

# Loeff versus Struycken: wie had gelijk?

Prof.mr. R.J.N. Schlössels\*



Het achteraf duiden van een wetenschappelijk debat in termen van *'wie had gelijk?'* is altijd riskant. Visies

gaan een eigen leven leiden. Ook kan het zijn dat een gebeurtenis niet langer in de juiste historisch-maatschappelijke context wordt geplaatst. Toch kan het verstrijken van tijd ertoe bijdragen dat standpunten juist beter worden begrepen. Dit geldt bijvoorbeeld voor het thema *'bestuur versus rechter'*. De kennis over bestuurlijke discretie (tegenwoordig vaak aangeduid als beleids- en beoordelingsvrijheid), het ongeschreven bestuursrecht en de grenzen van rechterlijke toetsing is de afgelopen honderd jaar fors gegroeid.

Aan het begin van de twintigste eeuw was deze kennis nog beperkt. Veel juristen vonden het moeilijk de bewegingsruimte die het 'moderne' bestuur binnen vage wettelijke kaders toekomt juridisch te duiden. Het vinden van een antwoord op de vraag of, en in hoeverre, de rechter het bestuur zou mogen controleren bleek bijgevolg moeilijk. Dit leidde tot turbulente discussies. De controverse tussen minister van Justitie J.A. Loeff en de Amsterdamse hoogleraar A.A.H. Struycken (die eerder de naam Struiken en Struijken voerde) behoort in dit verband tot de bestuursrechtelijke klassiekers.

## Administratie of rechter

De wetenschappelijke aanvaring tussen Loeff en Struycken diende zich aan in de vorm

\* Raymond Schlössels is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

van het met scherpe pen geschreven boekje ‘Administratie of rechter’.<sup>1</sup> In deze ‘brochure’ lanceerde Struycken een frontale aanval op de zogenaamde wetsontwerpen Loeff (1905).<sup>2</sup> Met deze ontwerpen wilde Loeff een doorbraak forceren in de discussie over de invoering van ‘administratieve rechtspraak’.<sup>3</sup> Deze discussie gijzelde het Nederlandse bestuursrechtelijke debat sinds de wijziging van de Grondwet in 1887.

## De wetenschappelijke aanvaring tussen Loeff en Struycken diende zich aan in de vorm van het met scherpe pen geschreven boekje ‘Administratie of rechter’

Loeff, die aanvankelijk advocaat was, hakte vier knopen door:

1. bestuursrechtspraak was volgens hem inherent aan de rechtsstaatgedachte en daarom onvermijdelijk,
2. dit type rechtspraak zou volgens hem moeten worden geïntegreerd in de gewone rechterlijke macht,
3. de rechter diende in bestuursrechtelijke zaken te beschikken over een ruime, algemene competentie, en
4. de rechterlijke toetsing zou in beginsel een algehele wetmatigheidscontrole van het bestuurshandelen moeten inhouden, ook dáár waar het bestuur slechts is gebonden door vage wettelijke normen.

## Loeff liet zich niet veel gelegen liggen aan maatschappelijke gevoeligheden. Meningingen van wetenschappelijke tegenstanders (maar ook adviezen van de Raad van State) brachten hem niet van de wijs

Hiermee nam Loeff een aanzienlijk risico. Veel Nederlandse geesten waren in 1905 niet rijp voor de invoering van algemene bestuursrechtspraak. Maar Loeff liet zich niet veel gelegen liggen aan maatschappelijke gevoeligheden. Meningingen van wetenschappelijke te-

genstanders (maar ook adviezen van de Raad van State) brachten hem niet van de wijs. Hij handelende rechtlijnig in de geest van het rechtsstatelijk-constitutionalisme. Hierbij hanteerde hij de deductieve methode. Niet de juridische werkelijkheid vormde voor hem het vertrekpunt, maar de zuivere theorie.

### De rechtlijnige voorstellen van hardliner Loeff

Van der Hoeven, die de personen Loeff en Struycken voortreffelijk heeft belicht, merkte over het werk van Loeff op: ‘...vanuit algemeen geformuleerde stellingen ging hij de werkelijkheid te lijf. Diezelfde methode blijkt ook uit zijn ontwerpen tot invoering van een algemene administratieve rechtspraak...’<sup>4</sup> Dit deed er niet aan af dat Van der Hoeven onder de indruk was van de voorstellen van Loeff. Hij typeerde deze als werk: ‘...dat in onze wetgevingsgeschiedenis zijn weerga in volledigheid, perfectionisme en leerstelligheid nauwelijks zal vinden.’

