

Het schelpdier en zijn schelp. Johannes Theodoor Buys (1826-1893) over administratieve rechtspraak

Lukas van den Berge

1. Inleiding

Hoe moet rechtsbescherming tegenover de overheid worden georganiseerd? Dat is een kernvraag van het moderne recht. In de Nederlanden kwam de kwestie voor het eerst prominent aan de orde rondom de totstandkoming van de Grondwet van 1815, waarvan artikel 165 bepaalde dat “*alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortvloeiende regten, over schuldvordering of burgerlijke regten [...] bij uitsluiting [behoren] tot de kennis van de regterlijke magt*”. Daarmee brak de Nederlandse grondwetgever met de revolutionaire Franse praktijk waarin de bevoegdheid over een zaak te oordelen desgewenst door het bestuur aan de rechter kon worden onttrokken.¹ Na de afschaffing van het Franse stelsel vatte de burgerlijke rechter zijn bevoegdheid al snel breed op; zo rekende hij zonder veel problemen ook zaken die nu tot het bestuursrecht zouden behoren tot zijn terrein.² De voortvarende jurisprudentie van de burgerlijke rechter werd door het bestuur als bedreigend ervaren. Daarom besloot koning Willem I in 1822 tot de uitvaardiging van het Conflictenbesluit, op grond waarvan de gouverneurs van de provinciën de bevoegdheid kregen een rechterlijke procedure te schorsen en aan de Koning een “conflict van attributie” op te werpen aangaande de bevoegdheid van de rechter ter zake.³ Die regeling werd in de Noordelijke Nederlanden over het algemeen niet in strijd geacht met het enkele jaren eerder ingevoerde artikel 165 Grondwet, omdat de Koning werd beschouwd als een hogere, zowel boven de rechterlijke macht als de lagere

¹ VAN MAANEN en DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad*, 15.

² DRION, *Administratie contra rechter*, 112 e.v.

³ SCHREUDER-VLASBLOM, *De macht der kritiek*, 27 e.v.

administratie uittorende macht, die als zodanig de eenheid van het staatsorganisme belichaamde.¹

In de Belgische gebieden wekte Willems Conflictenbesluit irritatie op; na de onafhankelijkheid werd in de Belgische Grondwet van 1831 uitdrukkelijk vastgelegd dat de rechter altijd bevoegd is kennis te nemen van geschillen die subjectieve rechten tot voorwerp hebben en in beginsel ook van geschillen van “politische” aard, behalve wanneer de wetgever uitdrukkelijk anders heeft bepaald.² Ook in de Noordelijke Nederlanden bracht het Conflictenbesluit uiteindelijk wrevel te weeg; daarbij keerde men zich met name tegen de willekeur waarmee de Koning de rechter in een bepaalde zaak onbevoegd kon verklaren. In 1844 werd het besluit ingetrokken en ging men op zoek naar systematische manieren waarop rechterlijke bevoegdheid in overheidszaken voortaan zou kunnen worden begrensd.³ In de discussie daaromtrent speelde de Leidse hoogleraar en latere staatsman Johan Rudolph Thorbecke (1798-1872) een voorname rol. Daarbij ging hij uit van een ingewikkeld, nauw aan de ideeën van Duitse idealisten als Hegel, Schelling en Krause verwant filosofisch kader van waaruit hij aan elk afzonderlijk individu een intrinsieke waarde toekende, maar vooral ook meende dat het individu uiteindelijk moet worden gezien als onlosmakelijk deel van de staat als alomvattend organisch geheel.⁴

Thorbeckes visie op de aard en de plaats van administratieve rechtspraak hangt met zijn organisch-idealistische ideeën onmiddellijk samen. Niet anders dan een staatsfilosoof als Friedrich Julius Stahl (1802-1861) beschouwde Thorbecke het staatsorganisme in essentie als een “zedelijk rijk” (*sittliches Reich*) dat in het ongereede

¹ Zie voor de intellectuele achtergronden van een dergelijk “*monarchisches Prinzip*” o.a. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, 102 e.v.

² Zie o.a. POORTINGA, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht*, 261-263.

³ PIETERMAN, *De plaats van de rechter*, 93.

⁴ Cf., bijvoorbeeld POORTINGA, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht*, 42 e.v.; VAN DEN BERGE, “Hegel en Thorbecke”, 529 e.v. Zoals J. 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” is geen enkele sprake. Achter Thorbeckes politieke optreden gaat “een ideologische samenhang” schuil die rechtstreeks teruggaat op de door hem in zijn vroege geschriften ontwikkelde filosofische ideeën. Zie verder DRENTJE, *Thorbecke*, 15 e.v.

zou raken wanneer de macht van de gewone rechter zich niet alleen zou uitstrekken tot het straf- en privaatrecht, maar bovendien tot het “*politisch regt*”, waarvan het primaire doel niet zou liggen in de bescherming van de individuele autonomie van het individu, maar in de instandhouding van de staat als publieke zedelijke leefgemeenschap. “*Politisch regt*”, legt hij uit, “*geldt niet bescherming van den bijzonderen persoon op zich zelve, maar van het politisch regt en ligchaam*” in het geheel.¹ Uitbesteding van “*politisch regterschap*” aan de gewone rechter leidt volgens Stahl en Thorbecke al snel tot desintegratie van dat lichaam, waardoor de burgers slechts het atomaire bestaan zou reteren van “*losgetrennte, unabhängige [...] Subjecte*”, die nergens meer integraal onderdeel van uitmaken en zichzelf dientengevolge niet werkelijk kunnen verwezenlijken.² Tegen die achtergrond is het niet verbazingwekkend dat Thorbecke zich met hand en tand tegen onafhankelijke administratieve rechtspraak verzette. In plaats daarvan pleitte hij voor de figuur van het Kroonberoep, waarbij aan de Raad van State eventueel een “*adviserend regterschap*” zou kunnen worden gegund; de eindbeslissing in administratieve zaken komt in Thorbeckes ogen evenwel ten principale toe aan het bestuur zelf, dat hij op zedelijk terrein het meest deskundig achtte.³

Het verzet van Thorbecke verklaart voor een belangrijk deel waarom onafhankelijke rechtspraak op het terrein van de “*toepassing of uitvoering eener politieke wet*” uitbleef.⁴ Aldus ontstond een onbevredigende situatie. Na de afschaffing van het Conflictenbesluit herleefde in beginsel de ongeclausuleerde bevoegdheid van de gewone rechter op grond van artikel 165 Grondwet, zij het dat de burgerlijke rechter zich minder activistisch betoonde dan voorheen. Een bevredigende wettelijke afbakening van zijn bevoegdheid bleef vooralsnog uit.⁵ In de industrialiserende samenleving breidde de staat zijn inmenging in het maatschappelijk leven intussen sterk uit; dit ging samen met een forse toename van wat door Van der Hoeven wordt aangeduid als “micro-bestuur”, begrepen als overheidsingrijpen dat doordringt tot

¹ THORBECKE, *Aantekening*, 161.

² STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, 447.

³ NA, Thorbecke-archief, nr. 308, geciteerd via POORTINGA, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht*, 287.

⁴ NA, Thorbecke-archief, nr. 166, geciteerd via POORTINGA, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht*, 285.

⁵ SCHREUDER-VLASBLOM, *De macht der kritiek*, 35 e.v.

in de haarvaten van de burgerlijke samenleving.¹ Vooral vanaf omstreeks 1870 klonk de roep om een algemene regeling van onafhankelijke bestuursrechtspraak daardoor steeds luider. De organische visie op de staat en het recht, die in de tijd van Thorbecke nog vrij breed werd gedeeld, maakte daarbij gaandeweg plaats voor de dominantie van een staats- en rechtsopvatting volgens welke de rechtsstaat niet werd begrepen als “zedelijk organisme”, dat in zijn moderne verschijningsvorm bovendien plaats bood aan een burgerlijke maatschappij die daar integraal onderdeel van uitmaakte, maar als een artificieel construct, dat niet langer *boven*, maar *tegenover* de maatschappij werd gedacht.

In de Nederlandse rechtsgeschiedenis kan deze formaliserende tendens bij uitstek worden gevolgd in de ontwikkeling van het denken van Johannes Theodoor Buys (1826-1893), die vanaf 1862 tot zijn dood in 1893 leerstoelen in het staatsrecht bezette in Amsterdam en Leiden en vrij algemeen wordt beschouwd als de belangrijkste en meest invloedrijke staatsrechtgeleerde van zijn tijd.² Bij zijn inauguratie als hoogleraar in Amsterdam was Buys nog een onversneden Thorbeckiaan, die de onlosmakelijke en organische band tussen het individu en de staat onder andere vergeleek met de wederkerige verhouding tussen een schelpdier en zijn schelp, die beide slechts in onderlinge verbondenheid tot ontwikkeling kunnen komen.³ Expliciet nog dan Thorbecke hing hij daarbij een staats- en rechtsleer aan die sterk doet denken aan die van Hegel en Stahl. Onder invloed van de door Buys enorm bewonderde Duitse politicus en jurist Rudolf von Gneist (1816-1895) nam zijn denken vanaf de jaren zeventig van de negentiende eeuw een opmerkelijke formalistische wending, die vooral ook van invloed was op Buys’ ideeën over administratieve rechtspraak. In veel publicaties wordt Buys daarom aangeduid als een prototypische aanhanger van de “formele rechtsstaatgedachte”, wiens “legalistisch justitialisme” voor een belangrijk deel zijn pleidooi voor onafhankelijke bestuursrechtspraak motiveerde.⁴

¹ VAN DER HOEVEN, *De drie dimensies*, 71 e.v.

² *Ib.*, 82; SCHREUDER-VLASBLOM, *De macht der kritiek*, 71.

³ BUYS, “Het moderne staatsbegrip”, 207.

⁴ Zie o.a. VAN DEN BRINK, “Antonius Alexis Hendrikus Struycken”, 84-86; in minder uitgesproken mate ook SCHREUDER-VLASBLOM, *De macht der kritiek*, 71 e.v.; VAN DER HOEVEN, *De drie dimensies*, 81 e.v.

