoffert aan de verwekelijking van maatschappelijke doelen. In het privaat- en strafrecht dient de rechter volgens hem dus in beginsel uit te gaan van algemene toepassing van formele regels als de beste rechtswaarborg voor de autonomie van het individu.

58. J. Drentje, *Thorbecke. Een filosoof in de politiek* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Boom 2004, p. 15.

59. In Van den Berge 2014, p. 525 e.v. wordt de filosofische verwantschap tussen Hegel en Thorbecke nader geanalyseerd.

60. Thorbecke 1825, p. xii-xiii.

61. J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der grondwet*, Den Haag: Nijhoff 1948, p. 81.

62. Collegedictaat van Thorbeckes grondwetscollege (1836-1837) door W. Olivier, geciteerd via E. Poortinga, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke (1798-1872)* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987, p. 254: 'Naar mijne overtuiging bestaat er geen trias politica in den gewonen zin, de staatsmagt is tweeledig.'

63. Zie o.a. Thorbecke-archief, NA, nr. 570, geciteerd via Poortinga 1987, p. 256: 'Vanwege de bijzondere natuur der regtsgedingen wordt de uitoefening van dat deel der uitvoerende Magt, 't welk men de rechterlijke Magt noemt, door de Grondwet zelve overgedragen aan rechtbanken.'

64. J.R. Thorbecke, *Aantekening op den grondwet* (deel 1), Amsterdam: Müller 1839, p. 161.

65. Thorbecke-archief, NA, nr. 308, geciteerd via Poortinga 1987, p. 257.

66. J.R. Thorbecke, *Aantekening op den grondwet* (deel 2), Amsterdam: Müller 1843, p. 155: 'Het beginsel der toewijzing is strenge onderscheiding van privaat en publiek regt. De gedingen, die het artikel bedoelt, worden gevoerd over vaste, d.i. van de openbare zaak onafhankelijke, regten van bijzondere personen; regten, welke uit dien hoofde alléén volgens de burgerlijke wet, en niet volgens de regels van een, in het algemeen belang handelend, Staatsgezag kunnen worden beoordeeld.'

67. Thorbecke-archief, NA, nr. 297 (via Poortinga 1987, p. 277): 'De uitvoering dezer wetten, uit haren aard onafhankelijk van de overige regering, nu is noch gelijk de uitoefening van andere deelen der uitvoerende Magt buigzaam, op grond van het publiek belang, door hoogere gebod, noch vatbaar voor eenige politieke tusschenkomst. Deze uitvoering is een gesloten kring, en heeft met het stelsel der overige uitvoerende Magt niets te doen.'

In administratiefrechtelijke procedures geldt precies het tegenovergestelde. In die zaken dient volgens Thorbecke niet het formalisme van Kants categorische imperatief, maar juist de materiële gedaante van het algemeen belang de voornaamste leidraad te zijn. Het administratieve proces betreft in beginsel ‘geschillen tusschen regering en geregeerde, over regten en verbindtenissen, ten aanzien van het algemeen belang’, waarbij ‘het regt van een lid tegenover het hooger regt van het geheel’ is geplaatst. Een rechtsoordeel in een administratieve zaak dient zich volgens Thorbecke daarom niet in de eerste plaats te oriënteren op de autonomie van het individu, maar op het algemeen belang van het staatsorganisme als geheel, zonder welk het autonome individu immers in het geheel niet zou kunnen bestaan. Uitbesteding van administratieve rechtspraak aan de gewone rechter is volgens Thorbecke daarom een uitgesproken slecht idee. Zijn belangrijkste vrees is dat de burgerlijke rechter bezwaren tegen administratieve beslissingen ‘met regtgeschillen [zou] verwarren’, ten gevolge waarvan ‘zijne onafhankelijke rechtsmagt het bestuur aan de grootste belemmeringen zou blootstellen’.⁶⁸ Van een rechtsgeschil zou in het administratieve proces echter helemaal geen sprake zijn; de inzet ervan behelst volgens Thorbecke slechts ‘dat een verkeerde toepassing van de wet of den wettelijken regel hersteld worde’.⁶⁹ Dat burgerlijk en ‘politisch regterschap’ gescheiden blijven, acht hij daarom van het grootste belang. Als rechterlijk college in administratieve zaken denkt hij vooral aan de Raad van State, waarin hij bij uitstek een geschikt ‘werktuig’ ziet ‘om in het middelpunt dier rechtsmagt te worden geplaatst’. Daarbij denkt hij in de eerste plaats aan de figuur van het kroonberoep, met een ‘adviserend regterschap’ voor de Raad van State; de eindbeslissing in administratieve zaken komt volgens Thorbecke ten principale toe aan het bestuur zelf.⁷⁰

4. Loeff en Struycken⁷¹

4.1. Loeff

In zijn Leidse dissertatie over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht uit 1887 maakt Loeff meteen duidelijk dat hij van vage ideeën over zedelijkheid niets moet hebben. ‘[M]et (...) “justitia”’, schrijft hij in zijn inleidende beschouwingen, ‘heeft de jurist niets te maken’. Met onscherp omliggende ideeën over rechtvaardigheid kan de rechtswetenschapper volgens Loeff niets aanvangen: ‘hij kan wat zij voorschrijft niet tot een systeem verknden, noch er eene methode op toepassen’. Het enige recht dat hem aangaat, is volgens Loeff het recht ‘van den Staat en het recht door den Staat: niet wat de mens bindt als zedelijke wezens, maar wat hen bindt als levende onder de

