Verdieping arsaequi.nl/maandblad AA20220384

Mag het bestuur ook wat de rechter mag?

Over de verhouding tussen bestuur en rechter (naar aanleiding van de toeslagenaffaire)

Wim Borst*

Bureaucratie is een beladen term. Was bureaucratie niet de oorzaak van de kinderopvangtoeslagenaffaire? En hebben ook de rechters zich niet te veel gedragen als kille bureaucraten? Wat onderscheidt eigenlijk rechtspraak van bureaucratie? Wat bureaucratie is, heeft Max Weber ons geleerd. Wat rechtspraak is, kunnen we leren van Paul Scholten. De confrontatie van hun visies levert verrassende inzichten op.

1 Inleiding

In het novembernummer 2021 van dit tijdschrift betoogt Lukas van den Berge dat de rechter niet alleen in het privaatrecht maar ook in het bestuursrecht beschikt over een fundamentele bevoegdheid om af te wijken van de (letter van de) wet als de gerechtigheid dat in een concreet geval eist.[1] Sterker nog, hij heeft niet alleen de bevoegdheid, maar onder omstandigheden zelfs de plicht om dat te doen. Van den Berge beroept zich daartoe niet alleen op artikel 3:4 Awb, maar ook op een keur van juridische auteurs: Molengraaff, Taverne, Meijers en in het bijzonder Scholten.

Al dan niet in het voetspoor van Scholten (ik kom daar straks op terug) lijkt Van den Berge echter in de fuik te lopen van een te grote focus op de rechter. Hoewel hij het wel een enkele keer heeft over 'juridische beslissers', gaat zijn betoog toch vooral over de rechter. Maar: wat moet de administratie daarmee? Geldt de afwijkingsbevoegdheid alleen voor de rechter? Moet de administratie de wet dan toch maar mechanisch toepassen? Een beetje à la Max Weber: de bureaucraat *sine ira ac studio*?[2] Dat lijkt mij ongerijmd. Om diverse redenen. Alleen al uit oogpunt van doelmatigheid zou dat erg onwenselijk zijn. Want dan zou je de burger dwingen veel vaker de gang naar de rechter te maken dan wanneer je ook aan het bestuur een afwijkingsbevoegdheid toekent. Maar ook op meer principieel rechtstheoretisch niveau valt te betogen dat het bestuur, net als de rechter, een afwijkingsbevoegdheid heeft.

Te betogen valt dat het bestuur, net als de rechter, een afwijkingsbevoegdheid heeft. Ik wil dat beargumenteren door de opvattingen van Max Weber over bureaucratie te confronteren met de opvattingen van Paul Scholten over rechtspraak c.q. rechtsvinding

* Mr.dr. W.L. Borst EMIM is jurist en informatiemanager en bij het ministerie van Justitie en Veiligheid werkzaam als beleidsadviseur op het gebied van keteninformatisering binnen de strafrechtsketen. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1 L. van den Berge, 'Bestuursrecht na de toeslagenaffaire: hoe nu verder?', *AA* 2021, afl. 11, p. 987-995 (AA20210987).

2 'Zonder woede en passie', dat wil zeggen: zonder partijdigheid.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan. Zie arsaequi.nl/open-access.

In dit artikel wil ik dat beargumenteren door de opvattingen van Weber (een van de grondleggers van de sociologie) over bureaucratie te confronteren met de opvattingen van Paul Scholten (een van de grootste Nederlandse juristen uit de twintigste eeuw) over rechtspraak c.q. rechtsvinding. Daartoe vat ik om te beginnen heel kort hun opvattingen samen (par. 2-3). Scholten heeft met grote nadruk aandacht gevraagd voor de rol van het geweten van de beslisser bij het nemen van (juridische c.q. morele) beslissingen – en daarmee het *persoonlijke* element in de beslissing centraal gesteld in zijn rechtsmethodologie (par. 2). Weber daarentegen heeft met even grote nadruk aandacht gevraagd voor de zakelijke, technische kant van bureaucratie: het overheidshandelen moet vooral *onpersoonlijk* zijn, ontdaan van alle persoonlijke gevoelens en voorkeuren van de ambtenaar (par. 3). Vervolgens confronteer ik die visies in een aantal stappen met elkaar, waarbij ik uitvoeriger inga op Weber (par. 4-8). Natuurlijk rond ik af met een conclusie (par. 9-10).

