

De voorspelling van Thorbecke

De betekenis van Thorbecke voor de ontwikkeling van het bestuursrecht

Prof. Frank van Ommeren voor KNAW-symposium 'Erfenis en actualiteit van Thorbecke (1872-2022)' – 14 oktober 2022

Deze voordracht is gebaseerd op mijn 'Thorbecke als eerste hoogleraar bestuursrecht. Naar aanleiding van 'Thorbecke wil het – Biografie van een Staatsman' (Remieg Aerts)', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2021/281, p. 601-607.

Heel veel dank voor de leuke uitnodiging om hier iets te komen vertellen over de betekenis van Thorbecke voor de ontwikkeling van het bestuursrecht.

Geachte aanwezigen, ik wil graag beginnen met de prachtige biografie van de hand van *Remieg Aerts*. Ik heb daarvan heel veel geleerd.

Aerts rondt zijn biografie af met de conclusie dat Thorbecke – in de eerste helft van zijn leven – een bijzondere “deels nog onderschatte” bijdrage heeft geleverd aan verschillende wetenschapsgebieden, in elk geval aan de geschiedenis en de rechtswetenschap. Dat is zeer herkenbaar. Ik wil hier graag die bevinding verder onderbouwen voor het vakgebied van het *bestuursrecht*.

Er is namelijk *één* feit dat die biografie *niet* heeft *gehaald*, en dat ik hier graag wil benadrukken. En dat is een *voorspelling* die Thorbecke heeft gedaan. Thorbecke is namelijk de allereerste geweest die heeft voorspeld dat er ooit een *wetboek van bestuursrecht* zou komen. Die voorspelling deed hij heel erg vroeg, eigenlijk al voordat er in Nederland zoiets als een vakgebied van het bestuursrecht bestond.

Thorbecke sprak overigens niet over “bestuursrecht”. Hij had het meestal over “politisch recht”. Ook gebruikte hij wel de term “administratief recht”.

Dat zijn voorspelling ook echt is *uitgekomen* en dat een algemeen wetboek van bestuursrecht inderdaad van grote betekenis is voor het functioneren van het openbaar bestuur, is voor de wetenschap van het bestuursrecht buitengewoon belangrijk gebleken. Die voorspelling is iets waarbij ik voor mijn studenten aan de VU en in mijn publicaties over de moderne verhouding tussen publiekrecht en

privaatrecht juist wél pleeg stil te staan.¹ Dus ik maak graag van de gelegenheid gebruik om dat vanmorgen hier óók te doen.

Het leidt geen twijfel dat de betekenis van Thorbecke voor het deelgebied van het *Staatsrecht* enorm groot is geweest. Niet voor niets geldt Thorbecke als de grondlegger van ons staatsbestel. Tegen deze achtergrond is het beslist opmerkelijk te noemen dat de betekenis van Thorbecke voor het *bestuursrecht* veel minder bekend is.

Eerste hoogleraar en minister

Die relatieve onbekendheid is opmerkelijk, omdat Thorbecke bestuursrecht doceerde aan de universiteit Leiden. Dat was voordat hij de nationale politiek in ging.

Sterker nog, Thorbecke was de *eerste hoogleraar* die in Nederland colleges over het bestuursrecht gaf. Dat deed hij op eigen initiatief, vanaf het collegejaar 1846/47, dus nog ruim voordat dit vakgebied aan de universiteit en in de wet werd erkend, want dat zou pas in 1876 gebeuren (met de toenmalige Wet op het Hoger Onderwijs).

Bovendien stond Thorbecke als *minister* aan de basis van buitengewoon veel bestuursrechtelijke *wetgeving*. Thorbecke heeft de nodige van zijn als wetenschapper uitgedokterde ideeën als politicus en minister in de praktijk gebracht. *Niet alleen* heeft Thorbecke aan de basis gestaan van de grote *organieke* wetgeving – te denken valt met name aan “zijn” gemeentewet (1851) –, *maar vooral ook* was hij verantwoordelijk voor de totstandkoming van zeer veel *bestuursrechtelijke* wetgeving, zoals de wetgeving over de onteigening, de jacht, de telegraaf, het geneeskundig toezicht en het middelbaar onderwijs. Ook dit type wetgeving – bestuursrechtelijke wetgeving – heeft nog steeds enorm veel impact op onze samenleving.

