

# ‘Der Staat soll Rechtsstaat seyn’. Loeff, Struycken en de Duitse staatsfilosofie

Mr. drs. L. van den Berge\*

## 1. Inleiding

De discussie tussen J.A. Loeff en A.A.H. Struycken over de wenselijkheid van onafhankelijke bestuursrechtspraak behoort tot de canon van het Nederlandse recht.<sup>1</sup> De controverse begon met de verschijning van Struyckens polemische brochure *Administratie of rechter* in 1910,<sup>2</sup> waarin Struycken fel ageerde tegen het wetsontwerp waarmee Loeff in 1905 als Minister van Justitie zijn ideeën over administratieve rechtspraak trachtte te verwirkelijken.<sup>3</sup> Waar Loeff integratie van bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht bepleitte, wilde Struycken van rechterlijke controle op het bestuur niets weten. De discussie kreeg nader gestalte met de publicatie in *Themis* van een rede uit 1911 waarin Loeff uitgebreid op Struyckens argumenten reageerde;<sup>4</sup> Struyckens venijnige antwoord verscheen kort daarop in *Rechtsgeleerd Magazijn*.<sup>5</sup>

Als ware klassieker heeft de controverse in het curriculum van veel Nederlandse rechtenopleidingen een vaste plaats. In vrijwel elk beschikbaar bestuursrechtelijk leer- en handboek komt zij ter sprake.<sup>6</sup> Ook elders wordt de kwestie vaak aan de orde gesteld. Terecht wordt daarbij de laatste jaren 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 de kwaadaardige retoriek van ‘bad guy’ Struycken.<sup>7</sup> Desalniettemin wordt de controverse naar mijn mening in de literatuur veelal nog lang niet ten volle begrepen. Wie de polemiek tussen Loeff en Struycken bijvoorbeeld met Van den Brink be-

schrijft als een confrontatie tussen een constitutionalist en een democraat<sup>8</sup> hanteert in mijn ogen een anachronistisch begrippenkader dat zowel het standpunt van Loeff als dat van Struycken te weinig recht doet.

Een completer beeld van de discussie tussen Loeff en Struycken ontstaat vooral wanneer hun denkbeelden over bestuursrechtspraak in een ruimere ideeënhistorische context worden gezien. Daarbij is het in mijn ogen met name van belang de opvattingen van Loeff en Struycken te plaatsen tegen de achtergrond van de ideeënonwikkeling over de rechtsstaat, die, zoals vrijwel het gehele intellectuele leven in die tijd, sterk werd gedomineerd door Duitse denkers. In het korte bestek van dit artikel is het vanzelfsprekend onmogelijk aan de verschillende aspecten van die ontwikkeling voldoende recht te doen. Ik beperk mij daarom tot de hoofdzaken van de conservatieve staatsleer van Friedrich Julius Stahl (1802-1861) en het formalistische staats- en rechtsbegrip van Paul Laband (1838-1918). In het vervolg van mijn artikel breng ik hun ideeën in verband met die van Loeff en Struycken.

## 2. Rechtsstaat

In de loop van de negentiende eeuw ontstond onder Duitse staatsrechtgeleerden de consensus dat van nature bestaande rechten van het individu jegens de staat niet

\* Mr. drs. L. van den Berge is promovendus bij het Montaignecentrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing aan de Universiteit Utrecht. Daarnaast is hij verbonden aan de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van dezelfde universiteit.

1. Vgl. o.a. R.J.N. Schlössels, ‘Loeff versus Struycken: wie had gelijk’, *AA* 2009, p. 686-690 (= 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 2011, p. 14.
2. A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem: Gouda Quint 1910.
3. Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak, Den Haag: Belinfante 1906.
4. J.A. Loeff, ‘Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande’, *Themis* 1912, p. 144 e.v.
5. A.A.H. Struycken, ‘Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande’, *RM* 1912, p. 523 e.v.
6. Zie o.a. W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht*, deel 2, Alphen aan den Rijn: Samsom 1957, p. 387-397; A.M. Donner, *Nederlands bestuursprocesrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 313-318; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra (red.), *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1060-1061; L.J.A. Damen & P. Nicolai (red.), *Bestuursrecht*, deel 2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 38-39 en (zij het summier) M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p. 24.
7. F.C.M.A. Michiels, ‘Het gelijk van Struycken’, in: B.J. van Etekoven & 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 ernaast?’, in: W. Hins e.a. (red.), *Recht een Reede*, Deventer: Kluwer 2005, p. 134; Schlössels 2009, p. 686 e.v.
8. Zie o.a. H. van den Brink, ‘Antonius Alexis Hendrikus Struycken (1873-1923). Diplomaat en hoogleraar’, in: J.C.H. Blom (red.), *Een brandpunt van geleerdheid in de hoofdstad: de Universiteit van Amsterdam rond 1900 in vijftien portretten*, Hilversum: Verloren 1992, p. 86; vgl. voor de visie op Struycken als democraat o.a. M. Schreuder-Vlasblom, *De macht der kritiek* (diss. Groningen), Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 149-150; J. van der Hoeven, *De drie dimensies van bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 136-138; R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne* (oratie Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 3; Damen & Nicolai 2009, p. 39; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1061; J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 52.

bestaan.<sup>9</sup> De onbestaanbaarheid van natuurlijke publiekrechtelijke subjectieve rechten (en, daarmee, het primaat van de staat boven het recht)<sup>10</sup> werd in de ideeënontwikkeling over de rechtsstaat op verschillende wijzen gemotiveerd. Sommigen, onder wie Stahl, pleitten voor een opvatting van de staat als organisch gegroeide, in een bepaalde geschiedenis en cultuur gewortelde leefgemeenschap, waarvan elk individu een onlosmakelijk deel vormt. Het beeld van de staat als 'lichaam', waarvan de verschillende ledematen elkaar nodig hebben om te kunnen bestaan, gaat onder andere terug op Aristoteles, die ermee uitdrukte dat een individu dat losstaat van een publieke gemeenschap hulpeloos verloren is.<sup>11</sup> Met de opkomst van het positivisme werd vanaf het midden van de negentiende eeuw steeds vaker een meer formalistische zienswijze omarmd. Daarbij gold de staat niet langer als natuurlijk organisme, maar als kunstmatige constructie, met aan het hoofd een almachtige wetgever wiens bevelen als de enige rechtsbron werden beschouwd. Van de aanhangers van een dergelijke leer is Laband een van de meest prominente representanten.