2 Paul Scholten over rechtsvinding

Scholten heeft zijn visie op rechtsvinding het uitvoerigst uiteengezet in zijn *Algemeen Deel* in de Asser-serie.[3] Scholten betoogt daarin dat de beslissing van de rechter niet louter rationeel geduid kán worden en ook niet zo geduid behóórt te worden. Er is in die beslissing altijd een gedeelte (in de woorden van Scholten: 'een rest'), hoe klein ook, dat zich niet rationeel laat verklaren. Want de juridische beslissing is een *morele* beslissing. De rechter moet daarom uiteindelijk in geweten overtuigd zijn van de juistheid van de beslissing die hij neemt. Het moet voor hem de enige juiste beslissing zijn: 'Voor hem [de rechter, WB] is, omdat het een gewetensbeslissing is, iedere andere oplossing uitgesloten.' Maar het geweten is niet rationeel; het werkt intuïtief. De beslissing van de rechter heeft daarom tegelijk een rationele en een intuïtieve zijde. Deze mengverhouding kan per zaak verschillen, maar de beslissing is in ieder geval nooit enkel rationeel te duiden. Daarmee komt de persoon van de rechter vol in de schijnwerpers te staan. Want waar het recht als rationeel systeem vaak ruimte laat voor verschillende uitkomsten, is het in laatste instantie het geweten dat de rechter brengt tot zijn beslissing. Die beslissing moet hij vervolgens wel motiveren, verantwoorden. En dat gaat (uiteraard) in rationele termen; of zoals mijn promotor, professor Melai, het zei: 'in de onderkoelde termen van het recht'.

Tot zover een korte aanduiding van Scholtens rechtsmethodologie, waarover iedereen het wel eens is.[4] Het *Algemeen Deel*, hierboven vermeld, is het eerste deel van de Asser-serie en als zodanig te vinden in iedere juridische bibliotheek.[5] Door de toegankelijke schrijfstijl van Scholten kan iedere gevorderde rechtenstudent er met vrucht kennis van nemen; ikzelf heb het boek ook al gelezen tijdens mijn studie, in of omstreeks 1975, en dat heeft mij ertoe gebracht mij tot op de huidige dag te verdiepen in wat hij verder allemaal nog geschreven heeft over recht en moraal.

> Alle Scholten-commentatoren die uitsluitend focussen op de rechter doen dat omdat zij onvoldoende oog hebben voor het belang van Scholtens mensbeeld voor zijn leer over de rechtsvinding

Ik voeg hier echter dadelijk iets aan toe waar níet iedereen het over eens is. Alle commentatoren van Scholten focussen op de rechter. Zij betrekken alles wat Scholten heeft geschreven over de methode van rechtsvinding op de rechter. Maar Scholten heeft ze op het verkeerde been gezet. Weliswaar zegt hij ergens dat '[t]en slotte […] ieder eigenlijk juristenwerk werkelijk of gedacht rechterswerk [is]'. Maar hij voegt er in één adem aan toe: 'ook de advocaat, die adviseert, stelt zich op het standpunt van bestaande of onderstelde verhoudingen om uit te maken wat de rechter eventueel moet of zal moeten beslissen'.[6] En hetzelfde geldt, voeg ik eraan toe, voor de politicus en de bestuurder en hun adviseurs die beleid maken, voor de uitvoerende ambtenaar die de wet toepast, en voor de wetgever (politicus of ambtenaar) die een wetsvoorstel maakt. Allemaal moeten zij uiteindelijk overwegen wat in een bepaalde situatie rechtvaardig is, allemaal moeten ze (in de visie van Scholten) de gerechtigheid nastreven. Daarmee komen zij allemaal, net als de rechter, vroeg of laat op hetzelfde punt uit waar het rationele systeem niet een bepaalde uitkomst dicteert en waar zij dus zelf in volle verantwoordelijkheid een beslissing moeten nemen. En komen ze dus *allemaal* uiteindelijk bij hun eigen geweten uit. Dat is niet specifiek voor de rechter, het vloeit in de opvatting van

3 P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: Uitgevers-maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1931 (eerste druk; vrijwel ongewijzigde herdrukken volgden in 1934 en 1974). Daarover W. Borst, 'Het algemeen deel van Paul Scholten', *Radix. Tijdschrift over geloof, wetenschap en samenleving* 2007, afl. 4, p. 336-353.

4 Uitvoeriger hierover W. Borst, 'Paul Scholten en de rule of law', *R&R* 2004, afl. 3, p. 299-314; en B. Hengstmengel & T. Slootweg (red.), *Recht en persoon. Verkenningen in de rechtstheologie van Paul Scholten*, Deventer: Akkermans en Hunink Uitgevers 2013.