Het bestuursrecht is tegenwoordig een *omvangrijk* vakgebied. Het heeft betrekking op het overheidsoptreden en de wet- en regelgeving op *tal van maatschappelijke terreinen* waarop de overheid een stempel drukt, variërend van de toelating van asielzoekers, ruimtelijke ordening, milieu, klimaat, natuur, water, de gezondheidszorg, de jacht, het onderwijs, telecommunicatie, financieel toezicht,

¹ P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 2.5, p. 19-22.

subsidies, uitkeringen en toeslagen, en zo kan ik nog wel even doorgaan. Vrijwel geen enkele maatschappelijke sector wordt er niet door geraakt. Het bestuursrecht heeft bovendien in kwantitatief opzicht de laatste vijftig jaar een *enorme groei* doorgemaakt. Veruit de *meeste* Nederlandse wetgeving is bestuursrechtelijk van aard.

Bestuursrecht: orde in de chaos

Het belang dat Thorbecke toekende aan het bestuursrecht valt reeds betrekkelijk vroeg te kennen uit zijn publicaties. Al in 1843, dus een paar jaar voordat hij bestuursrecht begon te doceren, duidde hij het ontbreken van een theorie over het bestuursrecht aan als “een hoogst gevoelige leemte”. Dat verzuchtte hij al in het voorwoord van de tweede uitgave van zijn *Aanteekening op de Grondwet*. Thorbecke wees erop dat er in ons recht behoefte is om: [\[Slide 2\]](#)

een “hoogst gevoelige leemte” op te vullen, in het bijzonder met een “theorie van ons wettig politieregt, *droit administratif* zeggen de franschen”.

Het bestuursrecht was in zijn tijd nog geen geordend geheel, zoals wij tegenwoordig kennen. Integendeel, het was in de woorden van Thorbecke “een *chaos*”. Er was in zijn tijd *gebrek aan eenheid* en consistentie in vrijwel alle opzichten. Publieke functies en private belangen liepen door elkaar. De verschillende soorten overheidsinstellingen en soorten overheidshandelingen waren niet goed onderscheiden. Er waren nog Franse regelingen en natuurlijk was er de Grondwet, maar die gaf weinig houvast.

Thorbecke wilde *orde* in die chaos scheppen. Wat hebben het beheer van rivierpolders, het recht om dijken aan te leggen, de openbaarheid van de gemeentebegroting en de zeggenschap over de armenzorg met elkaar te maken? Weinig, zo valt op het eerste gezicht te constateren. Maar Thorbecke benaderde al die verschillende zaken vanuit dezelfde *ordenende principes*, waarnaar hij naarstig op zoek was. Zo leren we onder meer ook weer van de biografie van Aerts.

Het was Thorbecke's diepste overtuiging dat het openbaar bestuur *stelselmatig* georganiseerd behoorde te zijn en niet een geheel van toevallig gegroeide historische praktijken. Die eis van stelselmatigheid oftewel consistentie

van openbaar bestuur – het voorkomen van willekeur – geldt trouwens tot op de dag van vandaag als een van de belangrijkste uitgangspunten van het bestuursrecht.

Bij die ordeningsprincipes past ook dat Thorbecke consequent het *algemene belang* - oftewel het publieke belang - boven het particuliere belang stelde. Dat is iets wat in het hedendaagse publiekrecht ook gebeurt. Het is zelfs zo vanzelfsprekend, dat dit uitgangspunt niet of nauwelijks (meer) wordt geëxpliciteerd, maar dat doet er niet aan af dat het nog steeds een buitengewoon zwaarwegend uitgangspunt is.

Dat het bestuursrecht in Thorbeckes tijd, voor zo ver het bestond, nog een *chaos* was, hoeft de moderne jurist niet echt te verwonderen. Die grote mate van versnippering zou bijna een eeuw later de drijfveer voor *Van der Pot* worden om te proberen er eenheid in aan te brengen. En het zou nog veel langer duren voordat die eenheid er een beetje kwam. (Tussen haakjes: die Van der Pot is trouwens dezelfde Van der Pot die zo bekend is geworden met het *Staatsrechtelijke* handboek, Van der Pot – Donner, dat nog steeds wordt bewerkt.)