## Dat de ontwerpen van Loeff het politieke debat niet overleefden valt uiteindelijk toe te schrijven aan verschillende oorzaken. Zo deed de stoeve, wat arrogante en hautaine opstelling van Loeff zijn voorstellen geen goed

Perfectionisme is echter geen garantie voor succes, nog afgezien van de vraag hoe perfect het werk van Loeff daadwerkelijk was.<sup>5</sup> De parlementaire behandeling van de indrukwekkende, maar helaas gebrekkig gemotiveerde wetsontwerpen verzandde. De ‘ontwerpen Loeff’ belandden in de ijskast. In 1937 – meer dan 15 jaar na het overlijden van Loeff – werden de voorstellen formeel ingetrokken. De kaarten voor een spoedige invoering van algemene bestuursrechtspraak waren er in die tijd niet beter op geworden. De sterke positie van het administratief beroep (met als juweel het Kroonberoep) en de komst van bijzondere administratieve rechtspraak vormden geen goede voedingsbodem. Van betekenis was verder dat de burgerlijke rechter zich sinds het arrest *Guldemonde/Noordwijkerhout*<sup>6</sup> intensiever met de rechtsbescherming tegen de overheid was gaan bemoeien. Het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad was in de jaren dertig sterk in ontwikkeling.

1 Arnhem 1910.

2 Waaronder een ontwerp-Wet van Administratieve Rechtsvordering. Zie over de ontwerpen bijv. M. Schreuder-Vlasblom, *De macht der kritiek. De gedachtenvorming over aard en zin van rechterlijke beoordeling van bestuurs-optreden sedert omstreeks 1815* (diss. RUG), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 144 e.v.

3 In het hedendaagse jargon is het begrip ‘administratieve rechtspraak’ verdrongen door het begrip ‘bestuursrechtspraak’.

4 J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 124.

5 Vgl. bijv. F.C.M.A. Michiels, ‘Oude meesters. Het gelijk van Struycken’, *NTB* 2008/10, p. 344. Ondanks technische onvolkomenheden waren de voorstellen hun tijd zeker vooruit.

6 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, 407; zie aflevering 18 van de *Canon van het Recht* in het november-nummer van *Ars Aequi*.

Dat de ontwerpen van Loeff het politieke debat niet overleefden valt uiteindelijk toe te schrijven aan verschillende oorzaken. Zo deed de stroeve, wat arrogante en hautaine opstelling van Loeff zijn voorstellen geen goed. Méér aandacht voor de rechtspraktijk en bestuurlijke pijnpunten zou het draagvlak voor zijn opvattingen hebben verstevigd.

## Dodelijker was het dorre, desolate beeld dat opponent Struycken wist op te roepen van Loeffs rechtsstaatsideaal

### De briljante retoriek van Struycken

Dodelijker was het dorre, desolate beeld dat opponent Struycken wist op te roepen van Loeffs rechtsstaatsideaal. Struycken werd hierbij gesteund door zijn retorisch talent. Zonder de gedachten van Loeff op een fijnbesnaarde wijze weer te geven plaatste hij deze resoluut in de categorie van de ‘formeel juridische rechtsstaatsgedachte’. In de starre staatsrechtelijke wereld van Loeff – zo volgt uit het betoog van Struycken – was de onafhankelijke rechter een noodzakelijke factor om absolute overheidsmacht te beteugelen en de rechten van burgers aan de hand van de letter van de wet te beschermen.

## Struycken zag het ‘moderne’ bestuur vooral als een gemeenschapsinstututie die niet onder het dictaat van een onafhankelijke rechter behoorde te worden gesteld

Volgens Struycken sloot dit gedachtegoed niet langer aan bij de rechtsstatelijke verhoudingen die zich in ons land hadden gevestigd (hij doelde op de parlementaire monarchie). Struycken zag het ‘moderne’ bestuur vooral als een gemeenschapsinstututie die niet onder het dictaat van een onafhankelijke rechter behoorde te worden gesteld. Hij wist in dit verband op een intelligente wijze een genuanceerd beeld te schetsen van de machtscheiding. Zo werd de verhouding tussen wetgever en bestuur door hem herijkt. Op een indringende wijze maakte hij duidelijk dat

het bestuur zich binnen de grenzen van de wet niet alleen bezighoudt met rechtstoepassing maar tevens met het vormen van nieuw recht. Juist deze bestuurlijke *rechtschepping* mocht (en kon) volgens Struycken niet door de rechter de maat worden genomen aan de hand van de wet. Vanzelfsprekend kon het bestuur ook volgens Struycken onrecht begaan, maar oplossingen voor dit euvel zocht hij in een behoorlijkheidscontrole door – en dus *binnen* – de bestuurlijke organisatie. Politiek-democratische verantwoording en het organiseren van een goed bestuur vormden in zijn optiek complementerende waarborgen.