In mijn uiteenzetting over Buys zal ik betogen dat de formaliserende tendens die door Buys werd ingezet zijn culminatie pas bereikte in het werk van J.A. Loeff, die in 1887 bij Buys promoveerde en in 1905 als Minister van Justitie blijvende faam verwierf met de indiening van zijn wetsontwerp tot regeling van administratieve rechtspraak. Buys' staats- en rechtsleer is lang niet zo formeel van aard als die van Loeff; in zijn rechtsdenken bleven, naar ik zal betogen, enkele organische elementen bewaard die zich onder andere vertaalden in zijn stellingname over onafhankelijke bestuursrechtspraak. Ik licht dat hieronder toe. Daarna sluit ik af met een epiloog waarin ik kort uiteenzet waarom een juist inzicht in de ontwikkeling van de negentiende-eeuwse en vroeg-twintigste-eeuwse ideeënstrijd over onafhankelijke bestuursrechtspraak nog steeds relevant kan zijn voor huidige discussies over de organisatie van de bestuursrechtspraak. Daarbij zal ik met name ingaan op een debat dat in Nederland ontbrandde naar aanleiding van een cryptische passage in het regeerakkoord uit 2012 dat leidde tot het huidige kabinet-Rutte II. Naar ik zal betogen wordt de discussie over de organisatie van de bestuursrechtspraak ook heden ten dage nog voor een belangrijk deel bepaald door een dialectiek van staats- en rechtsopvattingen die het debat op zijn minst reeds sinds 1815 voortdrijft.

2. De “jonge Buys”

Vooraf in de tweede helft van de negentiende en in de vroege twintigste eeuw stond de Nederlandse academische wereld sterk onder invloed van de Duitse; het werk van Buys vormt daarop geen uitzondering. In de jaren zestig van de negentiende eeuw omarmde hij, als jonge hoogleraar, vooral de organische visie op het recht en de staat van voorgangers als Hegel en Stahl; daarnaast voelde de jonge Buys zich vooral aangetrokken tot het conservatieve liberalisme van Thorbecke, die volgens Huizinga als geen van zijn landgenoten “*diep in den Duitschen geest [was] doorgedrongen*”.¹ In het uitvoerige “levensbericht” bij zijn overlijden in het jaarboek van de Koninklijke Nederlandse Akademie voor Wetenschappen (KNAW) van 1893 door de Utrechtse historicus H.P.G. Quack (1834-1917) komt Buys' aan-

¹ HUIZINGA, “Duitschland's invloed”, 184.

vankelijke affiniteit met Thorbecke uitgebreid ter sprake. “*In Buys’ werkkamer*”, schrijft Quack, was “*Thorbecke’s gipsen statuette, ernstig en stroef*”, het enige sieraad. “*Klemmend*”, schrijft Quack, pleegde Buys te gewagen van Thorbeckes “*grootte verdiensten voor het vaderland*”. De identificatie met Thorbecke ging zelfs zo ver, dat Quack sterk vermoedde dat Buys het politieke spoor van Thorbecke weldra zou volgen:

*“Dikwijls dacht ik toen – en ik was waarlijk niet de eenige – dat in Buys de opvolger van dien Thorbecke misschien later zou oprijzen”.*¹

Alle bewondering ten spijt bleef Buys de academie echter trouw. Na een korte periode als ambtenaar werd hij in 1862 hoogleraar in Amsterdam; na twee jaar verruilde hij zijn hoogleraarschap aldaar voor een benoeming in Leiden, waar hij tot zijn dood zou blijven.

De bewondering van “de jonge Buys” voor Thorbecke komt ook in Buys’ vroege geschriften naar voren. In de rede waarin hij zijn hoogleraarschap in Amsterdam aanvaardt, onderschrijft hij bijvoorbeeld Thorbeckes concept van de constitutionele regeringsvorm, die hij omschrijft als een “*regering van belanghebbenden*”.² Evenals Thorbecke beschouwt Buys de constitutionele monarchie als de “*alleen praktisch mogelijke*” staatsvorm.³ Net als voor Thorbecke is het voor de invoering van het algemeen kiesrecht voor Buys echter nog te vroeg; de onbemiddelde burger zou daarvoor voorlopig nog de “*politieke fijngevoeligheid*” missen die voor het maken van een verantwoorde keuze zou zijn vereist. In het verlengde daarvan is Buys bevreesd voor de invloed van politieke partijen, die “*meer op het cijfer der volgelingen*” gericht zouden zijn dan op de zuiverheid van het parlementaire debat.⁴ Minder ontwikkelde burgers zouden tegen de retoriek van de partijen niet zijn opgewassen, omdat het hun nog zou ontbreken aan een zelfstandig oordeel. Evenals Thorbecke is Buys wat de toekomst

¹ QUACK, “Levensbericht”, 20.

² BUYS, “*Het wezen*”, 449.

³ *Ib.*, 448.

⁴ *Ib.*, 459: “*De politieke partij heeft hare leus, haar stelsel, haar geloofsbelijdenis; zij heeft hare waarheid gevonden en die te doen zegevieren is haar doel. Kan het anders of in den strijd om die zege moet er soms meer worden gelet op het cijfer der volgelingen dan op hunne drijfveren, meer op getalssterkte dan op de warmte van overtuiging*”.

betreft echter hoopvol gestemd. Daarbij gaat hij ervan uit dat *“het zelf regeren den mensch ontwikkelt”*. Op die manier zou de constitutionele regeringsvorm *“het middel van zijne eigen volmaking”* reeds in zich dragen; de komst van het algemeen kiesrecht beschouwde hij dan ook, net als Thorbecke, als slechts een kwestie van tijd.¹

De rede waarmee Buys twee jaar later het hoogleraarschap in Leiden aanvaardde, is filosofischer van aard. Op die manier wordt duidelijk dat Buys' aanvankelijke bewondering voor Thorbecke niet alleen diens visie op de constitutionele staat betrof, maar ook de door Thorbecke omarmde wijsgerige grondslagen daarvan. Evenals Thorbecke en Hegel beschouwt Buys de moderne staat als de organische uitkomst van een historisch proces waarin langzaam progressie is geboekt.² Zijn sterk generaliserende en schematische analyse, die met objectieve geschiedschrijving weinig te maken heeft, vertoont daarbij vooral opmerkelijke overeenkomsten met de *“Bewegung des Geistes”* zoals die zich volgens Hegel in de *“Weltgeschichte”* openbaart.³ Evenals Hegel ziet Buys in de antieke *“oostersche theocratieën”* een treurig beginpunt, ten opzichte waarvan *“het ontwakend subjectief gevoel”* van de Grieken een *“magtige vooruitgang”* zou hebben betekend. De Grieken vestigden volgens Buys een *“staatswezen”* dat *“op de zelfstandigheid van het aardse leven [was] gebouwd”*; omdat zij in Buys' ogen het staatsgezag niet langer uitsluitend religieus funderden zouden zij als eersten een *“levendig besef van de menselijke persoonlijkheid”* hebben gehad. Hoewel het hier *“misschien de belangrijkste schreden voorwaarts”* zou betreffen die *“de beschaving immer heeft gedaan”*, is de synthese tussen het particuliere en het algemene volgens Buys daarmee nog lang niet voltooid. Bij de Grieken lag de nadruk

¹ *Ib.*, 454: “[Z]elfregering is [...] de voorwaarde, welke de constitutionele staatsvorm voor zijne vruchtbare toepassing stellen moet. Hij draagt het middel van zijne eigen volmaking met zich. Zoo ergens dan past hier het motto: *Vires acquirit eundo*”.

² BUYS, “Het moderne staatsbegrip”, 195-196: “Het vraagstuk van de verhouding tussen staat en individu kan alleen daar oprijzen waar beiden in hunne volle beteekenis worden gehuldigd: de staat als het overal doordringend dwingend gezag, dat in naam van het algemeen belang aan individuele willekeur perken stelt; het individu als de vrije persoon, wiens ontwikkeling niet alleen het doel is van eigen streven, maar ook het laatste doel van staatsbemoeijning en die zonder vrijheid van beweging in geen geval dat doel bereiken kan”.

³ Zie o.a. HEGEL, *Grundlinien*, 503 (§341) e.v. De meest uitgebreide versie van Hegels visie op de ontvouwing van de geschiedenis is te vinden in HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, dat er geheel aan is gewijd.

daarvoor nog te eenzijdig op het collectief. Wat de Grieken wilden, schrijft Buys, was *“niet vrijheid in de stad, maar van de stad”*. Aldus zouden de Grieken slechts zijn uitgegaan van de *“zamengestelde persoonlijkheid”* van de polis; individuen zouden daarbij slechts hebben gegolden als de *“bouwstof, welke eerst door hare betrekking tot het groote geheel [...] zin en beteekenis verkrijgt”*.¹

Anders dan de Grieken hebben de Romeinen volgens Buys *“de waarde van het individuele leven [niet] voorbijgezien”*. Integendeel: in navolging van Hegel ziet Buys de door de Romeinen gevestigde publieke orde als weinig meer dan een doorzichtig omhulsel van het recht van de sterkste. Van een daadwerkelijke scheiding tussen privaat- en publiekrecht was volgens Buys bij de Romeinen daarom nog geen sprake. Waarlijk privaatrecht omvat volgens Buys de wederzijdse erkenning van natuurlijke rechtssubjecten als elkaars gelijken. Van een dergelijke privaatrechtelijke orde was binnen de Romeinse staat nog geen enkele sprake; het publieke gezag werd door de Romeinen volgens Buys nog niet gezien als een middel om onderlinge gelijkheid te vestigen, maar slechts als een *“werktuig tot verhoging van individuele kracht”*, waarmee anderen (zoals uitheemse volkeren en slaven) konden worden onderworpen. Met andere woorden: in Buys' ogen bood de Romeinse staatsinrichting weliswaar ruimte voor individuele ontplooiing, maar vergat zij een einde te maken aan private afhankelijkheidsverhoudingen die niet op werkelijk recht, maar slechts op het recht van de sterkste waren gebaseerd. Waarlijk *“objectief regt, dat voor buiten den wil van beiden bestaande en voor beiden bindend”* is, bestond volgens Buys bij de Romeinen nog niet. Wat ontbrak was *“een zelfstandige moraal”*, zodat de Romeinen evenals de Grieken vreemd bleven aan een rechtsopvatting waarin het recht *“ten slotte eene zuiver morele kwestie is”*.²

Pas met de opkomst van het Christendom, stelt Buys, brak de idee van de *“algemeene menschenwaarde”* door, die volgens Buys voor de *“juiste bepaling van staatsrecht naast algemeen menschenregt”* de centrale maatstaf dient te zijn.³ In de katholieke middeleeuwen leidde die doorbraak volgens Buys nog niet tot staatkundige verbetering;

¹ Buys, “Het moderne staatsbegrip”, 196.