### 2.1. Stahl

Eerst Stahl, wiens denkbeelden voor de vroegnegentiende-eeuwse Duitse staatsfilosofie kenmerkend waren. Zijn veelgeciteerde definitie van de rechtsstaat luidt als volgt:

'Der Staat soll *Rechtsstaat* seyn, das ist die Losung, und ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll (...) die sittlichen Ideen von Staatswegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen (erzwingen), als es der Rechtssphäre angehört, d.i. nur bis zur notwendigen Umzäunung. Dies ist der Begriff des Rechtsstaates, nicht etwa, daß der Staat bloß die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends bloß die Rechte der einzelnen schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen.'<sup>12</sup>

Deze omschrijving van de rechtsstaatidee werd al snel breed gedragen.<sup>13</sup> Met name het fiere adagium dat de *staat* een *rechtsstaat* dient te zijn, heeft in Duitse staatsrechtelijke literatuur nog steeds iconische waarde. Minder goed

onderkend is echter Stahls aan Schelling en Hegel ontleende idee dat de moderne constitutionele staat als het resultaat moet worden gezien van een zich in de geschiedenis ontvouwende 'Entwicklungstrieb', die gestaag vooruitgang brengt.<sup>14</sup> Daarnaast benadrukte Stahl dat de staat niet alleen de rechtsorde moet handhaven, maar vooral ook op het algemeen belang gerichte doelen ('administrative Zwecke') dient te verwezenlijken. Daarmee verzet hij zich sterk tegen de rechtsopvatting van Kant, die primair uitgaat van de bescherming van 'die Rechte der einzelnen'. In navolging van Hegel meent Stahl dan ook, dat Kants op zuiver 'vernunftrechtliche' leest geschoeide categorische imperatief bij de uitoefening van staatsgezag nooit een zaligmakend richtsnoer kan zijn. Daartegenover stelt Stahl slechts het uiterst fluide vereiste van het juiste 'Art und Charakter' van gezagsuitoefening, dat volgens hem in een rechtsstaat gericht moet zijn op de verwerking van maatschappelijke doelen zonder daarbij de vrije bewegingsruimte van het individu al te zeer te belemmeren.<sup>15</sup>

Op zoek naar een juiste balans tussen individu en collectief maakt Stahl onder andere het onderscheid tussen de privaatrechtelijke ruimte van de maatschappij ('bürgerliche Gesellschaft'), die door 'abstract recht' wordt beheerst, en de publiekrechtelijke sfeer van de staat, waarin in de cultuur en geschiedenis gewortelde normen van 'zedelijkheid' (*Sittlichkeit*) maatgevend zijn. Op het terrein van het recht zijn rechters deskundig; een oordeel naar zedelijkheidsnormen komt volgens Stahl slechts toe aan het bestuur.<sup>16</sup> Voor Stahl hangt dit sterk samen met het zogenoemde 'monarchisches Prinzip', waarbij de koning (en in zijn verlengde het onder hem ressorterende bestuursapparaat) als in de maatschappij zelf gewortelde 'sittliche Macht' wordt beschouwd, die slechts door zelfbinding aan de constitutie aan beperkingen onderhevig is.<sup>17</sup> In vergelijking tot deze 'sittliche Macht', die in Stahls ogen via de koning de staat zelf representeert, zou de

9. Zie o.a. G. Gozzi, 'Rechtsstaat and Individual Rights in German History', in: P. Costa e.a. (red.), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Dordrecht: Springer 2007, Gozzi 2007, p. 240-242. Natuurrechtelijk geïnspireerde theorieën als die van Karl von Rotteck (1775-1840) schoten na 1815 in Duitsland nooit meer echt wortel en stierven vanaf ongeveer het midden van de negentiende eeuw vrijwel volledig uit. Zie verder o.a. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, München: Beck 1992, p. 159 e.v.
10. Vgl. o.a. Gozzi 2007, p. 243: 'In Germany (...), the doctrine of the *Rechtsstaat* precludes the possibility of the primacy of law over the state. Indeed, it is precisely in the relationship between law and the state – which in the German case is settled with the primacy of the state – that the most significant feature of the doctrine of the German *Rechtsstaat* emerges. Conversely, the English doctrine of the "government of law" is most clearly distinguished by grounding the rule of law on the superiority of law as proclaimed by the courts of justice.'
11. Aristoteles, *Politica* 1252a1-1253a38; Aristoteles, *Ethica Nicomachea* 1169b8-10, 16-19.
12. F.J. Stahl, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, deel 2, band 1, Heidelberg: Mohr 1845, p. 106.
13. Zie o.a. Gozzi 2007, p. 241 en U. Scheuner, 'Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats', in: E. Forsthoff (red.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1968, p. 483.
14. Zie o.a. Stolleis 1992, p. 153.
15. Zie verder o.a. Scheuner 1968, p. 484 en Stolleis 1992, p. 152-154.
16. Stahl 1845, deel 2, band 1, 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.'
17. Zie o.a. Stolleis 1992, p. 102-105 over het zogenoemde 'monarchisches Prinzip', dat vorstensoevereiniteit als uitgangspunt voor de moderne constitutionele staat beschouwt.

doorvoelde kennis van algemene zeden onder rechters veel kleiner zijn.<sup>18</sup>

De bezwaren van Stahl tegen onafhankelijke administratieve rechtspraak gaan echter veel verder dan de vrees voor verkeerde rechterlijke beoordelingen alleen. Volgens Stahl staat er veel meer op het spel: van de gehele staat als 'zedelijk rijk' (*sittliches Reich*), waarvan de burgers de natuurlijke leden zijn, zou bij onafhankelijke administratieve rechtspraak volgens hem weinig overblijven. De publieke ruimte als organische leefgemeenschap, die zelf haar zedelijke koers uitzet, zou met de invoering van onafhankelijke bestuursrechtspraak aan de burgers komen te ontvallen. Beroofd van haar hoogheidskarakter zou de overheid in Stahls ogen verworden tot 'blosse Privatpartei', waardoor van de integrerende rol van het koningschap, die in zijn persoon de gehele staat omvat, niets zou resteren.<sup>19</sup>

Op die manier zouden individuele burgers, die in zo'n situatie nog slechts *tegenover* de overheid kunnen worden gedacht, volgens Stahl verweesd achterblijven:

'[D]ie Unterthänen 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.'<sup>20</sup>

Onafhankelijke bestuursrechtspraak zou de integriteit van het staatslichaam volgens Stahl dus zodanig aantasten dat de burgers niet langer 'ergänzende Glieder' van een organische statelijke leefgemeenschap kunnen zijn; van een 'sittliches Ganze' is in die situatie immers geen sprake meer. In plaats daarvan rest hun volgens Stahl nog slechts de atomaire positie van 'losgetrennte, unabhängige (...) Subjecte', die nergens meer integraal deel van uitmaken en diens gevolg niet werkelijk vrij zijn. Om dergelijke verweesdheid te voorkomen, zouden zaken die tot de werkkring van het bestuur behoren volgens Stahl nooit mogen worden beschouwd als 'Justizsache'.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