heerschappij van de Staat’.⁷² Aldus kan Loeffs staats- en rechtsopvatting worden gezien als de culminatie van een formaliserende tendens die in de tweede helft van de negentiende eeuw het organische rechts- en staatsbegrip van Hegel, Stahl, Thorbecke en anderen sterk verdrong. De idee van de staat als een ‘sittliches Ganze’, waarvan de individuele leden de ‘ergänzende Glieder’ zouden zijn, werd steeds meer vervangen door de notie van de staat als een kunstmatige creatie. Van een in de cultuur en de geschiedenis verankerde algemene zedelijkheid is Loeffs staats- en rechtsbegrip geheel gezuiverd; wat aan verplichtingen resteert is slechts een complex aan van staatswege opgelegde algemene bevelen. In navolging van Laband omschrijft Loeff de staat daarom als een ‘mit Imperium ausgestatteter Herr’, die in zijn ‘machtsvolkomenheid’ als enige de mogelijkheid heeft zijn onderdanen plichten op te leggen.⁷³ Daarbij heeft Loeff evenals Laband nog slechts oog voor de ‘ausschliessliche Herrschaft der logischen Behandlungsart des Rechts’, waarbij voor rechtshistorische, economische, politieke en filosofische onderzoeken geen ruimte kan zijn.⁷⁴ Analyses op die terreinen zijn in de ogen van ‘rechtswetenschappers’ als Laband eenvoudigweg ‘ohne Belang’ en dienen ‘nur häufig dazu, den Mangel an konstruktiver Arbeit zu verhüllen’.⁷⁵

Karl Larenz zag in dergelijke strikt abstracte rechtsopvattingen slechts ‘die endgültige Entfremdung der Rechtswissenschaft von der gesellschaftlichen, politischen und moralischen Wirklichkeit’.⁷⁶ Daarmee onderkent Larenz mijns inziens echter te weinig dat positivistische ideeën als die van Loeff en Laband toch ook kunnen worden gezien als de resultante van een onderliggend waardensysteem dat door henzelf weliswaar vaak niet met zoveel woorden wordt geëxpliciteerd, maar desalniettemin aan hun rechtsleer ten grondslag lijkt te liggen. In de organische staatsleer zagen positivisten als Laband en Loeff niets meer dan een rookgordijn voor het privilege van bepaalde groepen om hun zedelijke opvattingen ongestoord aan anderen te kunnen opleggen. In de geformaliseerde rechtsstaat van Laband en anderen is voor een dergelijk privilege geen plaats meer. De diepere zin van hun staats- en rechtsopvatting zou op die manier kunnen worden gezocht in de idee van individuele autonomie, waarbij de burger niet is onderworpen aan een dwingend opgelegde algemene zedelijkheid, maar in plaats daarvan in beginsel geheel vrij is zijn leven in te richten zoals hij dat zelf wil. Niet voor niets staat het laatnegentiende-eeuwse juridische positivisme in nauw verband met de bredere intellectuele mode van ‘neokantianisme’, dat de rechtsleer van Kant veelal reduceert tot een stelsel waarin individuen slechts zijn onderworpen aan de formele juridische regels die zij zichzelf hebben opgelegd.⁷⁷

68. Thorbecke-archief, NA, nr. 308, geciteerd via Poortinga 1987, p. 287.

69. Thorbecke-archief, NA, nr. 166, geciteerd via Poortinga 1987, p. 285-286: ‘Het administrative regt is contentieus, zoodra door eene partij wordt beweerd, dat het bestuur in strijd heeft gehandeld met eene politieke wet of ander het bestuur verbindend politisch voorschrift.’

70. Poortinga 1987, p. 287.

71. De hier gepresenteerde analyse van de standpunten van Loeff en Struycken grijpt sterk terug op Van den Berge 2014, p. 84 e.v.

72. J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht. Proeve van theoretisch-kritisch onderzoek naar het karakter van het publieke recht*, Leiden: Ijdo 1887, p. 6.

73. Loeff 1887, p. 7.

74. P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (deel 1), Tübingen: Mohr 1911, p. ix.

75. Laband 1911, p. ix.

76. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlijn: Springer 1983, p. 24.

77. Zie o.a. Stolleis 1992, p. 348 e.v.

Volgens Loeff hebben publiek- en privaatrecht beide een artificieel karakter. De gedeelde kunstmatigheid wil volgens Loeff niet zeggen dat tussen beide rechtsgebieden geen belangrijke verschillen bestaan. Het wezen van het onderscheid ligt volgens Loeff echter niet in het *doel* dat een bepaald complex aan rechtsregels beoogt, maar in de aard van de *verhoudingen* die erdoor worden geregeld. Het gehele objectieve recht regelt volgens Loeff twee soorten relaties: die tussen de staat (die door Loeff als één en ondeelbaar wordt beschouwd) en onderdaan enerzijds en die tussen onderdanen onderling anderzijds. Het publiekrecht scheidt daarbij in zijn ogen slechts betrekkingen van ondergeschiktheid, terwijl het privaatrecht gelijke verhoudingen vestigt.⁷⁸ Van publiekrechtelijke subjectieve rechten is geen sprake; ten opzichte van de staat gelden voor de burger slechts plichten en nooit rechten. Waarom zou de staat, wiens almacht onbepert is, aan zichzelf nu desalniettemin wetten opleggen? Waarom geldt de staat, die zelf bron van alle recht is, tevens van datzelfde recht als een van de subjecten? En waarom zou de staat zichzelf van allerlei wettelijke bevoegdheden voorzien, die hij in zijn almacht strikt genomen reeds bezit? Loeffs antwoord op deze vragen is gelegen in het verschil tussen de *staat* enerzijds en de *overheid* anderzijds. De staat koppelt volgens Loeff 'de hoogste kracht' aan 'de hoogste zwakheid'; hoewel hij met volledig 'imperium' is bekleed, kan hij, omdat hij slechts een abstractie is, zijn oppergezag niet zelf belichamen. Om in te grijpen in het maatschappelijk leven heeft hij immers 'mensen noodig, feilbare wezens', die met elkaar de overheid vormen.⁷⁹