² *Ib.*, 197.

³ *Ib.*, 198.

daarvoor leed men aanvankelijk nog te veel aan een *“geringschatting van het aardse”* die zou hebben voorkomen dat de Roomse kerk ruimte bood aan de ontwikkeling van het individu als *“vrije persoonlijkheid”*. De waarde van elk afzonderlijk individu bleef binnen de katholieke leer volgens Buys op die manier een academische kwestie, die in de praktijk niet nader werd vertaald in zelfstandige beschikingsmacht. Die leer openbaarde zich in staatkundige theorieën volgens welke individuen nog altijd golden als *“bouwstoffen”*, dit keer weliswaar voor *“een gothischen en niet meer van een griekschen tempel, maar in elk geval bouwstoffen, werktuigen voor een doel dat buiten hen lag”*.¹ In die situatie kwam volgens Buys pas verandering toen *“het Christendom”* in *“het Germanisme”* *“een zeer sterken bondgenoot”* vond. De Germanen, schrijft Buys, waren *“even eenzijdig in [hun] opvatting van de vrije persoonlijkheid”* als de Grieken en katholieken in hun nadruk op het belang van het collectief. Van oudsher hechtten de Germanen slechts belang aan de handhaving van hun *“persoonlijke soevereiniteit”*; in een *“zamensmelting tot één groot geheel”* zagen zij oorspronkelijk *“zoo al niet een dadelijk verbeurdverklaren, dan toch een bedreigen van die soevereiniteit”*. Pas in de reformatie openbaart zich volgens Buys de zamensmelting van *“twee eenzijdige beginselen”* tot een *“harmonisch geheel”*, waarbij het vrijheidslievende *“Germanisme”* en het *“Christendom”* elkaar uiteindelijk vonden in een synthese waarbinnen zij langer niet als tegengestelden, maar juist als elkaars natuurlijke complement konden worden gezien.²

Het is op die manier duidelijk dat Buys' historische schets van de totstandkoming van de moderne staat een uitgesproken hegeliaans stempel draagt. Germanen en *“Romanen”* (zoals Buys katholieken aanduidt) stonden volgens Buys aanvankelijk *“tegenover elkander, beide even eenzijdig”*. Geen van beiden verdedigden volgens Buys *“een volledig beginsel”*; de kracht van de een was de zwakte van de ander. Zonder overkoepelend publiek gezag bleven de Germanen verstoken van *“overwegende invloed op de wereldgebeurtenissen”*; zonder de *“kracht van staatseenheid”* is *“duurzame ontwikkeling”* volgens Buys niet goed mogelijk. De *“Romanen”*, daarentegen, kwamen niet tot *“erkenning van [...] zelfstandige individuele regten”* en ontbeerden volgens hem daarom *“de levende kracht”* om *“in de nieuwe wereld”* tot

¹ *Ib.*, 199.

² *Ib.*, 199-200.

wasdom te komen.¹ Deze strenge “*antithesis*” loste zich uiteindelijk op in een “*synthesis*”, die door Buys wordt omschreven als “*den staat, vertegenwoordiger van volkomen eenheid en tegelijk [...] handhaver van de volksvrijheid*”. Waar in de oudheid en binnen de moederkerk “*de orde onbepaald heerschte*” en bij de Germanen juist de onbepaalde vrijheid, zou het synthetische niveau van de staat gericht zijn op “*orde en vrijheid*”.²

De idee van “de staat als kunstwerk”, zoals ontwikkeld door, onder anderen, “*Macchiavelli en Jean Bodin, Hugo de Groot en de romeinsche legisten, Hobbes en Locke*” zette wat Buys betreft in deze ontwikkeling een belangrijke stap voorwaarts. In al hun verscheidenheid delen deze denkers volgens Buys het uitgangspunt dat “*wat de staat is en wat hij vermag alleen van het individu komt*”. “*Aan allen*”, schrijft Buys, “*zweeft het contract voor den geest, ofschoon niet allen die gedachte even duidelijk uitspreken*”; de staat zien zij daarbij in de eerste plaats als een “*werktuig welks vermogen aan het menschelijk vermogen is ontleend*”.³ De visie op de staat als “*een menschelijke schepping, een kunstproduct*”, waarin het “staatsdoel” geheel wordt gevormd door hetgeen individuen “*in abstracto*” hebben vastgesteld, slaat volgens Buys evenwel te weinig acht op de “*eigenaardigheden van de menschelijke natuur*”. Aldus trokken de contractsfilosofen in Buys’ ogen al snel allerlei “*eenzijdige en absolute conclusieën*” die uiteindelijk leidden tot het verwoestende geweld van de “*fransche onwenteling*”. “*Zonder eerbied voor het werk der natuur*”, schrijft Buys, “*wilde men elken staat den gevonden maatstaf aanleggen en meêdoogeloos weggappen al wat die maatstaf buitensloot*”. Slechts een enkeling zag in dat staten en individuele rechtssubjecten niet alleen gebonden zijn aan regels die zij zichzelf hebben opgelegd, maar bovendien aan een algemene, op organische wijze in de geschiedenis en de cultuur gefundeerde “*zedelijkheid*” die daar nog bovenuit gaat.⁴

Na de Franse revolutie begreep men echter “*wat eene staatsmagt betekent, die zich door geen grenzen gebonden acht*”.⁵ Volgens Buys aanvaardde de filosofie in “*de achttiende eeuw [...] eene reuzentaak, zon-*

¹ *Ib.*, 200.

² *Ib.*, 201.

³ *Ib.*, 202.

⁴ *Ib.*, 203.

⁵ *Ib.*, 205.

der te onderzoeken of hare krachten berekend waren voor die taak”.¹ “Geen groter vijand van de revolutie dan de natuur”,² stelt Buys – en juist aan de natuurlijke menselijke toestand als “politiek wezen” (*dzōion politikon*) deed de verlichtingsfilosofie in zijn ogen sterk afbreuk. Verlichtingsfilosofen als Kant en Rousseau, stelt Buys kernachtig, waren zo hoogmoedig zich te eenzijdig te richten op de beantwoording van de vraag “wat de staat in abstracto behoort te zijn”, waarbij zij ten onrechte vergaten “in het wezen van het bestaande zelf naar een maatstaf te zoeken”.³ Opgeschrikt door het revolutionaire geweld zagen denkers als Hegel en Thorbecke vervolgens in, dat men opnieuw “de weg der ervaring” diende in te slaan, die volgens Buys uitwijst dat de mens van nature een “gezellig” wezen is, dat wil zeggen een wezen “dat daar het buiten de maatschappij nimmer is waargenomen ook daar buiten niet kan worden gedacht”.⁴

Evenals Hegel en Thorbecke gaat Buys daarmee uit van de gedachte dat de staat en het recht nooit alleen kunnen berusten op de autonomie van atomair bestaande individuen. “Individu en staat”, schrijft Buys, verhouden zich tot elkaar als “een schelpdier tot zijn schelp, die met elkander geboren worden en opgroeijen”.⁵ De idee van de staat als kunstwerk, in het leven geroepen door losse individuen, wordt door Buys weggewimpeld als een “onhistorisch feit als uitgangspunt van de geschiedenis”. Wie zich wenst te ontwikkelen tot volwaardig individu, kan dat in Buys’ ogen alleen wanneer hij onderdeel uitmaakt van een publiek samenlevingsverband dat niet kan worden geconstitueerd door middel van individuele wilsuitingen, maar rechtstreeks voortkomt uit de menselijke natuur, die zou maken dat staten ontstaan “waar mensen ook zamenkomen”.⁶ Reeds Aristoteles, merkt Buys op, bewandelde die redeneerweg, waarbij hij “waarheden [vond] welke men sedert maar al te veel uit het oog verloor”.⁷ Volgens Buys leidde de miskennis van Aristoteles’ visie op de mens als gemeenschapswezen

¹ *Ib.*, 203 resp. 215.

² *Ib.*, 214.

³ *Ib.*, 206.

⁴ *Ib.*, 207.

⁵ *Ib.*, 207.

⁶ THORBECKE, *Bedenkingen*, 30.