## 2.2. Laband

Van het concept van de staat als 'sittliches Reich' wilde Laband niets weten. In zijn meerdelige werk over het Duitse staatsrecht besteedt hij dan ook geen enkele aandacht aan in de maatschappij gewortelde overtuigingen. In plaats daarvan kiest hij voor de 'ausschliessliche Herrschaft der logischen Behandlungsart des Rechts', waarbij voor rechtshistorische, economische, politieke en filosofische onderzoekingen geen ruimte kan zijn.<sup>23</sup> In zijn sterk formalistische en abstracte rechtsopvatting heeft Laband op die manier in het geheel geen oog voor het recht als concreet maatschappelijk verschijnsel; contextualisering van het recht is volgens Laband voor een beter begrip van het recht zelf eenvoudigweg 'ohne Belang' en zou er 'nur häufig' toe dienen 'den Mangel an Konstruktiver Arbeit zu verhüllen'.<sup>24</sup> Labands rechtsdenken past in die zin goed in een bredere positivistische tendens die in Duitsland vooral werd aangezwengeld door pandektisten als G.F. Puchta, die het recht onder andere omschreef als het 'Product einer wissenschaftlichen Deduction'.<sup>25</sup> Volgens Karl Larenz betekende de strikt abstracte rechtsopvattingen van positivisten als Puchta en Laband 'die endgültige Entfremdung der Rechtswissenschaft von der gesellschaftlichen, politischen und moralischen Wirklichkeit'.<sup>26</sup> Daarmee onderkent Larenz in mijn ogen echter te weinig dat hun strikt formalistische, op logische deductie gefundeerde methode op zichzelf toch ook kan worden gezien als de resultante van een onderliggend waardensysteem, dat door Laband en Puchta weliswaar niet met zoveel woorden wordt geëxpliciteerd, maar desalniettemin aan hun rechtsleer ten grondslag lijkt te liggen. In de eerste plaats kan daarbij worden gewezen op een strikte interpretatie van Montesquieus klassieke triasleer, die volgens Laband als de hoeksteen van het moderne constitutionele staatsrecht kan worden beschouwd.<sup>27</sup> Het primaat dient volgens Laband binnen deze trias nadrukkelijk te liggen bij de formele wetgever, wiens macht in tegenstelling tot die van de uitvoerende en rechterlijke macht in beginsel onbepert is. Waar de bevoegdheden van de beide andere machten aan rechtsregels zijn onderworpen, is de wetgever volgens Laband volledig vrij de door hemzelf vastgestelde wetten door andere te vervangen.<sup>28</sup> In de organische staatsleer van

18. Zie verder F.J. Stahl, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, deel 2, band 2, Heidelberg: Mohr 1845, p. 208: 'Es liegt im Wesen des Staates, als sittlichen Reiches, dass eine sittliche Macht in ihm aufgerichtet sey (...). Das ist die Bestimmung des Königtums. Es ist eingesetzt, damit eine Herrschaft über den Menschen bestehe, persönlich, in sich einig, in sich gegründet (...). Die Herrschaft des Staates, sohin der Staat selbst, wird persönlich im König.'

19. Stahl 1845, p. 446-447: 'Dächte man sich einen Zustand, dass über die Acte der Staatsgewalt, sei es vor ihrer Vornahme, sei es nachher, richterliche Entscheidung überall eintrete, wenn der Unterthan sich auf Rechtsverletzungen beruft, so hätte damit der Staat aufgehört, wirklich Staat, ein sittliches Reich über den Individuen zu sein, er würde selbst eine blosse Privatpartei, seine Handlungen verlören den Charakter einer höhern Autorität; es käme ihm sein Herrscherrecht gegen den Unterthan nicht in anderer Art zu, als dem Gläubiger seine Befugnisse gegen den Schuldner.'

20. Stahl 1845, deel 2, band 1, p. 447.

21. Stahl 1845, deel 2, band 1, p. 447: 'Das, was Gegenstand der Verwaltung, der Autorität der Staatsregierung ist, kann demnach niemals, auch wenn Verletzung der Unterthanrechte behauptet wird, zur Justizsache werden.'

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

23. P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, band 1, Tübingen: Mohr 1911 [1887], p. ix.

24. Laband 1911 [1887], p. ix.

25. G.F. Puchta, *Kursus der Institutionen*, Leipzig: Breitkopf 1845, p. 37.

26. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin: Springer 1983, p. 24.

27. P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, band 2, Tübingen: Mohr 1911 [1887], p. 172; zie ook R. van den Berg, *Vormen van begrip van wet en wetgeving* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2003, p. 125.

28. Zie o.a. Laband 1911 [1887], band 2, p. 172-173: 'Die Akte der Gesetzgebung sind (...) unverantwortliche und auf freier Willensbestimmung beruhende (...). Die gesetzgebenden Faktoren (...) sind (...) verfassungsmässig befugt, [das] Recht selbst unter Beobachtung der dafür

Hegel en Stahl zagen positivisten als Laband 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 Labands laat-constitutionele staatsleer zou op die manier met, onder anderen, Scheuner gezocht kunnen worden in de idee van persoonlijke vrijheid, waarbij de burger niet is onderworpen aan een dwingend opgelegde algemene zedelijkheid, maar in plaats daarvan vrij wordt gelaten zijn leven in te richten op de wijze die hem zelf goeddunkt.<sup>29</sup> Dit vrijheidsideaal betreft echter in de eerste plaats de bij de staat betrokken burger ('citoyen') en niet het geïsoleerde, staatsvreemde individu ('bourgeois'). De vrijheid die theoretici als Laband voor de burger reserveren, is volgens Scheuner niet 'um des Einzelnen Willens' gegeven, maar zou eerder gezien moeten worden als een 'Wesenselement der freiheitlichen politischen Ordnung'. Waar slechts een 'reines individuelles Anspruchsdenken' heerst, zou de rechtsstaat gevaar lopen, omdat hij dan nog slechts zou bestaan als onsamenhangende verzameling van atomair bestaande individuen.<sup>30</sup> In het geval van de 'alleinige Hervorhebung des Schutzes individueller Rechte' kan in deze visie dus geen werkelijke staat en daarmee ook geen rechtsstaat bestaan.<sup>31</sup> De rechtsstaat zou daarom in geen geval de uitdrukking moeten zijn van een 'schrakenloses Individualismus, in dem sich die isolierten Individuen gegen den Staat zu behaupten haben'.<sup>32</sup> In het werk van Laband komt dit vooral tot uitdrukking in zijn krachtige verzet tegen de notie van publiekrechtelijke subjectieve rechten. Volgens Laband is het recht een gesloten systeem, waarvan de in de wet verankerde soevereine staatswil de enige bron is.<sup>33</sup> De erkenning van privaatrechtelijke subjectieve rechten van burgers jegens medeburgers is in het systeem van Laband geen probleem, zij het dat deze in zijn opvatting alleen bestaan bij de gratie van hun wettelijke constitutie.<sup>34</sup> Ten opzichte van de staat hebben burgers volgens Laband echter slechts plichten. Volgens Laband is het daarom essentieel dat het systeem van het recht de ongelijkwaardigheid tussen het individu

enerzijds en de staat anderzijds te allen tijde voldoende erkent. De macht van de staat moet volgens Laband absoluut zijn; voor zijn *imperium* moet alles wijken. De staat verhoudt zich tot zijn 'Angehörigen' immers niet als 'gleichberechtigtes Subject', maar als niets minder dan 'der mit *imperium* ausgestattete Herr'.<sup>35</sup> In tegenstelling tot het privaatrecht, waarin de rechter zich uitspreekt over de reikwijdte van subjectieve rechten, betreft rechtspraak in het publiekrecht volgens Laband daarom slechts de 'Aufrechterhaltung und Wiederherstellung' van de abstracte rechtsorde.<sup>36</sup> Publiekrechtelijke rechtspraak is er volgens Laband dus niet om 'einen Streit zu schlichten', maar alleen om de staat zelf voor machtsmisbruik door zijn overheid te behoeden. Op die manier kan rechtspraak volgens Laband voor het staatscollectief dienen als een 'Garantie (...) dass [die] Gewalt nach den Geboten der Gerechtigkeit gehandhabt [wird]'.<sup>37</sup>