## Struycken spiegelde de lezer een ‘moderne’ visie met betrekking tot de rechtsstaat voor, maar deze visie blijkt in zijn uitwerking juist zeer behoudend te zijn

### Het Kroonberoep weet zich krachtig te handhaven

Het betoog van Struycken was een enorme opsteker voor het administratieve (Kroon) beroep. Deze vorm van *pseudo-rechtsbescherming* had zich in ons land voortvarend ontwikkeld en werd – zeker in die tijd – door velen gezien als een volwaardig (en zelfs superieur) alternatief voor de rechter. In bestuurlijke kringen ging de boodschap van Struycken er in als koek. Van der Hoeven schrijft het succes van Struycken ook toe aan de mate waarin en de nadruk waarmee hij appelleerde aan het ‘gezond verstand’ boven ‘doctrine’ en aan het aanbevelen van uitbouw van het bestaande (denk in het bijzonder aan diverse vormen van administratief beroep) boven radicale vernieuwing.<sup>7</sup>

Hier stuiten we echter direct op een spanning in het werk van Struycken. Hij spiegelde de lezer een ‘moderne’ visie met betrekking tot de rechtsstaat voor, maar deze visie blijkt in zijn uitwerking juist zeer behoudend te zijn. Opmerkelijk is verder dat Struycken een beeld oproept van een rotsvast vertrouwen in de bestuurspraktijk. Maar zijn betoog geeft nauwelijks blijk van concrete beschouwingen over die praktijk. Ook het Kroonberoep blijft in zoverre onderbelicht.<sup>8</sup> Struycken bestrijdt Loeff niet met harde empirische gegevens,

7 Van der Hoeven 1989, p. 133.

8 Van der Hoeven 1989, p. 140-141.

maar slechts met een rechtspolitiek betoog. Van der Hoeven zag dit scherp: 'Het betoog van Struycken draagt dan ook een overwegend apriorisch en doctrinair karakter en verschilt in dat opzicht niet van dat van zijn tegenstanders.'<sup>9</sup>

Hoe dan ook, feit is dat het betoog van Struycken van grote invloed is geweest op de verdere ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht en op het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid. Doordat algemene bestuursrechtspraak uitbleef wist het Kroonberoep zich in ons land tot in de jaren tachtig van de vorige eeuw krachtig te handhaven. Het Straatsburgse Hof voor de Rechten van de Mens moest er zelfs aan te pas komen om geschilbeslechting door het 'hoogste bestuursorgaan' in strijd met de eisen van onafhankelijke rechtspraak te oordelen (vgl. het bekende Benthem-arrest).<sup>10</sup> Dit alles heeft in bestuursrechtelijke kringen niet bijgedragen aan een positieve beeldvorming rondom de persoon Struycken. Hij zou het zijn geweest die de introductie van bestuursrechtspraak in ons land dwarsboomde toen in landen als Duitsland en Frankrijk juist belangrijke vorderingen werden geboekt. Dat dit beeld eenzijdig en ongenueanceerd is, heeft Michiels recentelijk duidelijk gemaakt.<sup>11</sup> Maar had Struycken, zoals Michiels betoogt, ook het gelijk 'grotendeels' aan zijn zijde?

## Feit is dat het betoog van Struycken van grote invloed is geweest op de verdere ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht en op het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid

### Loeff versus Struycken en hun (on)gelijk...

Kijken we door een hedendaagse bril naar de standpunten van de rechtsstatelijk-idealist Loeff en de democratisch-idealist Struycken dan kan hooguit worden vastgesteld dat *beide* standpunten waardevolle elementen bevatten. Blinde vlekken zijn er ook. Zowel Loeff als Struycken hadden geen goed zicht op het bestuursrecht als een samenhangend stelsel van *geschreven* en *ongeschreven* rechtsnor-

men. Loeff presenteerde de binding van het bestuur aan de wet nogal zwart-wit. Voor ongeschreven bestuursrecht had hij geen aandacht. Struycken wees wel op de binding van het bestuur aan eisen van *behoorlijkheid*, maar hij kon (of wilde) deze eisen niet vertalen naar *rechtsnormen*. Voor hem was dit ook geen noodzaak. De grote verdienste van Struycken is vooral gelegen in het feit dat hij het bestuur een duidelijke plaats toebedeelde in het proces van rechtsvorming. Hij had de essentie van bestuurlijke discretie ('het scheppen van nieuw recht') doorgrond en in zoverre een voorsprong genomen op Loeff.

