

Tussen rechtmatigheid en doelmatigheid. Proeve van een idealenperspectief

*Wenn es Wirklichkeitssinn gibt,
muss es auch Möglichkeitssinn geben.*
(Musil 1978: 16)

1 De rechtsstaat Nederland en de wondere wereld van het bestuursrecht

Het lijkt geen twijfel dat Nederland een rechtsstaat is. Maar wat een 'rechtsstaat' eigenlijk is en in welke mate Nederland aan eisen van rechtsstatelijkheid voldoet, staat permanent ter discussie. Historisch gezien keren discussies over de botsing tussen rechtsstatelijke idealen en de weerbarstige, want veranderende, werkelijkheid telkens terug. Zulke discussies hebben een grote continuïteit - termen als *rechtmatigheid* en *doelmatigheid* worden deze hele eeuw al gehanteerd - maar kennen tegelijk steevast een open einde: de deelnemers aan de discussie komen niet tot een blijvende oplossing van hun meningsverschillen. De rechtsstaat geeft, zo bezien, aanleiding tot beleidscontroversen. In deze bijdrage wordt een poging gedaan de theorie van Schön en Rein over beleidscontroversen toe te passen op eigentijdse blijvende meningsverschillen over de aard van de (gemeentelijke) overheid: de overheid als rechtsstaat versus de overheid als bedrijf. Daarbij zullen wij laten zien dat idealen een bepalende rol kunnen spelen in beleidscontroversen en dat, omgekeerd, inzicht in de betekenis van idealen ook de theorie een stap verder kan brengen. Ter introductie gaan wij eerst in op de discussie over de rechtsstaat Nederland.

De rechtsstaat en de welvaartsstaat

Toen Böhtlingk in 1958 zijn oratie hield bij de aanvaarding van zijn benoeming als hoogleraar Nederlands en vergelijkend staats- en administratief recht aan de Universiteit van Amsterdam, zag hij de rechtsstaat Nederland in een crisis verkeren. Vergeleken met de situatie in de negentiende eeuw toen de 'klassieke' of 'liberale' rechtsstaat opkwam, was in de moderne welvaartsstaat de situatie niet alleen veranderd maar ook verslechterd:

De rechtsstaat Nederland is in dezelfde crisis geraakt, die overal in West-Europa het klassieke rechtsstaatsbegrip aan het wankelen heeft gebracht. De staatsonthouding

maakte plaats voor de welvaartsstaat, de staat, die behalve als nachtwaker ook optreedt als uitdeler van diensten, als ondernemer, als controleur van de nationale economie, als arbiter tussen de verschillende belangengroepen en tenslotte als consument van bv. gasmaskers, helmen en gewone kantoorbehoeften. De groei van de welvaartsstaat gaat ten dele tegen de oude rechtsstaatgedachte in en ten dele er langs heen, maar gaat in beide gevallen ten koste ervan.¹

Böhtlingk zag de opkomst van wat niet lang daarna de verzorgingsstaat ging heten, gepaard gaan met belangrijke wijzigingen van de rechtsstaat. Het liberale ideaal van het legaliteitsbeginsel stond onder druk: het wetsbegrip van de klassieke rechtsstaat ging uit van algemene rechtsregels die de burgers binden; van vrijheid die gegarandeerd zou worden door de algemeenheid van de wet en de wetmatigheid van de administratie. Maar deze waarborgen verloren hun betekenis toen wetgeving niet langer de belangrijke materiële normen bevatte (vergaande delegatie, 'kaderwetgeving') en de overheid zich actief met vormgeving van het maatschappelijk leven ging bemoeien, een veelvoud van bezigheden waarbij wettelijke detaillering als hinderlijk keurslijf werd ervaren (opkomst van het 'freie Ermessen'). Door middel van subsidies en subsidievoorwaarden bemoeide de overheid zich ingrijpend met de vrijheidssfeer van de burgers; en dit terwijl in de klassieke rechtsstaat geen enkel overheidsorgaan gemachtigd was tot het stellen van 'ge- en verboden in concreto'. Er was weliswaar sprake van toenemende democratisering van de samenleving, maar Böhtlingk zag hierin toch onvoldoende compensatie voor het wegvallen van de bescherming van de vrijheid geboden door het oude materiële wetsbegrip. De rechtsstaat Nederland verkeerde dus in een crisis, maar dit was allerminst reden hierin te berusten. In één adem door riep Böhtlingk op tot inspanningen om de rechtsstaat 'in de werkelijkheid van de welvaartsstaat opnieuw te grondvesten' en hij deed daarbij zelf een aantal spraakmakende suggesties, zoals verruiming van de rechtsbescherming en de invoering van een referendum.

De rechtsstaat en de versoberingsstaat

Negenendertig jaar later, in 1997, houdt Scheltema zijn afscheidsrede als hoogleraar bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Weer is de rechtsstaat aan de orde, alweer is de rechtszekerheid van de burgers een centraal probleem en alweer blijkt het democratische bestuur tekort te schieten. Maar de 'wondere wereld van het bestuursrecht' is inmiddels een heel andere dan de wereld van de 'welvaartsstaat' waar Böhtlingk het over had. Scheltema geeft geen historisch overzicht, maar het achterliggende beeld kan in een aantal steekwoorden worden samengevat. Na de welvaartsstaat en de verzorgingsstaat kwam de versoberingsstaat waarin de 'verzorging van de wieg tot het graf' plaats maakte voor het 'sociaal vangnet'. De

¹ Böhtlingk (1958: 6).