Laband gaat hierbij echter niet zover dat hij bereid is administratieve rechtspraak uit te besteden aan de gewone rechter. Omdat beslissingen in administratieve kwesties voor de staat als geheel een groot belang vertegenwoordigen, dient administratieve rechtspraak volgens hem binnen het bestuur zelf te worden georganiseerd.<sup>38</sup> Daarmee sluit hij onder andere aan bij de gematigd-liberale Pruisische staatsrechtgeleerde en politicus Rudolf von Gneist (1816-1895), die evenals Laband de idee van de staat als organisme afwees, maar desalniettemin een duidelijk onderscheid bleef maken tussen de staat als algemene wilsgemeenschap enerzijds en de vrije, op het individu gerichte maatschappelijke ruimte anderzijds.<sup>39</sup> Hoewel Von Gneist onafhankelijk opererende bestuursrechtspraak bepleitte, zag hij deze niet graag ondergebracht bij de gewone rechterlijke macht. In plaats daarvan pleit Von Gneist voor een 'aus der Verwaltung hervorwachsende 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.<sup>40</sup> In Nederland vonden dergelijke

vorgeschiedenen Formen abzuändern. Der Wille des gesetzgebenden Organs ist daher dem Recht gegenüber der stärkere.' Zie verder o.a. Van den Berg 2003, p. 125 e.v.

29. Zie Scheuner 1968, p. 489, die spreekt over 'die Achtung und Erhaltung personaler Freiheit als der Grundlage eines Staates, in dem der Mensch sein Leben in echter Selbstbestimmung ohne zwangsweise Entfremdung und Direktion seines Daseins zu führen vermag.'

30. Scheuner 1968, p. 489.

31. Scheuner 1968, p. 488.

32. Scheuner 1968, p. 488-499.

33. Vgl. o.a. R. Schmidt-De Caluwe, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers*, Tübingen: Mohr 1999, p. 171.

34. Zie o.a. Laband 1911 [1877], band 3, p. 371: 'In betreff der bürgerlichen Rechtsverhältnisse erkennt der Staat die Freiheit der Individuen innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Schranken an.'

35. Laband 1911 [1877], band 2, p. 202.

36. Laband 1911 [1877], band 3, p. 377.

37. Laband 1911 [1877], band 3, p. 378.

38. Laband 1911 [1877], band 3, p. 380-381.

39. Vgl. o.a. 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. 62-63 en Stolleis 1992, p. 386.

40. Zie o.a. Böckenförde 1969, p. 62.

ideeën onder andere een prominente pleitbezorger in de Leidse hoogleraar staatsrecht J.T. Buys, die bestuursrecht-spraak wenste onder te brengen bij de Raad van State.<sup>41</sup>

### 3. Loeff

De visie op de staat van Loeff, die in 1887 bij Buys promoveerde, komt met die van Laband sterk overeen. Behalve het natuurrecht wordt de notie van de zedenstaat ook door Loeff fel van de hand gewezen. Met zaken als 'aequitas' (billijkheid) en 'iustitia' (gerechtigheid) kan een jurist volgens Loeff niets aanvangen.<sup>42</sup> Aldus berust Loeffs rechtsbegrip op de idee van de volstrekt soevereine staat, waarbij het recht slechts wordt gezien als een complex aan van staatswege opgelegde algemene bevelen. In navolging van Laband omschrijft Loeff de staat daarom als de 'mit Imperium ausgestattete Herr', die in zijn 'machtsvolkomenheid' als enige de mogelijkheid heeft zijn onderdanen plichten op te leggen.<sup>43</sup> Voor zover zijn onderdanen rechten hebben, zijn die naar Loeffs visie slechts te zien als afgeleide van een objectieve rechtsorde waarvan de staat de enige bron is. Ook wat Loeff betreft gaat de staat dus aan het recht vooraf en niet andersom.<sup>44</sup>

Meer nog dan Laband ziet Loeff de staat daarbij als een kunstmatige juridische figuur. Waar Laband soms nog lijkt uit te gaan van de staat als een op het algemeen belang gericht collectief van burgers, ziet Loeff de staat slechts als het juridische artefact dat *tegenover* mensen van vlees en bloed moet worden gedacht. Dit komt onder andere sterk naar voren in het strenge doctrinaire onderscheid dat Loeff maakt tussen de *staat* enerzijds en de *overheid* anderzijds. In zijn almacht koppelt de staat 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 maatschappelijke leven heeft hij immers 'mensen noodig, feilbare wezens', die met elkaar de overheid vormen. Om deze feilbare wezens goed bij de les te houden, zijn wetten nodig, waaraan het

overheidshandelen te allen tijde kan worden gespiegeld.<sup>45</sup> Hoewel het er op die manier alle schijn van heeft, dat de staat de overheid *bevoegdheden* verleent, legt hij haar volgens Loeff in werkelijkheid slechts de *plicht* op deze bevoegdheden niet te overschrijden. Van subjectieve rechten kan volgens Loeff ook aan de kant van de overheid daarom nooit sprake zijn; evenals burgers staan overheidsdienaren ten opzichte van de staat volgens hem slechts in een verplichtende verhouding.<sup>46</sup>

De 'Staat als Rechtsstaat' eist volgens Loeff dat de jegens hem geldende verplichtingen door zowel burgers als overheden altijd worden nagekomen.<sup>47</sup> Daarom is het voor hem ondenkbaar dat het bestuur zelf over de rechtmatigheid van zijn handelen mag beslissen. Evengoed zou men volgens Loeff 'aan den misdadiger de beoordeling kunnen overlaten omtrent de straf, die hem behoort te worden opgelegd'.<sup>48</sup> De beslissing in administratieve zaken dient volgens Loeff dan ook te worden opgedragen aan een van de regering onafhankelijke staatsmacht, 'die meer waarborgen aanbiedt voor onpartijdigheid, dan de regering ooit kan geven'. De wenselijkheid van onafhankelijke administratieve rechtspraak, liefst onder te brengen bij de gewone rechterlijke macht, staat voor Loeff daarmee vast.<sup>49</sup> Het argument dat innige vertrouwdheid met het openbaar bestuur voor administratieve rechters een kernvereiste is, weegt voor hem veel minder zwaar.<sup>50</sup> Het wezen van alle rechtspraak is in zijn ogen slechts gelegen in de beslissing over de vraag 'of er in een bepaald geval schennis heeft plaats gehad, hetzij van een privaatrechtelijken, hetzij van een publiekrechtelijken rechtsregel';<sup>51</sup> of het daarbij de belangen betreft van private burgers of die van de staat als geheel, maakt voor hem geen wezenlijk verschil.<sup>52</sup>

### 4. Struycken

De vergelijking met Laband, die in Duitsland het boegbeeld was van staatsrechtelijk positivistisch systeemden-

41. J.T. Buys, *De Grondwet: toelichting en kritiek*, drie delen, Arnhem: Gouda Quint 1883-1884, p. 337; zie verder o.a. R. Pieterman, *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 153. Vergelijk verder ook het invloedrijke werk van Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, band 1, München: Duncker & Humblot 1895, p. 54, waar hij de administratieve procedure ten opzichte van het civiele proces beschouwd als 'eine eigentümliche Ordnung', waarbij aan het bestuur 'von innen heraus die Form und Gestalt des Rechtes' wordt gegeven. Volgens Mayer is daarom een zelfstandige 'Verwaltungsgerichtbarkeit' nodig, die desalniettemin stevig in het bestuur zelf geworteld is.