⁷ BUYS, “Het moderne staatsbegrip”, 206-207. Cf. ARISTOTELES, *Politica*, 1251a-1252b, waar Aristoteles zijn befaamde notie van de mens als *politikon dzōion* (“politiek wezen”) uiteenzet.

tot allerlei onjuiste en zelfs gevaarlijke “*vooropgestelde theorieën*”, die voor een verklaring van het werkelijke leven tekortschieten.¹

In zijn vroege werk beschouwt Buys de staat dus niet als “*kunstwerk*”, maar (met, onder anderen, Hegel en Thorbecke) als “*levend organisme*”. De staat is volgens Buys geen “*werktuig*”; als uitingsvorm van de goddelijke schepping ziet Buys de staat in navolging van Thorbecke in de eerste plaats als een “*doel*” op zich. Wanneer de mens het staatsorganisme aan zijn belang dienstbaar wenst te maken, geldt “*dezelfde voorwaarde waarop alle natuurkrachten te zijner beschikking staan, de voorwaarde dat hij, mensch, zich onderwerpe*”.² Net als Hegel en Thorbecke betoogt Buys daarbij, dat van een inperking van menselijke vrijheid in het geval van zo’n onderwerping nooit sprake kan zijn. De staat is volgens Buys een “*goddelijke gedachte, maar eene gedachte welke de mensch verwezenlijkt, welke hij moet verwezenlijken, omdat hij mensch is*”. In gemeenschap met anderen wordt de mens volgens Buys “*het edelste en het volkomenste*”; een natuurlijk, door god gegeven menselijk streven zou daarom gericht zijn op de staat als “*meest volkomen gemeenschap*”.³

3. De “oude Buys”

Getuige zijn uitgebreide bericht ter nagedachtenis van Buys in het KNAW-jaarboek uit 1893 moet de Utrechtse historicus H.P.Q. Quack (1834-1917), die gedurende Buys’ gehele academische loopbaan met hem bevriend was,⁴ dit alles hoofdschuddend hebben aangehoord. “*Ik geloof niet*”, schrijft hij naar aanleiding van Buys’ rede, “*dat de hoofdstelling, die in dat opstel wordt uitééngezet, te weten, dat de staat een levend organisme is, nog altijd door de mannen van het vak als een bruikbare formule wordt beschouwd*”. Naar Quacks mening smaakte Buys’ Leidse oratie te veel “*naar de lezing der vele Duitsche boeken, die Buys tijdens zijn professoraat te Amsterdam voor het eerst had doorgeworsteld*”.⁵ Met vreugde meldt Quacks vervolgens, dat Buys kort na zijn benoeming in Leiden een “*geheel nieuw hoofdstuk van zijn leven*”

¹ *Ib.*, 207.

² *Ib.*, 208.

³ *Ib.*, 209.

⁴ QUACK, “Levensbericht”, 20: “*Ik zelf leerde hem in 1860 kennen*”.

⁵ *Ib.*, 26.

opende, waarin “*het zoeken en het worstelen voor hem voorbij was*”.¹ En inderdaad: het aanvankelijk sterk hegeliaans gekleurde Thorbeckianisme van Buys zou zich in het eerste decennium van zijn Leidse hoogleraarschap sterk wijzigen.

Zo wijkt de toon van een rede uit 1874, waarin hij de studenten van een Leids genootschap met de naam “*Doctrina*” toesprak, sterk af van die van zijn oraties. Van Buys’ opvatting van de staat als hoog geëvolueerd organisch wezen, dat zich meer ontwikkelt naarmate het zijn leden vrijheid gunt, is niets meer over. In plaats daarvan lijkt Buys terug te grijpen op de humanistische traditie volgens welke de staat wordt opgevat als artificiële uitweg uit de woeste natuur, waarin de mens in zijn eentje niet zou kunnen overleven. Van organische harmonie is dan ook geen sprake meer; de toepasselijke titel van Buys’ rede luidt dan ook “*De strijd tusschen staat en maatschappij*”. In het voetspoor van illustere voorgangers als Hobbes en Rousseau benadrukt hij op die manier, dat het behoud van het staatskunstwerk ten opzichte van de woeste maatschappij een voortdurend gevecht vereist. Aldus maakt Buys’ organische staatsleer plaats voor een dualistische opvatting waarin staat en maatschappij als strikt onderscheiden elementen worden gezien; om tot de “*juiste waardering der begrippen van Staat en Maatschappij*” te komen is Buys naar eigen zeggen het meest schatplichtig aan Rudolf von Gneist en de Duitse staatsfilosoof Lorenz von Stein (1815-1890).²

Dat Buys in zijn rede uit 1874 een heel nieuwe weg inslaat, komt meteen scherp naar voren bij de aanvang van zijn uiteenzetting. “*Eerzuchtig bij uitnemendheid*”, schrijft hij, “*streeft de mensch naar volkomen heerschappij over de uitwendige wereld; maar aan eigen krachten overgelaten, is alles wat zijn streven kan uitwerken: diepe armoede*”. “*De mens is vrij geboren, maar alom geketend*”, schreef Rousseau ter opening van zijn *Du contrat social*; in een staatloze toestand (“*l’état de nature*”) kan hij de wereld niet naar zijn hand zetten, maar is hij gebonden aan een “*droit du plus fort*” binnen pri-

¹ *Ib.*, 27.

² BUYS, “De strijd tusschen staat en maatschappij”, 509 e.v. Cf. bv. VON STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung*, xliii: “*Inhalt des Lebens der menschlichen Gemeinschaft [sollte] ein beständiger Kampf des Staats mit der Gesellschaft, der Gesellschaft mit der Staat sein*”.

vate afhankelijkheidsverhoudingen.¹ Buys' woorden kunnen worden gelezen als een variant op die woorden: zonder staat is de mens gebonden aan allerlei gebreken waaraan hij zich in zijn natuurlijke individuele vrijheid niet kan onttrekken. De oplossing zou liggen "in de veelheid der menschen: deze maakt de verwezenlijking van het trotsche streven mogelijk, maar op één voorwaarde, namelijk deze, dat de veelheid georganiseerd, dat wil zeggen gemeenschap, Staat zij, want zonder dat zou men in de wereld slechts eene eindeloze herhaling zien van de individueele armoede". De industrialisatie heeft volgens Buys geleid tot een maatschappelijke "ordering van afhankelijkheid" waarin kleine werklieden in toenemende mate verstrikt dreigen te raken.² Steeds meer is de mens "in den regel geen meester van zijne wereldschse loopbaan, maar deze omgekeerd meester van hem".³ Het enige dat tegenwicht kan bieden, is volgens Buys de abstractie van de staat.

Het veranderde gezichtspunt van Buys lijkt op die manier samen te hangen met wat vrij algemeen wordt aangeduid als de "sociale kwestie".⁴ Evenals veel andere liberalen ontwikkelde Buys in het laatste kwart van de negentiende eeuw steeds meer oog voor de ellendige omstandigheden waarin de maatschappelijke onderklasse veelal verkeerde. De nieuwe bekommernis van de liberalen met landlopers en proletariërs kwam niet *per se* voort uit sociale bewegendheid, maar berustte ten minste deels ook op welbegrepen eigenbelang. De zorg van veel liberalen ging met name uit naar de verpaupering van de steden, die door velen als een ernstig risico voor de algehele maatschappelijke welvaart, de volksgezondheid en de stabiliteit van het politieke stelsel werd aangemerkt.⁵ Tegen die achtergrond ontwikkelde Buys steeds meer oog voor "den steunenden, helpenden, voortdrijvenden staat", waarbij hij de laatste voortaan niet langer zag als een organische, alomvattende entiteit, maar als een artificieel

¹ ROUSSEAU, *Du contrat social* 1.1: "L'homme est né libre et partout il est dans les fers".

² BUYS 1895, p. 512: "[D]e ordering van de menschelijke gemeenschap, zooals de goederenwereld die scheidt, is eene ordering van afhankelijkheid: de werkman, die tot vruchtbaare arbeid de stof behoeft, maar die stof slechts in beperkte hoeveelheid op de wereld aantreft, hangt af van den eigenaar van die stof, van den kapitalist".

³ BUYS, "De strijd tusschen staat en maatschappij", 512.

⁴ Zie, onder veel meer, DE SWAAN, *Zorg en de staat*; ÉWALD, *L'état providence*; SCHWITTERS, *De risico's van de arbeid*.

⁵ Zie o.a. DE SWAAN, *Zorg en de staat*, 129 e.v.

construct waarmee de woeste burgerlijke maatschappij beteugeld dient te worden.¹

In de maatschappij, stelt Buys, zal het individu zo veel mogelijk andere individuen tot afhankelijkheid trachten te dwingen; slechts "*eigenbelang*" zou daarbij de "*drijfkracht*" zijn. Niet anders dan Rousseau redeneert Buys op die manier dat in een ongereguleerde maatschappij slechts de heerschappij van het "*droit du plus fort*" geldt, waarbij individuele rechtssubjecten slechts schijnbaar vrij zijn, maar in werkelijkheid worden geketend door onontkoombare private afhankelijkheidsverhoudingen. Slechts het kunstwerk van de staat, door Buys aangeduid als een "*tot persoonlijke eenheid verheven wilsgemeenschap van alle individuen*", zou verlossing kunnen brengen. Van een harmonische synthese tussen staat en maatschappij, zoals in Buys' Leidse oratie uit 1864, is dus geen enkele sprake meer; in plaats daarvan staan staat en maatschappij in volstrekte antithese. "*Waar de Staat eenheid predikt*", stelt Buys, "*predikt de Maatschappij scheiding*".² En terwijl de maatschappij volgens Buys "*overhelt tot onvrijheid*" en afhankelijkheid, is in zijn ogen "*voor den Staat [...] elk individu aan alle andere individuen gelijk en vrij*".³ De boodschap die Buys heeft voor zijn gehoor van Leidse studenten laat zich dan ook raden. Voor de staat, "*van alle kanten door de Maatschappij besprongen*", voorziet Buys een "*strijd, zoo bitter en zoo grootsch, als noch wij noch onze voorvaderen kenden*". In deze strijd tegen de maatschappij dienen zijn studenten volgens hem de "*banierdragers*" van de staat te zijn. "*Grijpt die banier met gespierde vuist en klemt ze vast in Uwe vingeren [...]; want, weet het wel, de banier van den Staat zij is ook de banier van de vrijheid*".⁴

Wat stelt Buys zich bij de strijd tussen staat en maatschappij nu precies voor? Volgens Buys zal de staat, die immers vrijheid en gelijkheid nastreeft, erop gericht zijn de sociale kwestie in goede banen te leiden. Om te "*doen wat in zijn vermogen ligt om de lagere klassen op te heffen*"⁵ heeft hij als organen echter mensen nodig. De staat "*is immers geen mensch van vleesch en bloed, maar een abstractie*". Het

¹ QUACK, "Levensbericht", 26.

² BUYS, "De strijd tusschen staat en maatschappij", 512.

³ *Ib.*, 513.

⁴ *Ib.*, 538.