Net als gewone burgers hebben bestuurders volgens Loeff jegens de staat slechts plichten. De 'Staat als Rechtsstaat' eist volgens Loeff dat de jegens hem geldende verplichtingen altijd en overal stipt worden nagekomen; of het daarbij gaat om een burger of een overheidsorgaan doet volgens Loeff niet ter zake.⁸⁰ Een situatie waarin het bestuur zelf over de rechtmatigheid van zijn optreden mag oordelen, acht hij hoogst ongewenst. Evengoed kan men volgens Loeff 'aan den misdadiger de beoordeling (...) overlaten omtrent de straf, die hem behoort te worden opgelegd'.⁸¹ De beslissing over de vraag of het bestuur de staatswil al dan niet heeft veronachtzaamd, dient in zijn ogen dan ook te worden opgedragen aan onafhankelijke staatsmacht 'die meer waarborgen aanbiedt voor onpartijdigheid dan de regering ooit kan geven'. Een staat die aan dergelijke waarborgen geen belang hecht, verbeurt 'zijn karakter van Rechtsstaat ten eenenmale'.⁸² Om werkelijk rechtsstaat te zijn, stelt Loeff, dient onafhankelijke bestuursrechtspraak te worden ondergebracht

bij de gewone rechterlijke macht, die in zijn ogen als enige werkelijk als onpartijdig kan worden aangemerkt.

Wat dient deze volgens hem nu in de praktijk te behelzen? Organische denkers als Hegel, Thorbecke en Stahl meenden dat toepassing van abstracte rechtsregels in beginsel volstaat in het privaatrecht; in administratieve zaken daarentegen dient in hun ogen de algemene zedelijkheid de centrale maatstaf te zijn, waarover het bestuur zelf beter zou kunnen oordelen dan een onafhankelijke administratieve rechter. Het door Loeff in 1905 als Minister van Justitie ingediende wetsontwerp tot regeling van administratieve rechtspraak stelt aan bestuursrechtters slechts een formeel-cognitieve eis van een dubbel doctoraat; behalve in de rechtsgeleerdheid dienen administratieve rechtters volgens zijn wetsontwerp ook in de staatswetenschap gepromoveerd te zijn.⁸³ Aan 'doorleefde bekendheid' met onsystematische zaken als 'algemene zedelijkheid' hecht Loeff geen enkele waarde. De privaatrecht en de publiekrechtelijke procedure verschillen volgens hem alleen wezenlijk van elkaar doordat de rechter zich in het privaatrecht over een rechtsverhouding zal moeten buigen, terwijl rechtsverhoudingen in het bestuursrecht en het strafrecht afwezig zouden zijn. Dat maakt publiekrechtelijke rechtspraak volgens Loeff niet fundamenteel verschillend; het 'wezen van alle rechtspraak' is in zijn ogen steeds de vraag 'of er in een bepaald geval schennis heeft plaats gehad, hetzij van een privaatrechtelijken, hetzij van een publiekrechtelijken rechtsregel'.⁸⁴

Het valt bij dat alles op dat Loeff in zijn ideeën over bestuursrechtspraak veel verder gaat dan veel van zelfs zijn meest progressieve tijdgenoten. Loeffs leermeester en promotor Johannes Theodoor Buys (1826-1893), bijvoorbeeld, betoonde zich in de late negentiende eeuw een fervent voorstander van onafhankelijke bestuursrechtspraak; naar algemeen wordt aangenomen was zijn stem op de achtergrond beslissend bij de totstandkoming van de grondwetswijziging van 1887 die zulks mogelijk maakte.⁸⁵ Omdat deze wijziging echter tot niets verplichtte, ontstond daarna al snel een impasse, waaruit Buys in een preadvies aan de Nederlandse Juristenvereniging uit 1891 een uitweg trachtte te bieden.⁸⁶ In tegenstelling tot zijn mede-preadviseur Van Houten, die administratieve rechtspraak wilde onderbrengen bij de gewone rechter,⁸⁷ herhaalt Buys daarin zijn eerder uiteengezette pleidooi voor een bijzonder onafhankelijk college. Volgens hem zou dat minder geneigd zijn de hem voorgelegde problemen te bezien met het veel te abstracte 'burgerlijk rechtsoog'.⁸⁸ Het bijzondere karakter van administratieve rechtspraak, waarbij uiteindelijk het algemeen belang centraal staat, vereist volgens Buys 'afzonderlijke studieën, voorbereiding en oefening'. Door een burgerlijke

78. Loeff 1887, p. 34.

79. Loeff 1887, p. 34-35.

80. Loeff 1887, p. 78.

81. Loeff 1887, p. 79.

82. Loeff 1887, p. 79.

83. Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak, Den Haag: Belinfante 1906, p. 83-85 (MvT).

84. Loeff 1887, p. 67.

85. Zie o.a. M. Schreuder-Vlasblom, *De macht der kritiek* (diss. Groningen), Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 75 e.v.; J. van der Hoeven, *De drie dimensies van bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom 1989, p. 98-99.

86. J.T. Buys, 'De regeling der administratieve rechtspraak', in: *Handelingen NJV* 1891, p. 65-135.

87. S. van Houten, 'Op welke grondslagen moet de regeling der administratieve rechtspraak berusten?', in: *Handelingen NJV* 1891, p. 47-64.