Het gebrek aan uniformiteit en eenheid zou in de twintigste eeuw lang het hoofdthema van het bestuursrecht blijven, naast het thema van de rechtsbescherming tegen het overheidsoptreden, waarover ik zo meteen ook wat zal zeggen.

Een wetboek van bestuursrecht

Thorbecke wilde dus orde in de chaos scheppen. En wat is daarvoor meer geschikt dan een algemeen overkoepelend *wetboek*? Al in 1848, in zijn *Bijdrage tot de herziening der Grondwet* deed hij de voorspelling dat er in Nederland eens een algemeen wetboek van bestuursrecht zou komen. In de woorden van Thorbecke [Slide 3]:

“Er zal een tijd zijn, waar wij niet minder uitgewerkte wetboeken van politisch, dan van burgerlijk of strafregt bezitten.”²

Het staat er een beetje verstopt, als onderdeel van een ander betoog. Nu ja, “Je ziet het als je het doorhebt,” zoals een andere veel modernere bekende Nederlander ooit zei.

² Thorbecke 1848, p. 86.

Thorbecke's uitspraak moet mijns inziens mede begrepen worden in het licht van het toen heersende legistische tijdperk en tegen de achtergrond van de grote codificaties die in de 19^e eeuw van de grond kwamen.

Over wat er nu precies wel of niet tot het bestuursrecht (in zijn termen: "politisch recht") gerekend moest worden, heeft Thorbecke zich niet heel uitdrukkelijk uitgelaten. Maar wel is van meet af aan duidelijk dat het bestuursrecht in zijn ogen van geheel *andere aard is* dan het privaatrecht of het strafrecht. Hij maakte een scherp en fundamenteel onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

Voor een wetboek van bestuursrecht achtte Thorbecke echter *op dat moment* de "stof" nog onvoldoende "ontgonnen". Wat hij niet kon weten is wat een enorm lange weg die codificatie van de algemene regels van het bestuursrecht nog zou moeten gaan.

Functie van de Awb

Het zou maar liefst tot 1994 duren, voordat zijn voorspelling bewaarheid zou worden. In dat jaar trad de *Algemene wet bestuursrecht* in werking [[Slide 4](#)].

De Algemene wet bestuursrecht (de Awb) had wel enige *voorlopers*, waarvan de bekendste de uit 1976 stammende *Wet Arob* is.³ Maar de Wet Arob had uitsluitend betrekking op de gang naar de bestuursrechter, en was dus allesbehalve het algemeen "uitgewerkt wetboek", waar Thorbecke over sprak.

De *grondwettelijke verankering* van Thorbecke's voorspelling kwam nauwelijks eerder. Pas sinds de algehele herziening van de Grondwet van 1983 schrijft zij voor dat de wet algemene regels van bestuursrecht vaststelt.⁴

De betekenis van algemene codificaties kan moeilijk overschat worden. Het is de functie van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) om een open en dynamisch bestuursrechtelijk kader te bieden voor effectief bestuur op basis van de waarden van de *rechtsstaat*.

Een mooi voorschrift uit de Awb is dat overheidsbesluiten niet in werking mogen treden voordat ze zijn bekendgemaakt. Die bekendmakingsregel sluit goed aan bij het belang van openbaarheid van bestuur, waar Thorbecke zich reeds sterk voor maakte. (Dat neemt natuurlijk niet weg dat openbaarheid van bestuur tot op de

³ Arob: Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.

⁴ Door middel van een extra bepaling in het codificatieartikel (art. 107 lid 2 Gw). Reeds de Grondwet van 1814 bevatte een algemeen codificatieartikel (art. 100), maar dat noemde het bestuursrecht (nog) niet.

dag van vandaag een gevoelig thema is. Denk aan de dit voorjaar ingevoerde Wet Open Overheid.)

Algemene wetgeving heeft met het direct stillen van machtshonger van de regeerders weinig te maken. Algemene wetgeving is veeleer te beschouwen als een *waarborg* van de burger tegen *ongebreideld* overheidsoptreden. Zij beoogt rechtseenheid te realiseren en geldt als middel tegen *willekeurig en overgedifferentieerd* optreden van het openbaar bestuur.