## Kijken we door een hedendaagse bril naar de standpunten van de rechtsstatelijk-idealist Loeff en de democratisch-idealist Struycken dan kan hooguit worden vastgesteld dat beide standpunten waardevolle elementen bevatten

Maar het standpunt van Loeff was eveneens verdienstelijk. Voor hem was volstrekt duidelijk dat een onafhankelijke en onpartijdige rechter in het moderne bestuursrecht een belangrijke en onmisbare tegenspeler is (en moet zijn) van het gebureaucratiseerde bestuur.<sup>12</sup> Geschilbeslechting door het bestuur onder democratisch-politieke verantwoording schiet tekort. Hiermee trad hij in de voetsporen van Buijs die al zo'n honderd jaar (!) voor het Benthem-arrest krachtig betoogde dat rechtspraak door het bestuur zelf 'het merkteken van hare onvolkomenheid' op het voorhoofd zou dragen.<sup>13</sup> Op het terrein van het publiekrecht moesten volgens Buijs typische rechtsvragen door de rechter worden beantwoord: 'Die rechter is hier op het terrein dat hem van nature toebehoort, terwijl de Regeering haar natuurlijk gebied verlaat zoo dikwijls zij in dien rechtsstrijd met beslissend gezag zou willen optreden.'<sup>14</sup> Wel moest de vrijheid van de administratie volgens Buijs door de rechter worden gerespecteerd.

En hier zat de crux. Loeff had anders dan Struycken de essentie van bestuurlijke discretie nog onvoldoende doorgrond. Ook gaf hij geen overtuigend antwoord op de vraag hoe de

9 Van der Hoeven 1989, p. 141.

10 Vgl. EHRM 23 oktober 1985, AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch-Ballin. Zie in dit verband de bijdrage van mr. A.J. Bok, nr. 42 van de *Canon van het Recht*, die in het meinummer van *Ars Aequi* zal verschijnen.

11 Michiels 2008, p. 341. Michiels roept het tijdsbeeld in herinnering. Het beeld dat Struycken terecht had van rechters – zij stonden toen veel minder midden in de maatschappij dan tegenwoordig – kan verklaren waarom hij zich keerde tegen bestuursrechtspraak en de voorkeur gaf aan geschilbeslechting door het nauw bij de samenleving betrokken 'moderne' bestuur.

12 Iets wat Van der Hoeven plaatst in het teken van de problematiek van het 'micro-bestuur'. De bestuursorganisatie manifesteert zich in onze samenleving als een complex geheel dat voor de vertegenwoordigende organen moeilijk stuurbaar en controleerbaar is, vooral waar het gaat om het nemen van ontelbare beslissingen in concrete gevallen. Weliswaar ziet ook geschilbeslechting door het bestuur (bijv. administratief beroep) op het microbestuur, maar hier worden de noodzakelijke elementen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid gemist.

13 J.T. Buijs, *De Grondwet*, Deel II, Arnhem: P. Gouda Quint 1887, p. 325.

14 J.T. Buijs, *De Grondwet*, Deel I, Arnhem: P. Gouda Quint 1883, p. 326.

rechter bestuurlijke vrijheid het beste aan het recht zou kunnen toetsen. Publiekrecht was in zijn belevingswereld wettenrecht. In het kader van het rechterlijke wetmatigheidsberoep was het aan de rechter om vage wettelijke termen bindend te interpreteren. Tegen deze achtergrond wist Loeff de verhouding bestuur-rechter niet op een genuanceerde wijze te benaderen. Daarom is het niet vreemd dat juist zijn denkbeelden het beeld oproepen dat de rechter op de stoel van het bestuur zou plaatsnemen.

### Noch Loeff, noch Struycken slaagden er in een brug te slaan tussen bestuurlijke discretie en rechterlijke toetsing

Noch Loeff, noch Struycken slaagden er in een brug te slaan tussen bestuurlijke discretie en rechterlijke toetsing. Anderen waren op dit punt aan het begin van de twintigste eeuw verder gevorderd, maar hun werk kreeg niet de aandacht die het verdiende. Te wijzen valt bijvoorbeeld op het fraaie proefschrift van Boasson (1911).<sup>15</sup> Hij wist in ons land een stevig theoretisch fundament te leggen voor de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen zouden later een hoofdrol gaan spelen bij de toetsing van beleids- en beoordelingsvrijheid. Voor Loeff en Struycken was dit goeddeels *terra incognita*. Dit doet er niet aan af dat hun controverse het vraagstuk van de administratieve rechtsbescherming op scherp stelde. Anderen waren vervolgens in staat het bestuursrecht op dit punt verder te ontwikkelen.

15 J.J. Boasson, *De rechter tegenover de vrijheid der administratie* (diss. Groningen), Groningen: J.B. Wolters 1911. Hierover R.J.N. Schlössels, 'Oude meesters. J.J. Boasson: de rechter tegenover de vrijheid der administratie', *NTB* 2008/6, p. 180 e.v..