88. J.T. Buys, *De Grondwet: toelichting en kritiek* (drie delen), Arnhem: Gouda Quint 1883-1887, deel 2, p. 337.

rechter zou het bijzondere karakter van bestuursrechtspraak volgens Buys gemakkelijk worden miskend. Liever laat Buys administratieve rechtspraak over aan hen, die 'innig met de administratie vertrouwd'⁸⁹ zijn 'door persoonlijk en jaren lang in het midden van die zaken te leven', zodat zij niet alleen over de *rechtmatigheid*, maar ook over de *doelmatigheid* van bestuurshandelingen kunnen oordelen. In het bijzonder denkt Buys hierbij aan de leden van de Raad van State, die op grond van hun adviserende functie volgens Buys over de juiste ervaring beschikken.⁹⁰

Bij de ontwikkeling van zijn ideeën over bestuursrechtspraak liet Buys zich met name inspireren door de grote Duitse staatsrechtgeleerde Rudolf von Gneist (1816-1895), wiens werk hij enorm bewonderde. Evenals Buys pleitte Von Gneist voor bestuursrechtspraak waarbij de administratieve rechter 'nach Organisation und Verfahren selbstständig' zou kunnen opereren. Anderzijds ziet ook Von Gneist bestuursrechtspraak niet graag ondergebracht bij de gewone rechterlijke macht. In plaats daarvan pleit Von Gneist voor een 'aus der Verwaltung hervorstehende Verwaltungsgerichtbarkeit' die zich niet opstelt als 'fernstehendes Richterskollegium', maar haar controle op het bestuur in plaats daarvan uitvoert 'in einem Sach- und Ortsnähe in sich begreifenden Verfahren', zodat het risico van een te 'justizförmige' rechterlijke beoordeling, die te veel van het algemeen belang zou abstraheren, voorkomen wordt.⁹¹ Ook in de positivistische staatsleer van Laband valt een dergelijk standpunt te ontwaren. Integratie van bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht zou volgens Laband de 'alleinige Hervorhebung des Schutzes individueller Rechte' in de hand werken.⁹² Publiekrechtelijke rechtspraak is er volgens Laband echter niet om voor individuen 'einen Streit zu schlichten', maar slechts om het collectief van de staat 'vor dem Missbrauch seiner [Gewalt] zu schützen und ihm eine Garantie zu gewähren, dass diese Gewalt nach den Geboten der Gerechtigkeit gehandhabt werde.'⁹³ In vergelijking tot het privaatrecht heeft de staat bij concrete bestuursrechtelijke beslissingen volgens Laband daarentegen een 'sachliches Interesse an ihren Inhalt'. Voor Laband is dit een reden de gewone rechtspraak niet uit te besteden aan de gewone rechter, maar aan een college

dat weliswaar op enige afstand is geplaatst, maar desalniettemin deel uitmaakt van het bestuur zelf.⁹⁴

4.2. *Struycken*

Zoals bekend werd Loeffs wetsontwerp tot regeling van administratieve rechtspraak door Struycken fel bestreden;⁹⁵ de polemiek rondom het wetsontwerp behoort tot de canon van het Nederlandse recht.⁹⁶ Vaak wordt met enige weemoed opgemerkt dat Loeffs hoogst progressieve en academische staats- en rechtsleer voor een handige, bovenal aan 'gezond verstand appellerende' retoricus als Struycken een relatief gemakkelijke prooi was.⁹⁷ Terecht wordt de laatste jaren echter vaak benadrukt dat de kwestie niet eenvoudigweg kan worden begrepen als een verhaal over de vooruitziende blik van 'good guy' Loeff, wiens heilzame plannen werden getorpedeerd door het kwaadaardige populisme van 'bad guy' Struycken.⁹⁸ Dat Struyckens in retorisch opzicht inderdaad zeer gewiekste geschriften ook argumenten bevatten, wordt inmiddels alom erkend. Over de aard van deze argumenten bestaan evenwel nog steeds veel misverstanden. Zo doet Van der Hoeven Struyckens kritiek op Loeff af als een 'abstract betoog', dat uiteindelijk even 'aprioristisch en doctrinair' van karakter zou zijn als de 'Begriffsjurisprudenz' van Loeffs 'justitieel legalisme' dat door Struycken juist zo fel wordt bestreden.⁹⁹ Naar ik reeds elders heb betoogd, berust Van der Hoevens kritiek echter op een misinterpretatie van Struyckens argumentatie.¹⁰⁰ Anders dan Van der Hoeven meent, volgt Struyckens weerzin tegen bestuursrechtspraak door de gewone rechter niet uit een overdreven vertrouwen in democratische controle op het 'micro-bestuur',¹⁰¹ maar op zijn opvatting van de staat als een organisch gegroeide zedengemeenschap, die niet in de eerste plaats bijeen wordt gehouden door formele regels, maar door gedeelde sociale en morele overtuigingen. In die zin grijpen zijn opvattingen duidelijk terug op denkers als Hegel, Stahl en Thorbecke.¹⁰²

Net als Hegel en Stahl ziet Struycken de staat niet als een artificieel construct, maar als een 'sittliches Ganze' dat in het ongereede zou raken wanneer het volk en zijn bestuur te veel als elkaars tegenpolen worden beschouwd. De idee van een sterke oppositie tussen die twee, en, in het verlengde daarvan, van een strenge scheiding tussen

89. Buys 1891, p. 82; zie ook Schreuder-Vlasblom 1987, p. 74.

90. Buys 1883-1887, deel 2, p. 337-338; Buys 1891, p. 82. Vgl. o.a. R. Pieterman, *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 153.

91. E.W. Böckenförde, 'Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs', in: H. Ehmke e.a. (red.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt 1969, p. 62.

92. Scheuner 1968, p. 488.

93. Laband 1911, deel 3, p. 378.

94. Laband 1911, deel 3, p. 380-381. Vgl. ook O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (band 1), München: Duncker & Humblot 1895, p. 63.

95. A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem: Gouda Quint 1910; A.A.H. Struycken, 'Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande', *RM* 1912, p. 523 e.v.