42. J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht* (diss. Leiden), Leiden: Ijdo 1887, p. 6: '[M]et (...) "justitia" heeft de jurist niets te maken; zij ligt buiten zijn bereik; hij kan wat zij voorschrijft niet tot een systeem verkneden, noch er eene methode op toepassen; het recht, dat hem raakt, is niet het recht *over* den Staat, maar 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.'

43. Loeff 1887, p. 7.

44. Loeff 1887, p. 3: 'Wanneer de Staat is iemand die rechten verzekert en verplichtingen oplegt dan kan hij niet tevens zijn "rechtsmaatschappij" want juist door dat hij rechten verzekert en verplichtingen oplegt scheidt hij eene rechtsmaatschappij. Hij zou derhalve niets meer of minder zijn, dan de schepper van zich zelf!'

45. Loeff 1887, p. 34-35.

46. Loeff 1887, p. 37: '[M]en [behoort] wel in het oog te houden, dat, ofschoon de plichten door den Staat aan deze (...) [staats]dienaren opgelegd, tegenover de onderdanen jegens wie zij worden uitgevoerd, zeer dikwijls rechten kunnen schijnen, ze toch inderdaad geen rechten, maar slechts plichten zijn.'

47. Loeff 1887, p. 78.

48. Loeff 1887, p. 79.

49. Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak, Den Haag: Belinfante 1906, p. 79-89 (MvT).

50. Als bijzondere eis aan administratieve rechters stelt hij in zijn wetsontwerp daarom slechts, dat deze behalve in de rechtsgeleerdheid ook in de staatswetenschap gepromoveerd dienen te zijn. Zie Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak, Den Haag: Belinfante 1906, p. 83-85 (MvT).

51. Loeff 1887, p. 67.

52. Loeff 1887, p. 67-68.

ken, maar in Loeff zijn formalistische meerdere moest erkennen, laat goed zien hoe extreem Loeffs denkbeelden zelfs in zijn eigen tijd al waren. Vaak is al opgemerkt dat de hoogst academische, naar uiterste *Begriffsjurisprudenz* neigende systeemleer van Loeff voor Struycken een relatief gemakkelijke prooi was.<sup>53</sup> Volgens Van der Hoeven ging Loeff slechts 'vanuit algemene stellingen de werkelijkheid te lijf'; daarbij wendde hij zich volgens Van der Hoeven in tegenstelling tot Struycken sterk af van het maatschappelijke leven. Loeffs onmaatschappelijke hang naar dogmatische strengheid verklaart volgens Van der Hoeven tevens waarom hij bij het formuleren van zijn wetsvoorstel uiterst hooghartig te werk ging en tot geen enkel compromis bereid was. Van der Hoevens constatering dat Loeffs ontwerp 'in onze wetsgeschiedenis zijn weerga in volledigheid, perfectionisme en leerstelligheid niet kent', valt dan ook niet met Schlössels te begrijpen als blijk van bewondering,<sup>54</sup> maar eerder als een vorm van nauwelijks verholen cynisme. Het vermeende<sup>55</sup> succes van Struyckens polemische bestrijding van Loeffs voorstellen schrijft Van der Hoeven onder andere toe aan Struyckens slimme retoriek, waarmee hij volgens hem handig 'appelleerde aan het gezond verstand boven doctrine'.<sup>56</sup>

Michiels heeft er echter terecht op gewezen dat Struycken te weinig recht wordt gedaan wanneer zijn 'overwinning' op Loeff alleen aan zijn retorisch talent wordt toegeschreven; ook Struyckens argumenten op zichzelf waren volgens hem zeer overtuigend.<sup>57</sup> Net als Vegting ziet Michiels in Struyckens bestrijding van Loeffs ontwerp vooral een verre echo van het democratisch-revolutionaire wantrouwen in de rechterlijke macht zoals dat bijvoorbeeld in de vroege negentiende eeuw sterk naar voren kwam in artikel 11 Wet algemene bepalingen, dat de rechter verplicht 'volgens de wet regt te spreken' en hem verbiedt daarbij 'de innerlijke waarde of billijkheid der wet' te beoordelen. Daarbij signaleert Michiels terecht, dat de rechterlijke macht in de standenmaatschappij van de vroege twintigste eeuw aan haar imago als aristocratisch bolwerk nog weinig had ingeboet.<sup>58</sup> Van der Hoeven wijst daarnaast op de gelijkenissen van Struyckens visie op administratieve rechtspraak met die van Thorbecke, die rechtspraak in bestuurszaken net als Struycken bij de uitvoerende macht zelf wenste onder te brengen.<sup>59</sup> Net als Michiels zoekt Van der Hoeven de wortels van deze opvatting met name in de gedachte dat controle op het bestuur democratisch dient te worden gelegitimeerd. Op die manier blijft in mijn ogen ten onrechte verborgen dat Struycken in zijn bestrijding van Loeffs ontwerp vrij nadrukkelijk terug-

greep op de organische staatsleer zoals die werd gepropageerd door, onder anderen, Hegel en Stahl. Het sentiment van waaruit Struycken Loeff bestreed, acht ik daarom niet zozeer democratisch, maar eerder uiterst conservatief. De misinterpretatie van Struyckens kritiek op Loeff kan deels worden verklaard doordat het in de literatuur over Struyckens bijdrage aan het debat over administratieve rechtspraak gebruikelijk is slechts terug te grijpen op zijn direct tot Loeff en zijn voorstellen gerichte geschriften. Op de rest van zijn werk wordt nauwelijks acht geslagen, terwijl het ons veel kan leren over de diepere fundamente van zijn rechtsdenken. Zo trekt Struycken in een rede over de betekenis van het koningschap uit 1909 fel van leer tegen de natuurrechtsleer, die hij omschrijft als het 'onvermoeid streven, het gansche recht in bestaan, inhoud en ontwikkeling in één logisch geconstrueerd geheel saam te vatten' en het 'weer te geven in al zijne bijzonderheden als de logische gevolgtrekking van ééne, uit de natuur van den mensch afgeleide, voor allen duidelijke grondgedachte'.<sup>60</sup> Het einde van dit alles toonde zich volgens Struycken in de Franse revolutie, waarbij deze droom volgens hem 'op bloedige wijze' werkelijkheid werd.<sup>61</sup> Na de onttaarding van de revolutie zou de 'logische eenheidsreductie' zich volgens Struycken hebben voortgezet in het juridische positivisme, dat hij beschrijft als 'klatergoud (...) waarmede men (...) de werkelijkheid van het rechtsleven bedekt'. In Struyckens analyse maken de positivisten dezelfde fout als hun voorgangers: net als de natuurrechtsdenkers herleiden zij het recht slechts tot de bron van de zuivere ratio, die volgens Struycken ten enenmale tekortschiet voor een werkelijk begrip van 's mensen geest en hart' of van de menselijke 'levensbestemming'.<sup>62</sup> Zowel de natuurrechtsdenkers als de positivisten waren volgens Struycken slechts bereid 'het bestaande en het wordende als "vernünftig" te begrijpen'. Naar Struycken meent, schiet een dergelijke analyse ernstig tekort, omdat hij evenals Hegel, Stahl en andere vroegnegentiende-eeuwse conservatieven en gematigd-liberalen meent dat zij te veel abstraheert van historisch bepaalde, in een bepaalde volksgemeenschap diep gewortelde overtuigingen.<sup>63</sup>