5 Het is inmiddels ook in het Engels vertaald en gepubliceerd, en integraal te vinden op de website *www.paulscholten.eu*, een onderdeel van het Digital Paul Scholten Project (DPSP) van de UvA.

6 G.J. Scholten, Y. Scholten & M.H. Bregstein (red.), *Verzamelde geschriften van prof. mr. Paul Scholten. Eerste deel*, Zwolle: Uitgevers-maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 454.

7 Ik heb dit voor het eerst gesignaleerd in mijn opstel 'Het geweten van de robotrechter. Een verkenning in het grensgebied van recht en ICT', in: T. Kooijmans e.a. (red.), *Op zoek naar evenwicht. Liber amicorum Marc Groenhuijsen*,

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

Scholten onontkoombaar voort uit zijn mensbeeld en zijn visie op recht als onderdeel van de ethiek. Alle Scholten-commentatoren die uitsluitend focussen op de rechter doen dat omdat zij onvoldoende oog hebben voor het belang van Scholtens mensbeeld voor zijn leer over de rechtsvinding.[7] Dit inzicht is cruciaal voor mijn conclusie, zoals ik in dit opstel zal uiteenzetten.

In elk geval is buiten twijfel dat de *persoon* van de beslisser (c.q. de rechter) in de rechtsvinding naar de opvatting van Scholten een centrale plaats inneemt. En dat botst, in ieder geval op het eerste gezicht, stevig met de opvattingen van Weber over bureaucratie en de rol van de ambtenaar daarin.

3 Weber samengevat

Weber wordt algemeen gezien als de belangrijkste denker uit de sociologie.[8] De kern van zijn denken over bureaucratie wordt door Caplow (in mijn vertaling) als volgt geschetst:

> Het meest fundamentele kenmerk van bureaucratie is een scherpe scheiding tussen de ambtelijke positie en de persoon die deze bezet. Het ambt c.q. het kantoor (*the office*) is volledig gescheiden van zijn (t)huis (*his home*), en de uren dat hij moet werken zijn gespecificeerd. Zijn gedrag als ambtenaar wordt geacht niet beïnvloed te worden door zijn persoonlijke eigenschappen of betrekkingen, noch door de persoonlijke eigenschappen en betrekkingen van de mensen met wie hij te maken heeft. Het hele doel van het bureaucratische systeem is om arbeidsrelaties te creëren die onpartijdig, onbewogen, voorspelbaar en eenduidig (eenvormig, uniform) zijn.[9]

Weber gaf zich er, aldus Caplow, rekenschap van dat deze situatie voor de persoon die het ambt vervult tot spanningen kan leiden. Dat beschouwde hij zelfs als het probleem bij uitstek van de moderne mens. Hij duidde dit in termen van vervreemding. Want waarlijk menselijk leven moet je als ambtenaar dus blijkbaar buiten de kantooruren doen: 'The individual retains the right to choose between competing values, to commit himself to one goal or another, and to lead a life of fully human choices outside of office hours, so to speak.' Een gespleten leven; maar is dat niet onbevredigend?

Tot zover de korte schets bij Caplow van Webers denken over bureaucratie (in de paragrafen 5 en 7 laat ik Weber zelf uitvoerig aan het woord). De spanning met Scholtens denken over de rol en positie van de rechter is te snijden. De rechter is toch ook ambtenaar? Moet hij dan ook zichzelf buiten spel plaatsen als hij zijn werk doet? Volgens Scholten moet hij dat nu juist niet doen! Is hier sprake van twee waarheden of visies die onverzoenlijk tegenover elkaar blijven staan? Of is er iets van een synthese mogelijk, een overbrugging van de tegenstelling?