⁵ *Ib.*, 514.

gevaar is nu, dat de mensen die zijn organen bemannen *“in de Maatschappij te huis behooren en van daar hunne belangen, neigingen en inzichten medebrengen”*. Van die zwakte van de staat zou de *“heerschende klasse”*, die bij het opheffen van de lagere klassen geen belang denkt te hebben, graag gebruik willen maken. *“Om het gevaar te keren dat haar dreigt”*, stelt Buys, *“tracht zij voor zich zelve alleen meesteresse te worden van het staatsgezag”*.¹ Behalve op de herrijzenis van oude feodale figuren als *“monopoliën en privilegiën”* zal haar streven daarbij binnen een constitutionele monarchie vooral gericht zijn op een strenge census, die het kiesrecht ontoegankelijk maakt voor de *“middenklassen”*. Omgekeerd wijst Buys ook op de gevaren van *“sociale revolutie”*, die als gevolg zou hebben dat ook de *“verongelijkte klasse”* een deel van de zeggenschap over het staatsgezag opeist.² Wie op *“stoffelijk gebied”* echter afhankelijk is, kan volgens Buys nooit tot een verantwoord zelfstandig oordeel komen; de benodigde *“geestelijke ontwikkeling”* zou hem daartoe ontbreken. Hoe dan ook: zowel de *“heerschende”* als de *“verongelijkte”* klasse is vast verankerd in de maatschappelijke werkelijkheid; zodra zij het staatsgezag belichamen, brengt dat volgens Buys met zich mee, dat de staat in de praktijk wordt bestuurd door *“mensen, die hunne plaats innemen in eene Maatschappij, welke het belang tot levensbeginsel heeft”*.³

Hoe zou het kunstwerk van de staat nu zo veel mogelijk van al deze particuliere belangen kunnen abstraheren? Met andere woorden: hoe te waarborgen, dat de *“levende mensen, organen van dien abstracten rechtspersoon, welken wij Staat noemen, het recht van den Staat, hun in het algemeen belang ter uitoefening opgedragen, werkelijk zoo gebruiken als dat algemeen belang eischt”*?⁴ Ter beantwoording van die vraag legt Buys zijn studenten de hoofdgedachte voor van von Gneists toen pas verschenen boek *Der Rechtsstaat* uit 1872, waaruit niet alleen Buys, maar ook tal van andere Nederlandse juristen veel inspiratie zouden putten.⁵ Evenals von Gneist had Buys het idee dat

¹ *Ib.*, 515.

² *Ib.*, 518.

³ *Ib.*, 515.

⁴ *Ib.*, 525.

⁵ Cf. bijvoorbeeld VAN DER HOEVEN, *De drie dimensies*, 114: *“Daar ongeveer alle discussianten zich ter toelichting van hun zeer uiteenlopende opvattingen op dezelfde buitenlandse schrijvers, vooral op Gneist, beriepen, is het debat niet steeds makkelijk te volgen”*.

vermenging van staat en maatschappij in een systeem van “*self-government*”, waarin publieke taken voor een groot deel door de gegoede burgerij worden verricht, tot op grote hoogte zou kunnen worden voorkomen. De taakverdeling zou in zo’n systeem duidelijk zijn: de staat beperkt zich in beginsel tot het uitvaardigen van algemene regels; waar mogelijk laat het de uitvoering van die regels vervolgens over aan de vrije maatschappij. Aan de heerschappij van de staat als algemene wilsgemeenschap zou daarmee zo goed als mogelijk vorm kunnen worden gegeven. In door Buys verafschuwde staatsystemen als de democratie, waarin slechts de “*volonté de tous*” zou gelden, of de ongecontroleerde hobbesiaanse autocratie, waarin de heerser in de praktijk slechts zijn eigen belang zal najagen, heerst volgens hem de maatschappij over de staat. Wanneer de staat echter “*heer en geen dienaar*” wil zijn, geeft hij de wet “*zoo goed hij die geven kan*”, daarbij geholpen door “*de beste politieke elementen van het land*”. Wanneer de wet dan eenmaal is gegeven, dient deze te gelden als de “*souverein die allen dienen: én vorst én volk, én hoog én laag*”.¹

4. Buys over administratieve rechtspraak

Welke plaats komt binnen Buys’ systeem van “*selfgovernment*” nu toe aan rechtspraak? In zijn rede over de “*strijd tussen staat en maatschappij*”, waarin hij zijn studenten slechts enige “*kennis der beginzelen*” wilde bijbrengen, laat Buys hierover weinig los.² In enkele stukken uit de jaren tachtig en vroege jaren negentig van de negentiende eeuw is Buys echter veel concreter. In zijn uitgebreide commentaar op de grondwet dat verscheen tussen 1884 en 1887 betoont hij zich een fervent voorstander van onafhankelijke bestuursrechtspraak; daarbij bepleit hij een systeem waarin de toetsing van het bestuur niet aan de gewone rechter wordt overgelaten, maar aan een speciaal daartoe op te richten onafhankelijk college.³ Met dit pleidooi, dat hij

¹ Buys, “De strijd tusschen staat en maatschappij”, 529.

² *Ib.*, 536: “Het doel van mijne uiteenzetting ware zeker volkomen gemist, wanneer ik bij het afscheid nemen de vraag op Uwe lippen achterliet: waartoe moet dit nu alle dienen?”.

³ Zie o.a. BUYS, *De Grondwet*, 122, waar hij een zelfstandige administratieve rechtsmacht aanduidt als “eene van de meest gezegende vruchten, welke de eerst aanstaande grondwetsherziening brengen kan”.

ook elders hield,¹ zou Buys een invloedrijke stem hebben in de discussie die uiteindelijk leidde tot de grondwetswijziging van 1887, waarbij onafhankelijke bestuursrechtspraak voortaan mogelijk werd gemaakt.²

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.³ In tegenstelling tot zijn mede-preadviseur Van Houten, die administratieve rechtspraak wilde onderbrengen bij de gewone rechter,⁴ herhaalt Buys daarin zijn eerder uiteengezette pleidooi voor een bijzonder onafhankelijk college. Volgens hem zou dat college minder geneigd zijn de hem voorgelegde problemen te bezien met een “*burgerlijk rechtsoog*”, dat volgens Buys veel te veel gericht zou zijn op rechten en belangen van individuen. Een bijzonder college dat bestaat uit leden die ervaring hebben met het overheidsbestuur zou de blik daarentegen eerder richten op het algemeen belang, dat in administratieve zaken altijd het centrale uitgangspunt zou moeten zijn.⁵

Hoe verhoudt Buys' visie op administratieve bestuursrechtspraak zich nu tot zijn ideeën over de verhouding tussen de staat en de maatschappij? Zoals hierboven uiteengezet kunnen we hierbij onderscheid maken tussen een “jonge” en een “oude” Buys. Terwijl de jonge Buys het constitutionalisme nog zonder reserves omarmde en evenals Thorbecke het algemeen kiesrecht in het verschiep zag liggen, is de oude Buys over het functioneren van de constitutionele staatsvorm veel sceptischer; met name is hij bevreesd voor de heerschappij van het volk, die volgens hem met zich mee zou brengen dat de “*maatschappelijke drijfkracht*” van het particuliere belang voortaan ook de organen van de staat zou doordringen. En waar de jonge Buys de staat in navolging van Hegel en Thorbecke beschouwt als organisme, dat hoger kan evolueren naarmate zijn leden zich in de maatschappij

¹ Cf. bijvoorbeeld BUYS, “De administratieve rechtspraak en de Grondwetsherziening”, 53-148.

² Zie o.a. SCHREUDER-VLASBLOM, *De macht der kritiek*, 75 e.v.; VAN DER HOEVEN, *De drie dimensies*, 98-99.

³ BUYS, “De regeling der administratieve rechtspraak”, 65-135.

⁴ VAN HOUTEN, “Op welke grondslagen”, 47-64.

⁵ BUYS, *De Grondwet*, 337. Cf. PIETERMAN, *De plaats van de rechter*, 153.

vrijelijk kunnen bewegen,¹ ziet de oude Buys de staat eerder als een artificieel construct dat als enige in staat is de wilde, door het recht van de sterkste geregeerde maatschappij in toom te houden. In zijn mooie dissertatie over verschuivende opvattingen over rechtspraak in de negentiende en begin twintigste eeuw merkt R. Pieterman op dat achter de visie op administratieve rechtspraak van de oude, “pessimistische” Buys de jonge, “optimistische” hoogleraar die hij ooit was nog duidelijk herkenbaar is.² Naar mijn mening verdient Pietermans stelling, die hij zelf nauwelijks uitwerkt, navolging en nadere onderbouwing.

Eerst de oude Buys, die niet langer, met Thorbecke, op termijn de invoering van het algemeen kiesrecht voorstond, maar in de democratie nog slechts het gevaar zag van de *“uitoefening van het staatsgezag door de in hare vrije bewegingen volstrekt onbelemmerde maatschappij”*.³ Met typisch negentiende-eeuws *pathos* beschrijft Quack het afgrijzen van de oude Buys voor de democratie als volgt:

“Hij zag de wateren der democratie [...] overal geweldig opzetten in machtige reuzenkracht. Zij naderden daverend, bulderend onze kusten, het schuim der opgeruide baren vloog reeds in vlokken over het strand. Buys zat op de duinen, de borstwering van ons land, te staren naar de ongetemde, verbolgen, donderende golvenreeks, die zich vóór hem uitstreckte”.⁴

Buys' pleidooi voor onafhankelijke administratieve rechtspraak hangt met zijn vrees voor deze *“daverende en bulderende wateren der democratie”* rechtstreeks samen. Van democratische controle op het bestuur verwacht Buys weinig heil. Een stelsel, zoals door sommigen bepleit, waarbij burgers zich met klachten over het bestuur tot de volksvertegenwoordiging zouden moeten wenden, wordt door hem dan ook beschouwd als *“eene loterij, welke, als schier elke loterij, aan slechts enkelen voordeel maar aan de groote meerderheid louter te-leurstelling bereidt”*. Evenmin zou de *“taak van recht spreken”* aan het

¹ THORBECKE, “Over het hedendaagsch staatsburgerschap”, 88: *“Hoe hooger ontwikkeld [het] organisch wezen, des te vrijer de leden”*.