In zijn rede over het koningschap gaat Struycken verder vooral in op de wijze waarop volgens hem bestuurlijk gezag dient te zijn gefundeerd. Het 'alredelijke, onhistorische gezagsbestel der revolutie' verliet volgens hem 'den rechten weg' door uit te gaan van 'het heilige recht van den opstand', waarvan het bloedige Franse einde voor Struycken het vanzelfsprekende gevolg was. Meer lijkt Struycken te voelen voor de 'machtige stem van Hegel',

53. Zie o.a. Van der Hoeven 1989, p. 133; Schlössels 2009, p. 687; Michiels 2009, p. 13-14.

54. Schlössels 2009, p. 687.

55. Vegting 1957, deel 2, p. 390 wijst erop, dat Loeffs ontwerp ook zonder Struyckens polemische bestrijding hoogstwaarschijnlijk nooit was ingevoerd.

56. Van der Hoeven 1989, p. 133.

57. Michiels 2009, p. 12-13. Zie ook Van der Hoeven 1989, p. 133; Schueler 2005, p. 134-139; Schlössels 2009, p. 688.

58. Michiels 2009, p. 13; Vegting 1957, deel 2, p. 349.

59. Van der Hoeven 1989, p. 133.

60. A.A.H. Struycken, *Ons koningschap*, Arnhem: Gouda Quint 1909.

61. Struycken 1909, p. 2.

62. Struycken 1909, p. 3.

63. Zie o.a. Struycken 1909, p. 5: 'Waar menselijk weten de grenzen van menselijk kenvermogen wil overschrijden, treedt (...) maar al te spoedig de zwakheid aan het licht.'

die zich volgens Struycken sterk maakte voor de 'erkenning, dat het de goddelijke wil is, die de vorsten plaatst op hunnen troon'.<sup>64</sup> Op die manier omarmt hij wat Stahl en zijn tijdgenoten aanduiden als het 'monarchisches Prinzip', dat volgens Struycken diepe wortels heeft in de Nederlandse volksovertuiging.<sup>65</sup> Van een *tegenstelling* tussen de koning enerzijds en het volk en zijn parlementaire vertegenwoordigers anderzijds is daarbij helemaal geen sprake meer; de kroon kan volgens het monarchische beginsel immers worden beschouwd als een orgaan dat niet *boven of naast*, maar *in* de volksgemeenschap moet worden geconcipieerd.<sup>66</sup> Net als Hegel en Stahl ziet Struycken het volk en zijn hoogste gezagsdrager dus als een organisch en zedelijk geheel ('sittliches Ganze'), dat in het ongereede zou raken wanneer het volk en zijn heerser als elkaars tegenpolen worden beschouwd. Het spreekt dan ook vanzelf dat Struycken de tendens tot formalisering van de rechtsstaatgedachte, zoals die herkenbaar is in het denken van Laband en Loeff, met kracht verwierp. De idee van een strenge scheiding tussen de uitvoerende en de wetgevende macht stamde volgens Struycken uit de tijd waarin deze machten nog in een onderlinge gezagsstrijd verkeerden, die in zijn eigen tijd al lang voorbij zou zijn. De strenge formele lijnen die het overheidsgezag in de formele rechtsstaat in bedwang houden, beletten volgens Struycken de koning te veel 'het volk tot zijn ikheid, tot bewustzijn en zijn eigen overtuiging' te brengen.<sup>67</sup> Volgens Struycken resulteerde dit in een formeel-democratisch systeem dat hij aanduidde als 'Kopfzahl-Demokratie', waarin de 'ware volksovertuiging' niet langer maatgevend zou zijn.<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> Anders dan Laband en Loeff meent hij 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 rede over het koningschap maakt op die manier niet alleen duidelijk hoe hij tegen de monarchie aankeek. Meer in brede zin zet hij in zijn rede een tamelijk veelomvattende visie op de staat en het recht uiteen. Voor zover hij op grond van deze visie kan worden aangeduid als democraat berust dat slechts op een organisch staatsdenken dat door Vegting, Michiels en Van der Hoeven veel te weinig wordt onderkend. Ook in zijn bijdrage aan de discussie over administratieve rechtspraak komt

Struyckens organische visie op de staat en het recht duidelijk terug. Evenals Stahl betoogt hij in *Administratie of rechter* bijvoorbeeld dat de onderwerping van de uitvoerende macht aan onafhankelijke rechterlijke controle de integriteit van het staatsorganisme ernstig in gevaar zou brengen. Sterk afkerig van Loeffs 'legalistisch justitialeisme'<sup>70</sup> schrijft Struycken bijvoorbeeld:

'Wanneer toch is de formeel-juridische rechtsstaatgedachte ontstaan? In den tijd, toen Overheid en volk zich als twee heterogene elementen met eigen levenskring tegenover elkander plaatsten; (...); toen de rechter het eenig orgaan scheen, dat *tegen* de Overheid kon worden ingeroepen, om rechtskrenking te weren (...). 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.'<sup>71</sup>

De opkomst van de formele rechtsstaatgedachte, die bij uitstek aan Loeffs wetsontwerp ten grondslag ligt, valt volgens Struycken dan ook sterk te betreuren. 'Gerechtigheid', schrijft hij, is van die gedachte de 'alles overstemmende afwerende eisch', waarvan tweespalt tussen burgers en bestuur het voornaamste resultaat zou zijn. Net als in zijn rede over het koningschap betoogt Struycken daarbij, dat de 'formeel-juridische rechtsstaatgedachte' haar waarde in de vroege twintigste eeuw definitief heeft verloren; van een gezagsstrijd tussen de vorst en de aan hem ondergeschikte administratie enerzijds en het volk en zijn parlementaire vertegenwoordigers anderzijds is volgens Struycken immers geen sprake meer. Evenmin als in de koning ziet hij in de administratie daarom niet zozeer een naar willekeur handelend element dat *tegenover* het volk moet worden gedacht, maar in plaats daarvan eerder als een 'door de bevolking zelve aangewezen en volgens hare inzichten handelende orgaan der gemeenschap', dat dientengevolge niet *tegenover*, maar *in* de volksgemeenschap staat.<sup>72</sup>