De spanning met Scholtens denken over de rol en positie van de rechter is te snijden. De rechter is toch ook ambtenaar? Moet hij dan ook zichzelf buiten spel plaatsen als hij zijn werk doet? Volgens Scholten moet hij dat nu juist niet doen

4 Tussenstand (1)

Max Weber leefde van 1864 tot 1920. Zijn hoofdwerk *Wirtschaft und Gesellschaft*, waarin hij zijn gedachten over bureaucratie ontvouwde, verscheen in 1921, kort na zijn overlijden. Het rechtsfilosofische en methodologische werk van Scholten dateert grotendeels van na die tijd – het *Algemeen Deel* bijvoorbeeld verscheen voor het eerst in 1931. Het lijkt me onwaarschijnlijk dat Scholten geheel onbekend zou zijn met het werk van Weber. Hij was een notoire veellezer; de lijst van zijn publicaties vermeldt tientallen boekbesprekingen. Ook andere *founding fathers* van de sociologie komen bij Scholten niet aan het woord, zoals Comte ('the first man to call himself a sociologist'), Durkheim of Simmel (de laatste was in Scholtens dagen in ieder geval al een beroemdheid). Scholten was vooral op filosofie en theologie georiënteerd, veel meer dan op sociologie. Op één van de weinige plaatsen waar hij de sociologie noemt, schrijft hij:

> 'In waarheid vindt de socioloog – voor zover het meer betreft dan enkel het verband tusschen bepaalde feiten, voorzoover hij "wetten" ontdekt, "beginselen" waarnaar de maatschappij zich beweegt, – niets anders dan zijn bezit reeds was toen hij tot zijn onderzoek uittoog.'

Dat getuigt niet van erg grote waardering voor de sociologie. Scholten heeft deze uitspraak nooit herroepen. Maar misschien is het ook niet helemaal eerlijk om hem dit citaat, uit zijn allereerste rechtsfilosofische opstel ('Recht en levensbeschouwing', 1915), tot in lengte van jaren na te blijven dragen.

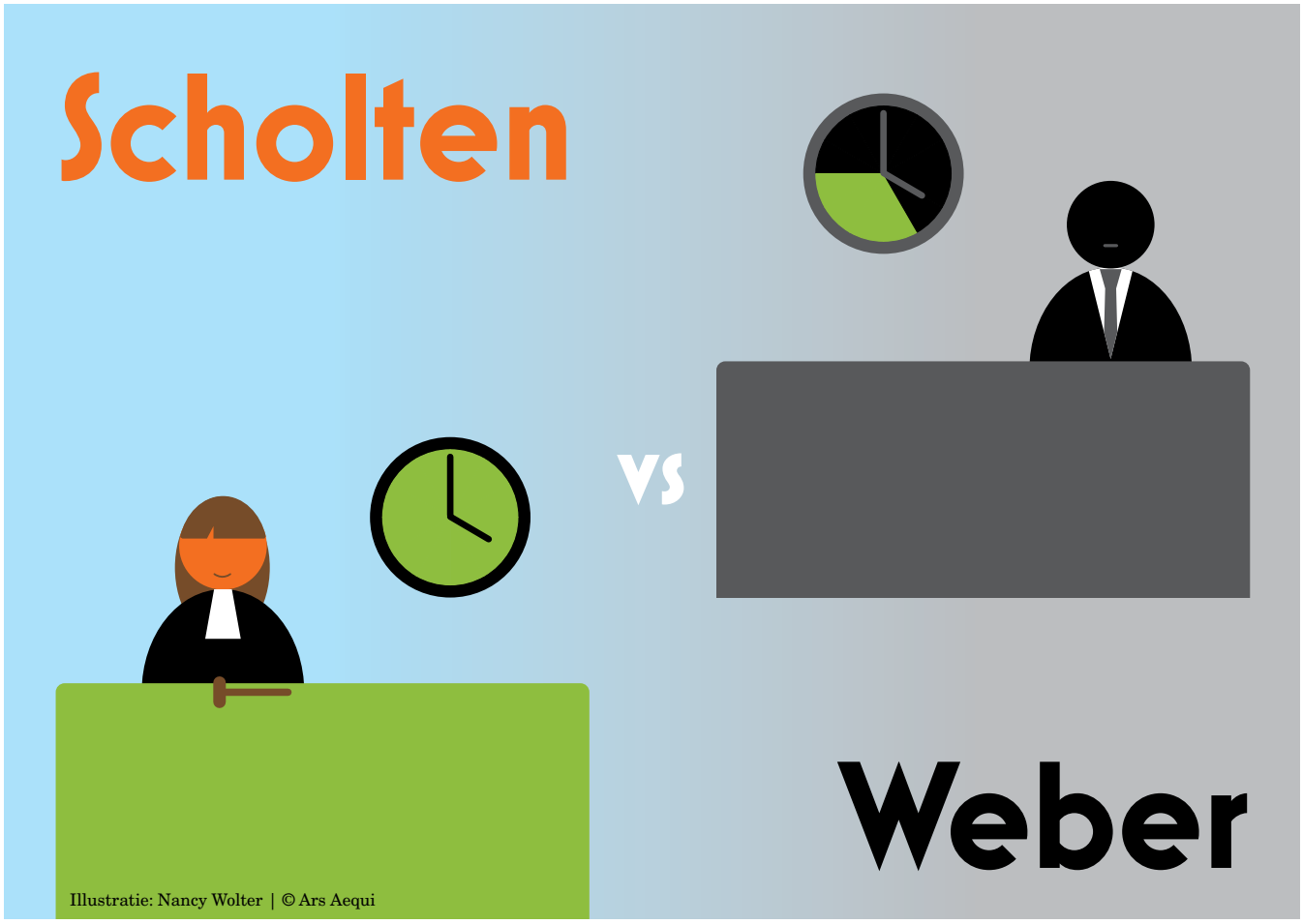
Wat daarvan zij, ik weet niet of Scholten kennis droeg van de ideeën van Weber over bureaucratie en zo ja, wat hij daarvan vond. Ik zal dus op mijn eigen kompas af moeten gaan. Laat ik om te beginnen Weber zelf aan het woord laten.

Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 47-48. Voor een uitvoeriger uiteenzetting verwijs ik naar mijn opstel 'Conscience and sense of justice in Paul Scholten', binnenkort te verschijnen in het kader van het Digital Paul Scholten Project (DPSP).

8 Th. Caplow, *Elementary Sociology*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall 1971, p. 180.

9 'Indeed, the most fundamental trait of bureaucracy is a sharp distinction between the position and the man who holds it. His office is completely separated from his home, and the hours he must spend in the office are specified. His conduct as an official is not supposed to be influenced by his personal traits or affiliations or by the personal traits and affiliations of the people he deals with. The whole purpose of the bureaucratic system is to establish working relationships that are impartial, dispassionate, predictable, and uniform' (p. 183).

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.



Illustratie: Nancy Wolter | © Ars Aequi

5 Weber zelf aan het woord (1)

Zo toegankelijk als het werk van Scholten is, zo ontoegankelijk is het werk van Weber. Diens gedachten over bureaucratie zijn neergelegd in zijn hoofdwerk *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921): 864 dichtbedrukte pagina's, zonder voetnoten, geschreven in lange zinnen met veel bij- en tussenzinnen en moeilijke woorden, met brede historische beschouwingen, in moeizaam Duits.[10] Discussie met andere auteurs is nagenoeg afwezig. Het is één aaneengesloten betoog, apodictisch en uiterst compact, met een extreem hoge informatiedichtheid. Wil je er iets van snappen, dan moet je bijna elke zin twee keer lezen (en houd dat maar eens 864 pagina's lang vol …). Hoofdstuk VI gaat over bureaucratie en omvat 28 pagina's (p. 650-678).

Weber lijkt bureaucratie te identificeren met *Beamtentum*. Dat begrip – *Beamtentum* – is veel breder dan alleen de overheid. Het omvat ook het bedrijfsleven, kerken, politieke partijen; kortom: elke grotere, moderne organisatie. Het Duitse woord *Beamte* omvat (in elk geval bij Weber) dus veel meer dan alleen ambtenaar in de gangbare betekenis van het woord (overheidsdienaar). Ik gebruik in dit opstel de term 'beambte' als breed begrip en spreek van 'ambtenaar' wanneer het specifiek over overheidsdienaren gaat.

De zeven kenmerken van bureaucratie zijn volgens Weber:

- aan regels gebonden bestuurlijke bevoegdheden,
- beschikbaarheid van machtsmiddelen,
- continuïteit,
- hiërarchische verhoudingen,
- specialisatie en scholing van de beambten,
- scheiding van werk en privé ('his office is completely separated from his home'; er was nog geen sprake van corona, verplicht thuiswerken en vergaderen via Zoom, WebEx, et cetera …), en
- documenten zijn erg belangrijk. Vanwege dit laatste kenmerk gebruikt filosoof René ten Bos voor bureaucratie de term 'inktschijten'.[11]

Weber vergelijkt bureaucratie met de machine. De kracht van bureaucratie ligt, net als bij machines, in haar technische superioriteit. Die superioriteit ligt op het vlak van precisie, snelheid, eenduidigheid

10 Het hele boek is op internet te vinden, zelfs in twee verschillende versies. Onder meer: *www.academia.edu/7660389/Weber_Max_Wirtschaft_und_Gesellschaft*; *www.zeno.org/Soziologie/M/Weber,+Max/Grundri%C3%9F+der+Soziologie/Wirtschaft+und+Gesellschaft*; *www.textlog.de/7311.html*.