Algemene wetgeving krijgt dan ook tegenwoordig betrekkelijk *weinig politieke aandacht*. Met het hele project van de Algemene wet bestuursrecht hebben politici de afgelopen decennia niet of nauwelijks publiekelijk gescoord. Een recente uitzondering daarop brengt de *kinderopvangtoeslagaffaire*, die nu aanleiding is om de Algemene wet bestuursrecht aan te gaan vullen met extra waarborgen voor de burger.

De Algemene wet bestuursrecht geniet overigens veel *buitenlandse* belangstelling, zo merk ik ook zelf altijd in mijn buitenlandse professionele netwerken. De Algemene wet bestuursrecht is nu een befaamd *exportproduct*, dat het bestuursrecht van vele landen tot voorbeeld strekt. Waar Thorbecke zich voor het bestuursrecht liet inspireren door het toenmalige Franse en Duitse recht, vindt nu dus het *omgekeerde proces* plaats. Zo kent het Franse bestuursrecht nog altijd geen algemene codificatie.

Het eerste bestuursrechtelijke handboek

Thorbecke's voorspelling haalde al in zijn tijd de juridische literatuur. Het allereerste bestuursrechtelijke handboek verscheen in 1856, dus zo'n tien jaar nadat Thorbecke met zijn bestuursrechtelijke colleges was begonnen. De auteur, *J.J. de la Bassecour Caan*, was in het dagelijks leven rechter in de Haagse rechtbank.

Ook De la Bassecour Caan onderstreepte de wenselijkheid van een *algemeen wetboek van bestuursrecht*. In de voorrede van de eerste druk zijn omvangrijke, uit twee delen bestaande handboek, schreef hij [Slide 5]:

“Eene codificatie in de administratieve wetgeving bestaat er niet, alhoewel deze bijna nog noodiger is dan de burgerlijke.”

Het leidt geen twijfel wie de inspiratiebron hiervoor was. In de voorrede vermeldde De la Bassecour Caan uitdrukkelijk dat hij voor het schrijven van zijn handboek veelvuldig gebruik had gemaakt van de opgeschreven aantekeningen van de mondelinge lessen van de Heer *Thorbecke* over het administratief recht. Zijn boek bevat trouwens veel meer dan een uittreksel van het collegedictaat van Thorbecke.⁵

Een bestuursrechtelijke instantie

Het wetboek van bestuursrecht was bepaald niet het enige algemeen bestuursrechtelijke onderwerp waarover Thorbecke zich heeft uitgelaten. Een ander hoofdthema van het bestuursrecht betrof - meer dan een eeuw lang - de vraag aan welke *instantie* de bevoegdheid moet toekomen om het overheidsoptreden te *toetsen* en waar in ons bestel die instantie moet worden gepositioneerd. Ook dit is een klassiek vraagstuk, dat van land tot land, van rechtsstaat tot rechtsstaat, verschillend wordt beantwoord. Het is een vraagstuk waarover op onderdelen in ons land nog steeds wordt gediscussieerd, ook in de politiek. Voor nu is vooral van belang dat ook dat een vraagstuk is waaraan Thorbecke al vroeg een stevige bijdrage heeft geleverd.

Uit onze huidige Grondwet volgt dat bestuursrechtelijke geschillen zowel aan de *burgerlijke* rechter als aan de *bestuursrechter* kunnen worden voorgelegd.⁶ Het is dus aan de (*gewone*) *wetgever* om te bepalen welke overheidsoptreden wordt getoetst door de bestuursrechter en welk overheidsoptreden wordt getoetst door de burgerlijke rechter. De wetgever heeft dat ook gedaan. Voor het overgrote deel is die verdeling tegenwoordig tot uitdrukking gebracht in de *Algemene wet bestuursrecht*.

De regel dat het handelen van het openbaar bestuur niet uitsluitend door de bestuursrechter maar – als de wetgever dat wenst – door de burgerlijke rechter kan worden getoetst, staat al sinds 1887 in de Grondwet.

Thorbecke zou het hier zonder twijfel *niet mee eens* zijn geweest. Thorbecke stond van meet af aan een veel scherpere scheiding van publiek- en privaatrecht voor. De hybriditeit van de Grondwet op dit punt moet hem een gruwel zijn geweest.