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 al lang zou hebben plaatsgemaakt voor een politiek waarbij de formele wetgever voor het overheidsgezag geen strakke grenslijnen meer trok. In plaats daarvan merkt hij terecht op, dat het parlement zich in zijn tijd steeds vaker tevreden stelde met het aanduiden van de 'hoofdideeën der wetgeving', waarbij de nadere uitwerking aan de wetgever in bloot-materiële zin werd overgelaten. De formele wet bepaalt volgens

64. Struycken 1909, p. 4.

65. Struycken 1909, p. 9: 'Een volk dat slechts weet te *zijn*, niet te *zijn geweest*, zoo'n volk heeft geen eigen leven: gelijk het zijn verleden uitsluit uit het heden, zal het ook in het genot van het heden zijne toekomst gaan verbruiken. Zulk een volk is het onze niet: wij hebben een verleden, dat wij gevoelen als een deel van het onze, een verleden, dat wij kennen als een hoofdelement in de zoo moeilijk te omschrijven en toch zoo krachtig werkende idee onzer nationaliteit. En in dat verleden zijn wij met het Oranjehuis één.'

66. Struycken 1909, p. 12.

67. Struycken 1909, p. 12.

68. Struycken 1909, p. 13.

69. Struycken 1909, p. 11.

70. Struycken 1910, p. 7.

71. Struycken 1910, p. 15.

72. Struycken 1910, p. 12-13.

Struycken daarom in steeds mindere mate wat het recht in de verhouding van de overheid tot de burger precies inhoudt.<sup>73</sup> Het 'wettelijk absolutisme' van de formele rechtsstaat zou daarmee grotendeels een lege huls zijn geworden. Voor de legistische gelijkstelling van het recht aan de formele wet is in Struyckens visie dan ook geen plaats. Het formalistische standpunt van de legisten levert volgens Struycken hooguit een 'wettenstaat' op, maar geen rechtsstaat 'in sociaal-ethischen zin', waarbij de toelaatbaarheid van overheidshandelen niet zozeer aan de formele *wet*, maar aan het *recht* wordt 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 belang zijn.<sup>74</sup>

Aldus wordt duidelijk dat Struyckens bezwaren tegen het ontwerp van Loeff berusten op een sterk materiële rechtsopvatting, die met zijn organische visie op de staat en het recht direct samenhangt. In de rechtsstaat in 'sociaal-ethischen zin', zoals Struycken die voorstaat, zal de toetsing van overheidshandelen aan het recht niet beperkt kunnen blijven tot de formeel-juridische buitengrenzen ervan. Wie over bestuurshandelen een rechtsoordeel uitsprekt, zou volgens Struycken niet kunnen volstaan met juridisch-dogmatisch 'Vernunft'. Een behoorlijkheidsoordeel betreft volgens Struycken met name de vraag, of de betrokken algemene en bijzondere belangen ten opzichte van elkaar op de juiste wijze zijn gewaardeerd.<sup>75</sup> Omdat het bestuur volgens Struycken met de volksgemeenschap een organisch geheel vormt, waarbij zijn 'karakter en organisatie door die gemeenschap zelve' wordt bepaald, kan het bestuur volgens Struycken worden beschouwd als de 'belichaming en verpersoonlijking' van een gedeelde volksovertuiging, zoals die naar voren zou komen in de 'gemeenschappelijke idealen' van de burgers.<sup>76</sup> Rechters daarentegen zouden volgens Struycken in een meer geïsoleerde positie verkeren en zich daardoor gemakkelijker kunnen afsluiten voor de ontwikkeling van de 'sociale ideeën der gemeenschap'.<sup>77</sup> Tot een oordeel over de *behoorlijkheid* van overheidshandelen zouden rechters volgens Struycken daarom nooit in staat zijn.<sup>78</sup>

In een kritische beschouwing van Struyckens ideeën stelt Van der Hoeven dat Struyckens voorkeur voor de 'moderne rechtsstaatsidee' boven de 'formeel-juridische

rechtsstaatgedachte' in werkelijkheid neerkwam op de vervanging van de 'niet-onrealistische' opvatting van de staat als gezagsorganisatie door de 'doctrinair-idealistische' idee van een democratische gemeenschapsstaat.<sup>79</sup> De pretentie van werkelijkheidszin, die voor *Administratie of rechter* kenmerkend is, zou volgens Van der Hoeven door Struycken nergens worden waargemaakt. Met name stelt Van der Hoeven dat de mogelijkheid tot democratische controle op 'micro-bestuur' door Struycken sterk wordt overschat.<sup>80</sup> Van der Hoeven karakteriseert Struyckens polemische brochure daarom als een 'abstract betoog', dat uiteindelijk even 'aprioristisch en doctrinair' van karakter zou zijn als Loeffs 'justitueel legalisme' dat door hem zo fel wordt bestreden.<sup>81</sup> Struycken had volgens Van der Hoeven beter kunnen weten; zo stelt hij op docerende toon dat het 'lang voor Struycken' reeds bekend was, dat 'democratische controle door een gekozen vertegenwoordiging van politieke en niet van bestuurlijke aard is' en dientengevolge alleen het 'macro-bestuur' kan betreffen.<sup>82</sup>

Het is, denk ik, absoluut waar dat Struyckens betoog een sterk idealistische inslag heeft. Anders dan Van der Hoeven meent, hangt dit idealisme echter op geen enkele manier samen met een overschatting van de mogelijkheden van formeel-democratische controle op het overheidsbestuur door vertegenwoordigende organen. In plaats daarvan moet het idealistische element in Struyckens denkbeelden gezocht worden in zijn organische opvatting van de staat, die hij in navolging van Hegel en Stahl niet beschouwt als een juridische abstractie, maar als een hechte, organisch gegroeide zedengemeenschap, die bijeen zou worden gehouden door gedeelde sociale en morele overtuigingen. Van een overschatting van de politieke controle die vertegenwoordigende organen op het bestuur zouden kunnen uitoefenen, is geen sprake. Zo ziet Struycken nergens een stelsel voor zich waarin het bestuur voor al zijn handelen voortdurende formele verantwoording aflegt aan immer opmerkelijke volksvertegenwoordigers. In plaats daarvan stelt Struycken zich een democratisch stelsel voor waarin de administratie geheel doordrongen is van de gedachte, dat een gedeelte, in de volksgemeenschap gewortelde zedenleer aan alle overheidshandelen ten grondslag dient te liggen.<sup>83</sup> De 'hoofdlijn harer ontwikkeling' zou de democratie volgens

73. Struycken 1910, p. 18.

74. Struycken 1910, p. 19.

75. Struycken 1910, p. 19.

76. Struycken 1910, p. 27.

77. Struycken 1910, p. 30-31.

78. Struycken 1910, p. 30. Aan dit oordeel voegt Struycken op p. 31 nog toe dat de rechter ook in *technisch* opzicht niet over de juiste deskundigheid beschikt, omdat hij 'niet dagelijks de beteekenis zijner handelingen in hare gevolgen waarneemt, en de verantwoordelijkheid daarvoor draagt'. Vgl. o.a. Schueler 2005, p. 135.