96. Vgl. o.a. R.J.N. Schlössels, 'Loeff versus Struycken: wie had gelijk', *AA* 2009, p. 686-690 (tevens gepubliceerd in R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *De canon van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 69-74); J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 14.

97. Zie o.a. Van der Hoeven 1989, p. 133; Schlössels 2009, p. 687.

98. F.C.M.A. Michiels, 'Het gelijk van Struycken', in: B.J. van Ettekooven & S.E. Zijlstra (red.), *Oude meesters. Grondleggers van het bestuursrecht en hun rol in het huidige recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 9 e.v.; B.J. Schueler, 'Hoe ver zat Struycken eraast?', in: W. Hins e.a. (red.), *Recht en Reede*, Deventer: Kluwer 2005, p. 134; Schlössels 2009, p. 686 e.v.; Van den Berge 2014, p. 80 e.v.

99. Van der Hoeven 1989, p. 141; vgl. o.a. Schlössels 2009, p. 689 ('Van der Hoeven zag dit scherp').

100. Van den Berge 2014, p. 80 e.v., met name p. 87.

101. Van der Hoeven 1989, p. 138.

102. Zie Van den Berge 2014, p. 84-88.

de uitvoerende en de wetgevende macht, stamt volgens Struycken uit de tijd waarin deze machten nog in een onderlinge gezagsstrijd verkeerden. In de formele rechtsstaat zou het 'absolutisme des konings' daarom plaats hebben gemaakt voor het 'absolutisme der wet', waarbij het contact met het 'werkelijk rechtsleven' verloren zou zijn gegaan.¹⁰³ Anders dan Laband en Loeff meent Struycken dus, dat de rechtswetenschap naast de wet (en soms daarboven) ook andere vormen van rechtsontwikkeling zou moeten aanvaarden, die zich in zijn ogen 'als gelijkwaardige rechtsfactoren doen gelden' en in het bijzonder de verwezenlijking zouden vertonen van 'het eigenlijke levensbeginsel der bereikte staatkundige ontwikkeling'. Struyckens opvattingen over administratieve rechtspraak staan met zijn organische opvatting van de moderne rechtsstaat in direct verband. Sterk afkerig van Loeffs 'legalistisch justitiale' ¹⁰⁴ betreurt Struycken in zijn tegen Loeffs wetsontwerp gerichte brochure bijvoorbeeld de idee van 'Overheid en volk (...) als twee heterogene elementen', 'met eigen levenskring tegenover elkan- der [geplaatst]'. Zo bezien is het volgens Struycken niet vreemd in de gewone rechter 'het enig orgaan' te zien, 'dat tegen de Overheid [kan] worden ingeroepen, om rechtskrenking te weren'. De uitwerking van die visie is volgens Struycken desastreus: 'Afwerend, negatief, ter handhaving van eigen rechten, plaatste de burger zich tegen de Overheid, die naar eigen inzicht, wat zij hare taak rekende te zijn, trachtte te volbrengen.'¹⁰⁵ De administratie, schrijft hij, is evenwel een 'door de bevolking zelve aangewezen en volgens hare inzichten handelend orgaan der gemeenschap', dat dientengevolge niet tegenover, maar in de volksgemeenschap staat.¹⁰⁶

Als duidelijk bewijs van de nieuwe verhoudingen tussen overheid en burger stelt Struycken dat de streng-formele rechtsstaatgedachte 'in de academische, wetenschappelijke staatsliteratuur' in zijn tijd weliswaar nog wijdverbreid was, maar in de praktijk allang was vervangen door de notie van de rechtsstaat in 'sociaal-ethischen zin', waarbij de toelaatbaarheid van overheidshandelen niet zozeer aan de formele wet, maar aan het recht werd afgemeten; onder dat laatste verstaat Struycken met name ook normen van *behoorlijkheid*, die zich slecht in wetten laten formaliseren maar voor het werkelijke rechtsleven in Struyckens visie van eminent (en steeds toenemend) belang zijn.¹⁰⁷ De opkomst van de sociale rechtsstaat houdt in Struyckens analyse onder andere in, dat de wetgever zich steeds meer tevreden stelt met het aanduiden van de 'hoofdideeën der wetgeving', waarbij de nadere uitwerking aan het bestuur zelf wordt overgelaten. De toetsing van overheidshandelen zal daarbij niet beperkt kunnen blijven tot de formele

buitengrenzen van die hoofdideeën. Loeffs 'legalistisch justitiale' heeft daarom volgens Struycken definitief afgedaan. Een rechtsoordeel in administratieve zaken valt volgens Struycken onmogelijk nog op strikt logisch-deductieve wijze te funderen; de onbepaaldheid van bestuurswetten laat dat immers niet toe. Wie over bestuurshandelen een rechtsoordeel uitspreekt, kan volgens Struycken daarom niet kunnen volstaan met juridisch-dogmatisch 'Vernunft'.

Een behoorlijkheidsoordeel houdt volgens Struycken met name in, of de betrokken algemene en bijzondere belangen ten opzichte van elkaar op de juiste wijze zijn gewaardeerd; niet zuiver juridische, maar zedelijkheids-overwegingen zouden daarbij uiteindelijk bepalend moeten zijn.¹⁰⁸ Het bestuur, waarvan het 'karakter en [de] organisatie door [de] gemeenschap zelve' wordt bepaald, is volgens Struycken tot zo'n oordeel beter in staat dan de gewone rechter, die niet zou worden gedwongen 'mee te leven in de ontwikkeling der sociale ideeën, zoals deze (...) door de vertegenwoordigende organen worden voortgebracht'.¹⁰⁹ Waarborgen voor individuele burgers dienen daarom in de eerste plaats te worden gezocht in controle binnen het hiërarchische stelsel van 'de administratie zelve',¹¹⁰ waarbij aan een 'versterking van de judicieele werkwijze der administratie' een prominente plaats wordt toebedacht.¹¹¹ Aan het argument dat het overheidsbestuur in dat geval slechts 'rechter in eigen zaak' zal zijn, wordt door Struycken weinig waarde gehecht. Bijna alle waarborgen die de onafhankelijkheid van de gewone rechterlijke macht verzekeren, zijn volgens Struycken ook binnen het bestuur zelf aan te brengen; slechts voor 'bezoldiging bij de wet' en voor 'benoeming voor het leven' maakt Struycken in dit verband een uitzondering.¹¹² 'De algemeene moraliteit' en 'interne waarborgen' als openbaarheid staan er in Struyckens ogen voldoende voor garant, dat het beoordelend orgaan in de praktijk tot een geheel zelfstandig oordeel zal komen.¹¹³