² PIETERMAN, *De plaats van de rechter*, 152: “De wijze waarop [Buys] zijn standpunt uitwerkt, vertoont [...] duidelijke sporen van [zijn] oorspronkelijke optimisme”.

³ BUYS, “Onze aanstaande Reformbill”, 342.

⁴ QUACK, “Levensbericht”, 53.

bestuur zelf kunnen worden overgelaten; een rechterlijk college dat zelf onderdeel is van de regering zal volgens Buys altijd het *“stempel van onvolkomenheid” met zich mee dragen. Buys beschouwt onafhankelijke administratieve rechtspraak daarom als “eene onafwijsbare behoefte, zal onze moderne Staat in waarheid rechtsstaat zijn”*.¹ Dat hij daarmee een ander standpunt inneemt dan de door hem nog altijd bewonderde Thorbecke, die administratieve rechtspraak in de hiërarchie van het bestuur zelf wenst te organiseren, realiseert Buys zich terdege. Toch handhaaft hij zijn standpunt dat de overheid *“in hare geschillen met bijzondere personen”* nooit *“te gelijk rechter en partij”* kan zijn.²

Dat Buys onafhankelijke rechterlijke controle op het bestuur bepleit, wil echter niet zeggen dat hij evenals Van Houten meent dat bestuursrechtspraak bij de gewone rechtbanken moeten worden ondergebracht. Vóór alles staat daaraan volgens hem het *“zeer onderscheiden karakter van publiek- en privaatrecht”* in de weg. *“Het administratieve recht [...] , als deel van het openbare [...] recht, en het privaatrecht”*, schrijft Buys, zijn *“twee zoo uiteenloopende rechtsordeningen, dat zij bij hoogere ontwikkeling elk ook eene bijzondere inrichting van de haar passende rechtspleging behoeven”*. Elk administratief recht is volgens hem *“enkel van den Staat afgeleid en blijft ook van den Staat afhankelijk”*; het leeft daarom in zijn ogen *“alleen door den Staat, in den Staat en met den Staat”*.³ *“Administratieve rechten”* zouden dus niet zijn te beschouwen als *“werkelijke subjectieve rechten”*; zo nodig dienen zij te wijken voor het staatsbelang. Ter vaststelling daarvan is de burgerlijke rechter ongeschikt; zij zijn volgens Buys *“blind voor het feit, dat men in het administratief geschil [...] met geheel andere rechtsverhoudingen te doen heeft dan die, welke in het tusschen civiele partijen bestaan”*.⁴ Het bijzondere karakter van administratieve rechtspraak, waarbij uiteindelijk het algemeen belang centraal staat, zou *“afzonderlijke studieën, voorbereiding en oefening”* vereisen. Door een burgerlijke rechter zou het bijzondere karakter van bestuursrecht-

¹ Buys, *De Grondwet*, 333.

² *Ib.*, 335.

³ *Ib.* 336. Buys laat zich hier nadrukkelijk inspireren de Duitse staatsrechtgeleerde en politicus Johan Caspar Bluntschli (1808-1881), die het bestaan van *“subjektive öffentliche Rechte”* evenzeer sterk afwees.

⁴ Buys, *“De regeling der administratieve rechtspraak”*, 78.

spraak gemakkelijk worden miskend.¹ Liever laat Buys administratieve rechtspraak over aan hen, die “*innig met de administratie vertrouwd*”² zijn “*door persoonlijk en jaren lang in het midden van die zaken te leven*”,³ zodat zij niet alleen over de *rechtmatigheid*, maar ook over de *doelmatigheid* van bestuurshandelingen kunnen oordelen.⁴ In het bijzonder denkt hij hierbij aan de leden van de Raad van State, die op grond van hun adviserende functie over de juiste ervaring zouden beschikken.⁵

Aldus valt in Buys’ pleidooi voor onafhankelijke bestuursrechtspraak niet alleen de sombere stem van de oude Buys te horen, die, uit vrees voor de democratie, het bestuur aan strenge rechtsstatelijke banden wilde leggen. In zijn visie op bestuursrechtspraak klinkt ook de jonge, Thorbeckiaanse Buys nog door. In *afwijking* van Thorbecke stelt Buys weliswaar, dat over administratieve zaken uiteindelijk geoordeeld dient te worden door een onafhankelijke rechter, die op afstand van het bestuur is geplaatst. In *navolging* van Thorbecke meent Buys echter, dat de afstand tussen de administratieve rechter en het bestuur veel kleiner dient te zijn dan in het geval van de burgerlijke rechter. De laatste, die gewend is te opereren binnen de private sfeer van de maatschappij, zou immers te veel geneigd zijn te onderzoeken wat in een particulier geval rechtvaardig is. Een goedgeschoolde administratieve rechter, die ervaring heeft in het openbaar bestuur, zou zich vanuit zijn doorleefde vertrouwdheid met bestuurszaken daarentegen te allen tijde realiseren waar het in het publiekrecht om zou gaan: algemene, van het particuliere geval geabstraheerde toepassing van wat de algemene zedelijkheid en het algemeen belang vereisen.

5. Loeff

In zijn Leidse dissertatie waarop hij in 1887 bij Buys promoveerde, maakt Loeff meteen duidelijk dat hij van de in zijn ogen veel te vage ideeën van zedelijkheidsdenkers als Hegel en Thorbecke niets moet

¹ BUYS, *De Grondwet*, 336.

² BUYS, “De regeling der administratieve rechtspraak”, 82. Zie ook SCHREUDER-VLASBLOM, *De macht der kritiek*, 74.

³ BUYS, *De Grondwet*, 337.

⁴ *Ib.*, 338.

⁵ *Ib.*, 338. Zie ook BUYS, “De regeling der administratieve rechtspraak”, 82.

hebben. “[M]et [...] *justitia*”, schrijft hij in zijn inleidende beschouwingen, “*heeft de jurist niets te maken*”. Met onscherp omlinjnde ideeën over rechtvaardigheid kan de rechtswetenschapper volgens Loeff niets aanvangen: “*hij kan wat zij voorschrijft niet tot een systeem verknedden, 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*”.¹ Aldus kan Loeffs staats- en rechtsopvatting worden gezien als de culminatie van de 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.²

Van een in de cultuur en de geschiedenis verankerde algemene zedelijkheid is Loeffs staats-en rechtsbegrip dan ook 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 “*machtsvolkomenheit*” als enige de mogelijkheid heeft zijn onderdanen plichten op te leggen.³ 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. 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*”.⁴

Karl Larenz zag in dergelijke strikt abstracte rechtsopvattingen slechts “*die endgültige Entfremdung der Rechtswissenschaft von der gesellschaftlichen, politischen und moralischen Wirklichkeit*”.⁵ Daarmee onderkent Larenz mijns inziens echter te weinig dat de positivistische ideeën als die van Loeff en Laband toch ook kunnen wor-

¹ LOEFF, *Publiekrecht tegenover privaatrecht*, 6.

² Cf. bijvoorbeeld VAN DEN BERGE, “Der Staat soll Rechtsstaat seyn”, 82 e.v.

³ LOEFF, *Publiekrecht tegenover privaatrecht*, 7.

⁴ LABAND, *Das Staatsrecht*, dl. 1, ix.

⁵ LARENZ, *Methodenlehre*, 24.

den 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 Kants rechtsleer veelal reduceerde tot een stelsel waarin individuen slechts zijn onderworpen aan de formele juridische regels die zij zichzelf hebben opgelegd.¹

Volgens Loeff hebben publiek- en privaatrecht beide een artificieel karakter; van de idee van een van nature bestaand privaatrecht en een kunstmatig publiekrecht, zoals in de dualistische stelsels van theoretici als von Gneist en von Stein, wil hij niets weten. De gedeelde kunstmatigheid van beide rechtsgebieden wil volgens Loeff echter niet zeggen dat tussen publiek- en privaatrecht 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.² Van publiekrechtelijke subjectieve rechten is daarbij geen sprake; ten opzichte van de staat gelden voor de burger slechts plichten en nooit rechten. Waarom zou de staat, wiens almacht onbeperkt is, aan zichzelf nu desalniettemin wetten

¹ Cf. bijvoorbeeld STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, 348 e.v.

² LOEFF, *Publiekrecht tegenover privaatrecht*, 34.

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 opgezegd niet zelf belichamen. Om in te grijpen in het maatschappelijk leven heeft hij immers “*menschen noodig, feilbare wezens*”, die met elkaar de overheid vormen.¹

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 daarbij volgens Loeff niet ter zake.² Een situatie waarin het bestuur zelf over de rechtmatigheid van zijn optreden mag oordelen, acht hij hoogst ongewenst. Even goed kan men volgens Loeff “*aan den misdadiger de beoordeling [...] overlaten omtrent de straf, die hem behoort te worden opgelegd*”. De beslissing over de vraag of het bestuur de staatswil al dan niet heeft verontachtzaamd, dient in zijn ogen dan ook te worden opgedragen aan een 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*”.³ Om werkelijk rechtsstaat te zijn, stelt Loeff, dient onafhankelijke bestuursrechtspraak daarom 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 privaats- en strafrecht; in administratieve zaken daarentegen dient in hun ogen de algemene zedelijkheid de centrale maatstaf te zijn, waarover het be-

¹ *Ib.*, 34-35.

² *Ib.*, 78.