In zijn *Bijdrage tot de herziening der Grondwet* (1848) liet Thorbecke zich in ferme taal over deze kwestie uit. Het voorstel van de

⁵ J.J. de la Bassecour Caan, *Handleiding tot de kennis van het administratief recht in Nederland*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1856 (2^e druk 1865/1866).

⁶ Art. 112 lid 2 Gw.

grondwetsherzieningscommissie hield in dat geschillen over bestuursrechtelijke rechten moesten worden voorgelegd aan de rechter, te weten de (gewone) *burgerlijke* rechter.⁷ Thorbecke was het hier niet mee eens. Hij droeg daarvoor verschillende argumenten aan, waarvan de belangrijkste was dat de burgerlijke rechter hiervoor onvoldoende geëquipeerd zal zijn, omdat de *wetgeving* waaraan hij de bestuursrechtelijke geschillen moet toetsen van heel *andere aard* zal zijn dan de burgerlijke wetgeving waaraan hij gewoonlijk toetst. Thorbecke onderstreept dat de wetgeving op basis waarvan de bestuursrechter recht moet spreken een heel *ander soort wetgeving* is dan de burgerlijke wetgeving, die door verschillende rechtsbeginselen wordt beheerst, en dat bestuursrechtspraak een ander afzonderlijk vakgebied is dat aparte studie, voorbereiding en oefening vereist.⁸

Het is beslist opmerkelijk te noemen dat Thorbecke toen al, tegen de tijdsgeest in, een aparte bestuursrechtelijke instantie bepleitte, waarvan hij overigens in het midden liet hoe die er precies uit moest komen te zien⁹ [Slide 6]. Zijn voornaamste argument was gebaseerd op een toekomstbeeld.

Hij had ook nog wel enige andere argumenten voor die aparte bestuursrechtelijke instantie – die “algemene politieke rechter” zoals hij het uitdrukte – zoals de aard van het burgerlijk procesrecht, de lengte van civielrechtelijke gerechtelijke procedures en de kosten daarvan, maar dat waren *bijkomende* argumenten. Overigens spelen ook deze bijkomende argumenten in de *moderne* discussie een rol, tot op de dag van vandaag.

De harde kern van zijn gedachtegang wordt evenwel gevormd door een ver doorgevoerde scheiding tussen publiek- en privaatrecht.

Slot: nader onderzoek

Beste aanwezigen, ik hoop op deze manier enkele belangrijke inhoudelijke aspecten van Thorbecke's werk te hebben laten zien, die van grote betekenis zijn gebleken voor de ontwikkeling van het moderne bestuursrecht. Naast het feit dat hij de eerste hoogleraar was die in ons land bestuursrecht doceerde.

⁷ Thorbecke 1848, p. 79 e.v.

⁸ Thorbecke 1848, p. 85.

⁹ Thorbecke verwachtte behoefte aan van het openbaar bestuur onafhankelijke, zelfstandige colleges die naast advisering en onderzoek met bestuursrechtspraak worden belast (Thorbecke 1848, p. 88).

Er valt nog veel meer over de betekenis van Thorbecke voor de ontwikkeling van dit vakgebied te zeggen, maar dat gaat uiteraard niet in dit korte tijdsbestek. Ik denk dan onder meer aan:

- de verbinding die Thorbecke van meet af aan legde tussen rechtstheorie en bestuursrechtelijke rechtspraktijk; en
- de verhouding tussen openbaar bestuur en de uitvoering van *publieke taken* door *maatschappelijke organisaties*, nog steeds een van de kernthema's van het bestuursrecht, overigens niet alleen in Nederland maar ook daarbuiten.

Dit ochtenddeel van dit symposium staat in het teken van de verdienste van Thorbecke voor de wetenschap. Ik wil mijn bijdrage dan ook graag op een traditioneel wetenschappelijke manier afsluiten (een beetje tegen mijn eigen gewoonte in), namelijk met een oproep tot *nader onderzoek*.

Het zou - zoals Remieg Aerts mij suggereerde - zeer de moeite waard zijn het dossier in het Nationaal Archief van de colleges van Thorbecke over het bestuursrecht vanuit huidig *juridisch* perspectief nader te analyseren en in *bestuursrechtelijke context* te plaatsen. Dat is nog nooit gebeurd. Zonder twijfel valt daaruit nog veel meer te leren over de betekenis van Thorbecke voor de ontwikkeling van het moderne bestuursrecht.