5. Gebroken verantwoordelijkheid

Het zal duidelijk zijn dat de tot dusver besproken negentiende-eeuwse en vroegtwintigste-eeuwse ideeënvorming niet zomaar kan worden betrokken op het huidige debat over de organisatie van de bestuursrechtspraak. Zoals al vaak is gesignaleerd, onderschat Struycken in zijn bestrijding van Loeffs wetsontwerp sterk waartoe gewone rechters in staat zijn.¹¹⁴ In de hegeliaanse traditie van Thorbecke en Stahl veronderstelt Struycken dat de gewone rechter zijn oordeel met name zal baseren op 'het abstracte recht', aan de hand waarvan rechtssubjecten in

103. A.A.H. Struycken, *Ons koningschap*, Arnhem: Gouda Quint 1909, p. 11.

104. Struycken 1910, p. 7.

105. Struycken 1910, p. 15.

106. Struycken 1910, p. 12-13.

107. Struycken 1910, p. 19; zie in deze zin ook A.A.H. Struycken, *Het rechtsbegrip* (diss. Leiden), Leiden: Ijdo 1903.

108. Struycken 1910, p. 19.

109. Struycken 1910, p. 30-31.

110. Struycken 1910, p. 37.

111. Struycken 1910, p. 70.

112. Struycken 1910, p. 32.

113. Struycken 1910, p. 35.

114. Zie o.a. F.M.C. Vlemmix e.a., 'A.A.H. Struycken (1873-1923)', in: *Kopstukken van het Administratief Recht*, Den Haag: VUGA 1986, p. 29-33, p. 31.

beginsel niet kunnen worden gebonden aan normen die zij niet tevoren aan zichzelf op voldoende specifieke wijze hebben opgelegd. In Struyckens tijd hechtte men vooralsnog veelal aan de idee van rechtspraak als een in hoofdzaak doctrinaire activiteit, waarbij de algemene toepassing van formele regels gezien werd als de beste waarborg voor de individuele vrijheid.¹¹⁵ Inmiddels zijn de opvattingen over rechtspraak en rechtsvinding natuurlijk fors verschoven. Nog slechts weinigen zullen vandaag de dag uitgaan van een kantiaans model van rechtspraak waarbij het rechterlijk oordeel slechts berust op de conclusie van een juridisch syllogisme. Over de hele linie heeft het rechtsbegrip zich enorm verbreed; nog slechts weinigen zullen het recht vandaag de dag beschouwen als een gesloten systeem van formele regels. In het bestuursrecht kwam de verbreding van het rechtsbegrip vooral tot uiting in de opmars van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waartoe in Struyckens tijd een eerste aanzet werd gegeven in het werk van Boasson en die vervolgens stapsgewijs verder tot ontwikkeling kwamen.¹¹⁶

Een scherp oog voor de verschillen tussen het verleden en het heden dient ons te behoeden voor anachronistische vergelijkingen en ongerechtvaardigde conclusies. Toch meen ik dat een goed begrip van het debat over de aard van bestuursrechtspraak zijn waarde in het huidige debat nog niet geheel heeft verloren. In de jaren tachtig, signaleert Schueler terecht, heerste bij velen groot enthousiasme over hetgeen een onafhankelijke bestuursrechter zou kunnen bereiken.¹¹⁷ Na de afschaffing van het kroonberoep bleek al snel dat onafhankelijke bestuursrechtspraak allerlei problemen met zich brengt waarop niet zo gemakkelijk een antwoord is te vinden. Aan de ene kant ontdekte de praktijk van onafhankelijke bestuursrechtspraak al snel kritiek als die van de werkgroep-Van Kemenade, die in haar gerucht makende rapport 'Bestuur in geding' ernstige zorgen uitsprak over de 'juridisering van het openbaar bestuur' die met de invoering van de Awb in een stroomversnelling zou zijn geraakt.¹¹⁸ In de nieuwe situatie is naar de indruk van de werkgroep een 'regel-dichtheid' ontstaan 'die elke flexibiliteit van beleid onmogelijk maakt', waardoor het bestuur niet meer goed in staat zou zijn 'om uiteenlopende belangen en opvattingen te integreren tot een algemeen belang in concrete steeds wisselende situaties'.¹¹⁹ Doordat de rechter zijn taak te vaak 'op een voor het bestuur nadelige wijze uitoefent',¹²⁰ wordt de 'slagvaardigheid van de overheid' ernstig beperkt, met alle nadelige gevolgen voor het algemeen be-

lang van dien. Anderzijds menen velen dat de onafhankelijke bestuursrechter in zijn controle op het bestuur lang niet ver genoeg gaat; volgens Tak, bijvoorbeeld, draagt diens over het algemeen veel te vergaande terughoudendheid in belangrijke mate bij aan het ontstaan van een moderne 'mechanische mierenmaatschappij' waarin individuele rechtsposities haast vanzelfsprekend het onderspit delven.¹²¹