³ *Ib.*, 79.

stuur 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 bestuursrechters slechts de formeel-cognitieve vereiste van een dubbel doctoraat; behalve in de rechtsgeleerdheid dienen administratieve rechters volgens zijn wetsontwerp ook in de staatswetenschap gepromoveerd te zijn.¹ Aan “doorleefde bekendheid” met onsystematische zaken als “algemene zedelijkheid” hecht Loeff geen enkele waarde. De privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke procedure verschillen volgens Loeff alleen wezenlijk van elkaar doordat de rechter zich in het privaatrecht over een rechtsverhouding zal moeten buigen, terwijl rechtsverhoudingen in het bestuurs- en het strafrecht volgens hem afwezig 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*”.²

Het valt bij dat alles op dat Loeff in zijn ideeën over bestuursrechtspraak niet alleen veel verder gaat dan zijn leermeester, maar ook dan veel van zelfs zijn meest progressieve tijdgenoten. von Gneist, bijvoorbeeld, pleitte evenals Buys voor bestuursrechtspraak waarbij de administratieve rechter “*nach Organisation und Verfahren selbstständig*” zou kunnen opereren. Anders dan Loeff ziet von Gneist bestuursrechtspraak evenwel niet graag ondergebracht bij de gewone rechterlijke macht. In plaats daarvan pleit hij 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.³

Ook in de positivistische staatsleer van Laband valt een dergelijk standpunt te ontwaren. Integratie van bestuursrechtspraak in de ge-

¹ *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, 83-85 (memorie van toelichting).

² LOEFF, *Publiekrecht tegenover privaatrecht*, 67.

³ BÖCKENFÖRDE, “*Entstehung und Wandel*”, 62.

wone rechtelijke macht zou volgens Laband de “*alleinige Hervorhebung des Schutzes individueller Rechte*” in de hand werken.¹ 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*”.² 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 onderdeel uitmaakt van het bestuur zelf.³

6. *One peak or twin peaks?*

Een zorgvuldige analyse van de ontwikkeling van Buys’ ideeën over het recht en de staat in het algemeen en zijn positie in het debat over onafhankelijke bestuursrechtspraak in het bijzonder leert ons op die manier, dat hij in zekere zin kan worden gezien als een verbindende schakel tussen de organische staats- en rechtsleer van Hegel en Thorbecke enerzijds en het formalisme van positivisten als Laband en Loeff anderzijds. Waar Thorbecke vanuit zijn organische leer niets wil weten van onafhankelijke bestuursrechtspraak, is Buys daarvan juist een groot voorstander. Daarbij gaat hij evenwel lang niet zover als Loeff, die het standpunt inneemt dat bestuursrechtspraak ten opzichte van rechtspraak in het straf- en privaatrecht geen wezenlijk eigen karakter heeft en daarom geheel zou moeten worden toevertrouwd aan de gewone rechter. Buys, daarentegen, ziet een stelsel voor zich waarin het bestuur wordt gecontroleerd door een apart op te richten rechterlijk college, dat onafhankelijk opereert maar desalniettemin geen deel uitmaakt van de gewone rechterlijke macht. Als onderdeel van de burgerlijke rechtspraak, meent Buys, kan bestuursrechtspraak niet goed gedijen; daarom bepleit hij een systeem waarin het bestuur wordt gecontroleerd door de leden van de Raad van State, die volgens

¹ SCHEUNER, *Die neuere Entwicklung*, 488.

² LABAND, *Das Staatsrecht*, dl. 3, 378.

³ *Ib.*, 380-381. Vgl. ook MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 63.

hem beschikken over een doorleefde vertrouwheid met het openbaar bestuur.

De achtereenvolgende posities van Thorbecke, Buys en Loeff zijn niet zonder relevantie voor het actuele juridische discours. Zo ontbrandde in Nederland in 2012 een fel debat over een korte en obscure passage in het regeerakkoord VVD – PvdA waarin wordt bepaald dat “[d]e Raad van State wordt gesplitst in een rechtsprekend deel en een advise-rend deel” en dat “[h]et rechtsprekende gedeelte wordt samengevoegd met de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven”.¹ Zoals B.J. van Ettekovén treffend formuleert, 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 volledige integratie van de bestuursrecht-spraak in de gewone rechterlijke macht, met een vorm van cassatie-beroep. Het “twin-peaks-model”, daarentegen, voorziet in een struc-tuur waarin de hoogste Nederlandse bestuursrechters samengaan in één hoogste bestuursrechtelijk hof, dat aldus een “tweede piek” in het stelsel zou vormen naast de Hoge Raad.

In een in allerijl gepubliceerd “*position paper*” wachtte de Raad voor de rechtspraak nadere duiding van de passage door de wetgever niet af, maar sprak hij alvast zijn “uitdrukkelijke voorkeur” uit voor het eenpieksmodel, dat uit rechtsstatelijk oogpunt veel aantrekkelijker zou zijn.³ Inmiddels is echter gebleken dat de regering de Raad hierin niet wenst te volgen. In een brief van 26 juni 2014 lieten de Ministers van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties en Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer weten voornemens te zijn het College van Beroep voor het bedrijfsleven onder te brengen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Alleen wat de Centrale Raad van Beroep betreft, lijkt de Raad voor de Rechtspraak zijn zin te krijgen. Omdat de Centrale Raad vooral “tweepartijbestuursrecht” bestrijkt, waaronder ambtenaren- en socialezekerheidszaken, die volgens de Ministers een “duidelijke verwantschap” vertonen met fis-

¹ *Bruggen slaan, regeerakkoord VVD – PvdA van 29 oktober 2012*, 28; onder andere te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.

² VAN ETTEKOVÉN, “One peak or twin peaks? Het regeerakkoord en de toekomst van de bestuursrechtspraak”, 596.

³ RAAD VOOR DE RECHTSPRAAK, “De organisatie van de bestuursrechtspraak”, 5.

cale en civielrechtelijke geschillen, zou het voor de hand liggen de Centrale Raad te integreren in de gewone rechterlijke macht.¹ Daarmee kiest de regering vooralsnog uitdrukkelijk voor een bepaalde variant van het “*twin-peaks-model*”, waarbij de rechtsprekende taak van de Raad van State behouden blijft. Een belangrijk argument zien de Ministers daarbij in de “aanzienlijk hogere maatschappelijke kosten” die andere varianten met zich mee zouden brengen; vooral de efficiënte werkwijze (met name de “relatief korte doorlooptijden”) van de Afdeling wordt door de Ministers hoog gewaardeerd.

Door de Nijmeegse hoogleraar bestuursrecht R.J.N. Schlössels, die al jaren een “eenpieksmodel” bepleit, is op deze regeringsvoornemens met verbijstering gereageerd.² In zijn ogen behelst het voorstel een halfslachtig compromis dat van geen enkele doordachte visie getuigt.³ 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 doelmatigheidsargument getuigt volgens Schlössels 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. En waarom zou standaardisatie en efficiëntie, voor zover überhaupt te prefereren boven zorgvuldige individuele rechtsbedeling, buiten de Afdeling niet te realiseren zijn? De reeds gedeeltematig tot stand gebrachte integratie van lagere bestuursrechters in de gewone rechterlijke macht bewijst volgens Schlössels dat bestuursrechtspraak daar uitstekend kan gedijen.

Het “afbouwen van het huis”, zoals reeds sinds de jaren tachtig voorzien, ligt in zijn ogen daarom nu voor de hand. Volledige

¹ *Kamerstukken II* 2013-2014, 30 585 L.

² SCHLÖSSELS, *De kracht van gelegenheidsargumenten*, 2125 e.v.

³ *Ib.*, 2126.

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. Nu Straatsburgse rechtspraak heeft geleid tot steeds verdergaande scheiding van rechtspraak en advisering 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 de gespecialiseerde colleges zou kenmerken voorgoed korte metten kan worden gemaakt.¹

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 de 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.² Daarbij benadrukt Schueler in tegenstelling

¹ *Ib.*, 2127-2128. Zie ook SCHLÖSSELS, “Procesrechtelijke osmose”, 712-713.

² SCHUELER, “Een overzichtelijke, onafhankelijke eenheid?”, § 4.1. Zie ook SCHUELER, “Waar zit de bestuursrechter?”, 1458-1461.

tot Schlössels 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. Natuurlijk erkent Schueler dat het rechtsbegrip zich vanaf de tijd van Buys en Loeff enorm heeft verbreed; ook in het straf- en privaatrecht wordt heden ten dage vrij algemeen erkend dat *recht* en *beleid* vaak moeilijk (zo niet onmogelijk) te onderscheiden zijn. Dat betekent volgens Schueler echter nog niet, dat het bestuursrecht ten opzichte van het straf- en privaatrecht niet langer een eigen positie inneemt.

In de jaren tachtig, signaleert Schueler terecht, heerste bij velen groot enthousiasme over hetgeen een onafhankelijke bestuursrechter zou kunnen bereiken.¹ Na de afschaffing van het kroonberoep bleek al snel dat onafhankelijke bestuursrechtspraak allerlei problemen met zich meebrengt waarop niet zo gemakkelijk een antwoord is te vinden. Aan de ene kant ondervond de praktijk van de onafhankelijke bestuursrechtspraak al snel kritiek als die van de werkgroep-Van Kemenade, die in haar geruchtmakende rapport “Bestuur in geding” ernstige zorgen uitsprak over de “juridisering van het openbaar bestuur” die in haar ogen met de invoering van de Awb in een stroomversnelling was gekomen. In de nieuwe situatie is naar haar indruk een “regeldichtheid” 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”.² Doordat de rechter zijn taak te vaak “op een voor het bestuur nadelige wijze uitoefent”³ wordt de “slagvaardigheid van de overheid” ernstig beperkt, met alle nadelige gevolgen voor het algemeen belang 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 in zijn ogen veel te vergaande terughoudendheid in belangrijke mate bij aan het ontstaan van een moderne

¹ Zie SCHUELER, “Een overzichtelijke, onafhankelijke eenheid?”, met verdere verwijzingen.

² WERKGROEP-VAN KEMENADE, *Bestuur in geding*, 2.

³ *Ib.*, 7.

“mechanische mierenmaatschappij” waarin individuele rechtsposities haast vanzelfsprekend het onderspit delven.¹

Naar Schueler betoogt, is in de nieuwe situatie een “gebroken verantwoordelijkheid” ontstaan die uiteenrukt wat voorheen verenigd was.² In zijn analyse is het voor een belangrijk deel de onmogelijke spagaat die de bestuursrechter als gevolg daarvan dient te maken die tot een dergelijke door verschillende kampen gedeelde onvrede heeft geleid. “*Negatieve connotaties die het bestuursrecht aankleven*”, schrijft hij, “*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.