79. Van der Hoeven 1989, p. 138.

80. Van der Hoeven 1989, p. 138-139; vgl. o.a. Schueler 2005, p. 143: 'Struycken zat ernaast met zijn opvatting dat het bestuur functioneert als een vertegenwoordiger van het volk en daarom niet aan rechterlijk toezicht onderworpen zou behoeven te worden. Daarvoor is de bestuurspraktijk te divers en zijn de verschillen tussen micro- en macrobestuur te groot.'

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

82. Van der Hoeven 1989, p. 138.

83. De wenselijkheid van de invoering van het algemeen kiesrecht werd door Struycken dan ook niet zonder reserve aanvaard. Enerzijds geeft hij toe dat het 'domme meerderheidsbeginsel' in politieke kwesties de eindbeslissing zal moeten geven, maar anderzijds spreekt hij ook de hoop uit dat 'al die stemmen' uiteindelijk het resultaat zijn van 'ontelbare invloeden van mensch op mensch, waarin zich de ongelijkheid in bekwaamheid, in economische positie en in zedelijk gezag' altijd zal doen gelden. Dat 'bedeelden, verkwesters, de faillieten en de belastingwanbetalers' in het nieuwe systeem ook een stem zullen hebben, gaat Struycken echter te ver. Zie A.A.H. Struycken, 'Kiesrecht', in: *Verzamelde werken*, deel 1, Arnhem: Gouda Quint 1924, p. 17-26.



Struycken dan ook niet zozeer moeten leggen in controle op het overheidsbestuur, maar in plaats daarvan op haar taak 'de administratie op te voeren tot de gedachte, dat het haar taak is, van den jongsten ambtenaar tot het hoogste college, de harmonie van gemeenschap en individu te verwezenlijken'.<sup>84</sup> Voor zover Struyckens visie als onrealistisch valt te beschouwen, betreft het dus niet een 'doctrinair en aprioristisch' vertrouwen in de mogelijkheden van democratische controle, maar eerder de idealistische gedachte dat het bestuur in de moderne constitutionele staat in zijn geheel zou kunnen worden beschouwd als de verpersoonlijking van een bepaald, algemeen gedeeld gemeenschapsethos, waarbij de monarch de organische eenheid tussen het volk en het bestuur belichaamt.<sup>85</sup>

## 5. Conclusie

Al met al wordt op die manier duidelijk dat Struycken voor zijn visie op administratieve rechtspraak teruggrijpt op de organische staatsfilosofie van Hegel en Stahl. Evenals Struycken zagen zij de staat in de eerste plaats als een zedelijke leefgemeenschap ('sittliches Reich'), waarbij het bestuur niet zozeer als opponent van de burgers moet worden beschouwd, maar veeleer juist als de belichaming en verpersoonlijking van een gedeelde volksovertuiging. Het voortbestaan van de zedenstaat is volgens Struycken en Stahl met de invoering van onafhankelijke rechtspraak niet verenigbaar. In bestuursrechtelijke kwesties zou het in de gemeenschap zelf gewortelde bestuur, dat door Stahl als 'sittliche Macht' wordt beschouwd, daarom veel beter kunnen oordelen dan een onafhankelijke rechter, die zijn oordeel slechts zou kunnen baseren op formeel-abstracte rechtsregels. Onafhankelijke bestuursrechtspraak zou daarom leiden tot desintegratie van de staat als organische leefgemeenschap; van de staat als 'zedelijk rijk' (*sittliches Reich*), waarvan de burgers de 'ergänzende Glieder' zijn, zou in dat geval weinig overblijven. De burgers rest in de ogen van Stahl en Struycken in dat geval niet veel meer dan een bestaan als 'losgetrennte, unabhängige' subjecten, die nergens integraal onderdeel van uitmaken en dientengevolge niet werkelijk vrij zijn.

In de legistische rechtsopvatting van Laband geldt de staat niet langer als organische leefgemeenschap, maar nog slechts als kunstmatige creatie. De langs formeel-democratische lijnen vastgestelde staatswil is voor hem de enige rechtsbron. Zijn geformaliseerde versie van de rechtsstaat heeft dan ook veel weg van een *wettenstaat*, waarin het absolutisme van de vorst is ingeruild voor de almacht van de formele staatswil. Loeffs visie op bestuursrechtspraak hangt met dergelijke legistische ideeën onmiddellijk samen. Tussen overheidsdienaren enerzijds en individuele burgers anderzijds kan volgens hem nooit een daadwerkelijke publiekrechtelijke rechtsband bestaan; zowel overheidsorganen als burgers staan in hun ogen slechts in een verplichtende verhouding ten opzichte van de geformaliseerde algemene wil van de staat. Bij bestuursrechtspraak is daarom volgens hen geen sprake van *partijen*, maar slechts van *betrokkenen*; de procedure dient in zijn ogen dan ook uitsluitend te draaien om abstracte

toetsing van overheidshandelen aan het objectieve recht. Het is opvallend dat Loeffs formalisme dat van Laband zelfs nog overtreft. Terwijl Laband inziet dat rechterlijke beoordeling in het bestuursproces niet toekan met juridisch-rationele redeneerwijzen alleen, ziet Loeff in louter 'vernunftrechtliche' bestuursrechtspraak geen enkel probleem. In tegenstelling tot Laband heeft hij er daarom geen enkele moeite mee bestuursrechtspraak uit te besteden aan de gewone rechter.

De vergelijking tussen het rechtsdenken van Loeff en dat van zijn belangrijkste Duitse inspiratiebron maakt op die manier duidelijk, hoe extreem Loeffs denkbeelden in zijn tijd reeds waren. Dat zijn plannen voor onafhankelijke bestuursrechtspraak op forse weerstand stuitten, is dan ook niet verbazingwekkend. Dat Struycken voor zijn argumenten tegen Loeffs plannen voornamelijk uit de organische rechts- en staatsleer putte, verbaast evenmin. Voor hem lag nog voor de hand, dat een gewone rechter zijn oordeel over bestuurshandelen slechts zou kunnen baseren op juridisch-doctrinaire gronden. Dat juridische beoordeling van overheidshandelen meer zou kunnen inhouden dan uitwendige *wetmatigheidscontrole* alleen, was in Struyckens tijd nog lang geen gemeengoed. Vandaar dat Struycken de mogelijkheid om overheidshandelen ook op behoorlijkheid te toetsen vooral zocht in het conservatieve concept van 'zedelijkheid', dat hij beschouwde als een buitenjuridisch waardenpatroon waarmee bestuurders meer voeling hebben dan rechters. Met een overdreven vertrouwen in democratische controle op overheidsorganen hadden zijn bezwaren tegen onafhankelijke administratieve rechtspraak in ieder geval niets te maken.

84. Struycken 1910, p. 36-37.

85. Vgl. ook Struycken 1912, p. 113-114.