Naar Schueler betoogt, is in de nieuwe situatie een 'gebroken verantwoordelijkheid' ontstaan die uiteenrukt wat voorheen verenigd was.¹²² De door verschillende kampen gedeelde onvrede over de bestuursrechtspraak wordt in zijn analyse voor een belangrijk deel veroorzaakt door de onmogelijke spagaat waartoe de bestuursrechter in zijn ogen wordt gedwongen. 'Negatieve connotaties die het bestuursrecht aankleven', schrijft Schueler, 'zijn onlosmakelijk verbonden met de verschuiving van bestuurlijke geschilbeslechting naar rechterlijke toetsing'; tot het slechte imago van de bestuursrechtspraak zou daarbij behoren dat zij 'formeel, inefficiënt, weinig oplossingsgericht' en te gouvernementeel is. Door Struycken werd de onmogelijke positie van de bestuursrechter reeds voorzien. Wanneer de rechter de 'vrijheid der administratie' zou onderkennen, zo schrijft hij, ontkent hij zijn 'cultuurwaarde' en hanteert hij het 'legalistisch justitialisme' dat door Struycken zo wordt verfoeid. Wanneer hij evenwel niet alleen toetst op 'eene logisch richtige toepassing van de wettelijke teksten' maar ook op *behoorlijkheid*, verwordt de rechterlijke macht in Struyckens ogen tot 'eene doublure van de administratieve macht', waarvan zij nu juist is gescheiden.¹²³ De actualiteit van dit inzicht wordt volgens Schueler onder andere geïllustreerd door de doorgaans zeer terughoudende rechterlijke omgang met het evenredigheidsbeginsel; veel vaker beperkt de rechter zich tot procedurele toetsing van het bestreden besluit, waarbij hij kan volstaan met formeel-logische redeneringen.¹²⁴ Een oordeel over proportionaliteit vereist vaak empirische kennis waarover de rechter vanuit zijn onafhankelijke positie niet gemakkelijk beschikt; daarnaast zal hij de indruk willen vermijden dat zijn oordeel op niets dan rechtspoliteit berust. De theoretische verruiming van het rechtsbegrip ten spijt resulteert onafhankelijke rechtspraak daarom niet zelden in de omslachtige praktijk van 'vernietigen en opnieuw voorzien', waarbij niet de rechter, maar het bestuur in wezen het laatste woord heeft.¹²⁵

Daarnaast is 'Doppelverwaltung' volgens Struycken nog om een andere reden nadelig. Ook omwille van het be-

115. Zie o.a. P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1982, p. 45 e.v.

116. Vgl. o.a. Michiels 2009, p. 13. Zie voor een eerste aanzet tot theorievorming over deze beginselen o.a. J.J. Boasson, *De rechter tegenover de vrijheid der administratie*, Groningen: Wolters 1911. Vgl. R. Schlössels, 'J.J. Boasson, De rechter tegenover de vrijheid der administratie', in: *Oude Meesters*, Deventer: Kluwer 2009, p. 17: 'Wie [Boasson] ziet als de *founding father* van de beginselen van behoorlijk bestuur doet anderen niet tekort.'

117. Zie Schueler 2014, par. 4.2, met verdere verwijzingen.

118. Werkgroep-Van Kemenade, *Bestuur in geding*, Haarlem: Provinciehuis 1997.

119. Werkgroep-Van Kemenade, *Bestuur in geding*, Haarlem: Provinciehuis 1997, p. 2.

120. Werkgroep-Van Kemenade, *Bestuur in geding*, Haarlem: Provinciehuis 1997, p. 7.

121. A.Q.C. Tak, 'Het bestuursproces in de mechanische mierenmaatschappij', *Ars Aequi* 2005, p. 564-571.

122. Schueler 2005, p. 142.

123. Struycken 1910, p. 28.

124. Schueler 2005, p. 140-141. Vgl. o.a. De Poorter & De Graaf 2011, p. 61 voor de in hun ogen 'beperkte' rechtsvormende taak van de bestuursrechter.

125. Vgl. o.a. Schueler 2005, p. 140.

stuurlijke *verantwoordelijkheidsgevoel* dient de ‘eenheid in de administratie’ volgens hem zo veel mogelijk gehandhaafd te blijven.¹²⁶ Wie het bestuur onderwerpt aan onafhankelijke rechtspraak, loopt volgens Struycken het gevaar de ‘geest der administratie’ te bederven; bestuurlijke anticipatie op mogelijke rechterlijke controle werkt volgens hem in de hand dat het bestuur de burger reeds van begin af aan *partijdig* tegemoet treedt. Juist het vooruitzicht dat een burger zich uiteindelijk zou kunnen wenden tot een extern orgaan, kan het bestuur er volgens Struycken toe verleiden ‘maatregelen te nemen (...) opdat de burger, straks hare tegenpartij, in de zwakkere positie komt’; daarbij zouden burgers volgens Struycken bijvoorbeeld gegevens worden onthouden, die zij later bij de rechter zouden kunnen uitspelen.¹²⁷ Het bestuur weet ‘dat voor de verzorging [van] individuele rechten een rechter is aangewezen’; tot op zekere hoogte zal het zich in de analyse van Struycken voor de rechtmatigheid van zijn handelen niet meer geheel verantwoordelijk voelen.¹²⁸ En inderdaad: volgens velen is de bestuurlijke voorprocedure in de praktijk verworpen tot ‘voorportaal’ van de rechtspraak, waarbij de aandacht vooral zou zijn gericht op het ‘rechter-proof’ maken van besluiten.¹²⁹ Van de integriteit van het staatslichaam als ‘zedelijk rijk’, waarin burgers en bestuurders beide zijn verenigd, blijft in dat geval weinig over; wat resteert is volgens Struycken een armoedig ‘legalistisch justicialisme’ waarin zij nog slechts als losse subjecten *tegenover* elkaar worden gedacht.