De onmogelijke positie van de bestuursrechter 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.³ 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 rechtspolitiek berust. Op die manier resulteert onafhankelijke bestuursrechtspraak vaak in een omslachtig systeem van “vernietigen en opnieuw voorzien”, waarbij niet de rechter, maar het bestuur in de praktijk vaak het laatste woord heeft.⁴

Veel meer dan voor de burgerlijke rechter, betoogt Schueler daarom, is onafhankelijkheid voor de bestuursrechter “naast een vanzelfsprekendheid ook een probleem”.⁵ Als gevolg van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zijn de tijden van het kroonberoep definitief voorbij. De sterke verwevenheid van recht en beleid die het bestuursrecht kenmerkt, is voor tegenstanders van

¹ TAK, “Het bestuursproces”, 564-571.

² SCHUELER, “Hoe ver zat Struycken ernaast”, 142.

³ *Ib.*, 140-141. Cf. bijvoorbeeld J.C.A. DE POORTER en K.J. DE GRAAF, *Doel en functie*, 61 voor de in hun ogen “beperkte” rechtsvormende taak van de bestuursrechter.

⁴ Cf. bijvoorbeeld SCHUELER, “Hoe ver zat Struycken ernaast”, 142.

⁵ SCHUELER, “Een overzichtelijke, onafhankelijke eenheid?”, §§ 4.1 en 4.2.

integratie evenwel nog altijd een reden om vast te houden aan de idee van bestuursrechtspraak "*in einem Sach- und Ortsnähe in sich begreifenden Verfahren*", zoals voorgestaan door von Gneist, die bevreesd was voor een al te "*justizförmige*" beoordeling door de gewone rechter. In feite herhalen zij daarmee het gematigde standpunt van Buys, die een voorstander was van onafhankelijke bestuursrechtspraak, maar anderzijds meende dat bestuursrechtspraak in een burgerlijke rechtscultuur niet thuishoort. Het "burgerlijk rechtsoog" zou immers grotendeels blind zijn voor de beleidsaspecten waarmee bestuurszaken onlosmakelijk verknoopt zijn. Aan doorleefde vertrouwdheid met de eigen aard van het bestuursrecht, of, sterker nog, met een bepaald deelterrein daarvan, is volgens Schlössels geen behoefte. Integendeel: binnen het door hem voorgestane "eenpieksmodel" ziet hij een roulatie van rechters voor zich die een einde maakt aan het verstikkende isolement waarin veel gespecialiseerde bestuursrechters volgens hem verkeren. Of rechtzoekende burgers en andere belanghebbenden daarbij gebaat zouden zijn, valt evenwel nog te bezien. Misschien is het gematigde standpunt van Buys zo gek nog niet.

Gebruikte afkortingen

NA Nationaal Archief Den Haag

Bronnen

Archiefbronnen

NA, Thorbecke-archief, nr. 166, nr. 308.

Uitgegeven bronnen

BUYS, J.T., "De administratieve rechtspraak en de Grondwetsherziening", *Bijdragen tot de kennis van het staats- provinciaal en gemeentebestuur in Nederland* (1886), 53-148.

BUYS, J.T., *De Grondwet: toelichting en kritiek*, dl. 2, Arnhem, Gouda Quint, 1884.

BUYS, J.T., "De regeling der administratieve rechtspraak", *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* (1891), 65-135.

BUYS, J.T., "De strijd tusschen staat en maatschappij" in ARNTZENIUS, A.R., BUYS, J.T. en DE BEAUFORT, W.H. (eds.), *Studiën over staatskunde en staatsrecht*, dl. 2, Arnhem, Gouda Quint, 1895, 507-538.

BUYS, J.T., "Het moderne staatsbegrip", *De Gids* (1864), 193-217.

BUYS, J.T., "Het wezen van den constitutioneelen regeeringsvorm" in ARNTZENIUS, A.R., BUYS, J.T. en DE BEAUFORT, W.H. (eds.), *Studiën over staatskunde en staatsrecht*, dl. 2, Arnhem, Gouda Quint, 1895, 443-463.

BUYS, J.T., "Onze aanstaande Reformbill", *De Gids* (1882), 306-342.

LOEFF, J.A., *Publiekrecht tegenover privaatrecht. Proeve van theoretisch-kritisch onderzoek naar het karakter van het publieke recht*, Leiden, Ijdo, 1887.

MAYER, O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, dl. 1, München, Duncker & Humblot, 1895.

QUACK, H.P.G., "Levensbericht J.T. Buys" in *Jaarboek KNAW 1893-1894*, Amsterdam, KNAW, 1893, 11-63.

ROUSSEAU, J.J., *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Parijs, Bordas, 1985.

THORBECKE, J.R., *Aanteekening op den grondwet*, dl. 1, Amsterdam, Müller, 1839.

THORBECKE, J.R., *Bedenkingen aangaande het Regt en de Staat*, Amsterdam, Meijer Warnars, 1825.

THORBECKE, J.R., "Over het hedendaagsche staatsburgerschap" in *Historische schetsen*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1872, 84-96.

Bronnen afkomstig van het internet

Bruggen slaan. Regeerakkoord VVD – PvdA van 29 oktober 2012. Regeerakkoord voor de periode van 2012-15, www.rijksoverheid.nl.

RAAD VOOR DE RECHTSPRAAK, "De organisatie van de bestuursrechtspraak in hoogste instantie. Position paper van de Raad voor de rechtspraak", 16 mei 2013, www.rechtspraak.nl.

Literatuur

BÖCKENFÖRDE, E.W., "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatbegriffs" in EHMKE, H., SCHMID, C. en SCHAROUN, H. (eds.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1969, 53-76.

DE POORTER, J.C.A. en DE GRAAF, K.J., *Doel en functie van bestuursrechtspraak*, Den Haag, Raad van State, 2011.

DE SWAAN, A., *Zorg en de staat*, Amsterdam, Bert Bakker, 2004.

DRENTJE, J., *Thorbecke. Een filosoof in de politiek*, Amsterdam, Boom, 2004.

DRION, J., *Administratie contra rechter tot de intrekking van het Conflictenbesluit*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1950.

ÉWALD, F., *L'état providence*, Parijs, Gasset, 1986.

HEGEL, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.

HEGEL, G.W.F., *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.

HUIZINGA, J., "Duitsland's invloed op de Nederlandse beschaving" in *Verspreide opstellen over de geschiedenis van Nederland*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2007, 169-195.

LABAND, P., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen, Mohr, 1911, 3 dln.

LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlijn, Springer, 1983.

- PIETERMAN, R., *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920*, Arnhem, Gouda Quint, 1990.
- POORTINGA, E., *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Torbecke (1798-1872): theorie en toepassing*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1987.
- SCHEUNER, U., "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats" in FORSTHOFF, E. (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, 461-508.
- SCHLÖSSELS, R.J.N., "De kracht van gelegenheidsargumenten?! Ons stelsel van bestuursrechtspraak als speelbal van politiek", *Nederlands Juristenblad* (2014), 2125-2128.
- SCHLÖSSELS, R.J.N., "Procesrechtelijke osmose. Het bestuursproces en de cassatiefunctie", *Ars Aequi* (2011), 704-716.
- SCHREUDER-VLASBLOM, M., *De macht der kritiek. De gedachtenvorming over aard en zin van rechterlijke beoordeling van bestuursoptreden sedert omstreeks 1815*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987.
- SCHUELER, B.J., "Een overzichtelijke, onafhankelijke eenheid? Over integratie van de bestuursrechtspraak", *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* (2014/20), 157-165.
- SCHUELER, B.J., "Hoe ver zat Struycken ernaast" in DE REEDE, J.L., HINS, W. en NIEUWENHUIS, A.J. (eds.), *Recht en reede. Opstellen aangeboden aan prof. J.L. de Reede*, Deventer, Kluwer, 2005, 134-144.
- SCHUELER, B.J., "Waar zit de bestuursrechter van de toekomst?", *Nederlands Juristenblad* (2012), 1458-1461.
- SCHWITTERS, R.J.S., *De risico's van de arbeid. Het ontstaan van de Ongevallenwet 1901 in sociologisch perspectief*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1991.
- STAHL, F.J., *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, dl. 2/1, Heidelberg, Mohr, 1845.
- STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland 1800-1914*, München, Beck, 1992.
- TAK, A.Q.C., "Het bestuursproces in de mechanische mierenmaatschappij", *Ars Aequi* (2005), 564-571.
- VAN DEN BERGE, L., "'Der Staat soll Rechtsstaat seyn'. Loeff, Struycken en de Duitse staatsfilosofie", *Rechtgeleerd Magazijn Themis* (2014), 80-88.
- VAN DEN BERGE, L., "'Die Zeit in Gedanken erfasst'. Hegel en Thorbecke over het recht, de staat en de geschiedenis", *Ars Aequi* (2014), 525-533.

- VAN DEN BRINK, H., "Antonius Alexis Hendrikus Struycken (1873-1923). Diplomaat en hoogleraar" in BLOM, J.C.H., LEUPEN, P.H.D., DE ROOY, P., VEEN, T.J. en KOOYMANS, L. (eds.), *Een brandpunt van geleerdheid in de hoofdstad: de Universiteit van Amsterdam rond 1900 in vijftien portretten*, Hilversum, Verloren, 1992, 77-95.
- VAN DER HOEVEN, J., *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1989.
- VAN ETTEKOVEN, B.J., "One peak or twin peaks? Het regeerakkoord en de toekomst van de bestuursrechtspraak", *Nederlands Juristenblad* (2013), 596-603.
- VAN HOUTEN, S., "Op welke grondslagen moet de regeling der administratieve rechtspraak berusten?", *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* (1891), 47-64.
- VAN MAANEN, G. en DE LANGE, R., *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005.
- VON STEIN, L., *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, dl. 1, München, Salomon, 1921.
- WERKGROEP-VAN KEMENADE, *Bestuur in geding*, Haarlem, Provinciehuis, 1997.