6. Conclusie

Een analyse van het huidige debat over de organisatie van de bestuursrechtspraak in het licht van een brede ideeën-historische achtergrond leert op die manier in elk geval dat de dialectiek van rechtsopvattingen die de discussie over de organisatie van bestuursrechtspraak al sinds de vroege negentiende eeuw in haar greep houdt, ook vandaag de dag nog een rol lijkt te spelen. Een tegenstander van integratie als Schueler, die bovendien sceptisch is over het nut van samenvoeging van de hoogste bestuursrechters, benadrukt vooral het eigen karakter van het bestuursrecht, waarin een rechterlijk oordeel vaak minder gemakkelijk aan de hand van uitsluitend juridische normen te vinden zou zijn dan in het straf- en privaatrecht. Bestuursrechtspraak is in zijn ogen bij uitstek verbonden aan beleidskwesties, die van het rechterlijk oordeel slechts op een kunstmatige wijze kunnen worden gescheiden. De ‘gebroken verantwoordelijkheid’ die volgens hem als gevolg van onafhankelijke bestuursrechtspraak is ontstaan, is volgens hem niet alleen een bedreiging voor consistent en slagvaardig overheidsbeleid, maar brengt voor de individuele burger bovendien geen werkelijke verbetering van zijn rechtspositie teweeg. In plaats daarvan werkt zij in zijn ogen vooral in de hand dat burgers en bestuurders in toenemende mate tegenover elkaar zijn komen te staan, als verschillende partijen in allerlei juridische en semi-

juridische procedures. Gezamenlijke belangen raken daarbij buiten beeld.

Mede als gevolg van de jurisprudentie van het EHRM is onafhankelijke bestuursrechtspraak in ons recht heden ten dage een vanzelfsprekendheid. De sterke verwevenheid van recht en beleid die het bestuursrecht kenmerkt, is voor tegenstanders van integratie evenwel nog altijd een reden om vast te houden aan de idee van bestuursrechtspraak als een activiteit die niet alleen kan berusten op juridisch-dogmatisch ‘Vernunft’. Hun voorkeur gaat, evenals die van, bijvoorbeeld, Von Gneist, uit naar beoordeling door een in ieder geval deels met de praktijk van het openbaar bestuur vertrouwd rechterlijk college, dat onafhankelijk opereert maar desalniettemin niet kan worden gezien als ‘fernstehendes Richterskollegium’. Ook de scepsis van Schueler en anderen over het belang van rechtseenheid en rechtszekerheid kan in dat licht worden gezien. Dergelijke abstracte juridische waarden, zo betogen zij met Von Gneist, wegen niet op tegen de voordelen van rechterlijke controle op het bestuur ‘in einem Sach- und Ortsnähe in sich begreifenden Verfahren’, zodat al te ‘justizförmige’ beoordeling wordt voorkomen. In feite herhalen zij daarmee het standpunt van Buys, die redeneerde dat bestuursrechtspraak in een burgerlijke rechtscultuur niet thuishoort. Hoewel Buys onafhankelijke bestuursrechtspraak bepleitte, meende hij immers ook dat een bestuursrechtelijk oordeel een ‘innige vertrouwde’ met administratieve zaken vergt, waarover de burgerlijke rechter volgens hem niet in voldoende mate zou beschikken; zijn ‘burgerlijk rechtsoog’ zou immers grotendeels blind zijn voor de beleidsaspecten waarmee bestuurszaken onlosmakelijk verknoopt zijn.

In de kantiaanse traditie dient rechtspraak van *beleid* nu vergaand te worden geabstraheerd. Een echo van die opvatting klinkt nog door in de opvattingen van voorstanders van integratie van bestuursrechtspraak zoals Schlössels, die weliswaar niet blind is voor de sterke verwechting van recht en beleid in het bestuursrecht maar daarin desalniettemin geen doorslaggevend argument ziet om aan bestuurszaken ten opzichte van het privaatrecht en het strafrecht een wezenlijk eigen aard toe te kennen. De onderlinge verknooptheid van normen en feiten doet zich volgens hem op alle rechtsgebieden voor; hooguit is de verwechting in het bestuursrecht sterker, maar van een *wezenlijk* onderscheid is volgens Schlössels geen sprake.¹³⁰ In volledige integratie van bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht ziet hij daarom geen enkel probleem. Doorleefde vertrouwde met de eigen aard van het bestuursrecht, of, sterker nog, met een bepaald deelreken daarvan is volgens Schlössels niet nodig. Integendeel: binnen het door hem voorgestane ‘eenpieksmodel’ ziet hij een roulatie van rechters voor zich die een einde zou kunnen maken aan het verstikkende isolement en de naar binnen gekeerde rechtscultuur die gespecialiseerde bestuursrechtspraak zou kenmerken. Aan rechterlijke controle op het bestuur ‘in einem Sach- und Ortsnähe in sich begreifenden Verfahren’ hecht Schlössels

126. Struycken 1910, p. 30.

127. Struycken 1912, p. 126-127.

128. Struycken 1912, p. 127.

129. Vgl. o.a. De Poorter & De Graaf 2011, p. 43-45; Schueler 2005, p. 142.

130. Schlössels 2011, p. 713.

dus weinig waarde; liever besteedt hij bestuursrechtspraak uit aan een piramidaal georganiseerd ‘fernstehendes Richterskollegium’ met de cassatierechter als hoogste top. Voor de liberale idee van de mens als autonoom wezen, wiens rechtsaanspraken in beginsel niet mogen worden opgeofferd aan enig bovenindividueel maatschappelijk doel, is dat immers de beste waarborg.