11 R. ten Bos, *Bureaucratie is een inktvis*, Amsterdam: Boom filosofie 2015.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

(uniformiteit), continuïteit en efficiency. Jazeker, ook dat laatste: efficiency. Vandaag de dag wordt bureaucratie vaak geïdentificeerd met inefficiëntie, vooral als het om de overheid gaat. Weber schrijft: 'voor zover het gaat om gecompliceerde opgaven, is betaalde bureaucratische arbeid niet alleen preciezer, maar in haar uitkomst ook zelfs goedkoper dan haar onbetaalde, "*ehrenamtliche*" nevenknie'. 'Ehrenamtlich', dat is zo veel als: onbezoldigd, honorair (de term wordt ook wel gebruikt om aan te geven dat iets wordt gedaan door vrijwilligers). Dat goedkopere zit hem dan vooral in de arbeidsverdeling, de specialisatie, en de kwaliteit en efficiëntie die dat met zich brengt. En die vloeien op hun beurt voort uit, of hangen samen met, een ander kenmerk van bureaucratie, namelijk de zakelijke benadering van de dingen. 'Zakelijk' betekent in dit verband: zonder aanzien des persoons, berekenbaar, voorspelbaar. Ik kom hier tot de voor mijn betoog meest cruciale passage uit het hoofdstuk over bureaucratie (in mijn eigen vertaling):

> De bureaucratie in haar volledige ontwikkeling staat in bepaalde zin ook onder het principe van 'sine ira ac studio'.[12] Haar specifieke, voor het kapitalisme gunstige, eigenschap ontwikkelt zich steeds volkomener naarmate zij zich meer 'ontmenselijkt', dat wil zeggen, naarmate zij haar bijzondere eigenschap, die haar als deugd wordt aangerekend, namelijk het uitschakelen van liefde, haat en van alle zuiver persoonlijke, überhaupt van alle irrationele, zich aan berekening onttrekkende gevoelselementen uit het domein van de ambtsvervulling, verder ontwikkelt. In plaats van de door persoonlijke betrokkenheid, gunst, genade en dankbaarheid gedreven heersers uit de oudere tijd, verlangt de moderne cultuur voor het ambtelijk apparaat dat haar schraagt, naarmate [de cultuur] gecompliceerder en gespecialiseerder wordt, steeds meer de menselijk onthechte (niet-betrokken), puur 'zakelijke' vakman.[13]

Kunnen we nóg verder van het beeld van de betrokken, gewetensvolle rechter van Scholten af geraken dan hier gebeurt (of op zijn minst: lijkt te gebeuren)?

Webers accentuering van het onpersoonlijke van de bureaucratie moet in de allereerste plaats worden gelezen als contrast met de oude bestuursvormen, waarbij de onderdanen compleet afhankelijk waren van de heersers

6 Tussenstand (2)

Intussen zetten de weergegeven citaten uit het werk van Weber ons op het spoor om een belangrijk kenmerk van Webers denken over bureaucratie te identificeren. Voortdurend zet hij namelijk bureaucratie als modern verschijnsel af tegen de oudere bestuursvormen. Daarin zit de kern van zijn beschrijving. Ik denk dat dat inzicht – dat Weber zijn concept van bureaucratie vooral ontwikkelt als contrast ten opzichte van de autoritaire archaïsche bestuursvormen – heel fundamenteel is om Weber goed te duiden. Dat wordt misschien wel eens te weinig benadrukt. Zijn accentuering van het onpersoonlijke van de bureaucratie moet in de allereerste plaats worden gelezen als contrast met de oude bestuursvormen, waarbij de onderdanen compleet afhankelijk waren van de heersers. En dat laatste gold wereldwijd: Weber betrekt alle denkbare culturen in zijn beschouwingen. De theoloog en hoogleraar Hebreeuwse taal Martinus Beek schrijft daarover met betrekking tot het Midden-Oosten:

> 'We kunnen ons de macht van de koning in die antieke wereld van het Nabije Oosten[14] niet absoluut genoeg voorstellen. De aantrekkelijkheden van een constitutioneel koningschap in een democratisch land waren volslagen onbekend. De wil van de koning was wet, niemand kon hem weerstreven, hij hoefde niemand rekenschap af te leggen. Hij kon zich, als hij dat wilde, omringen met verstandige vrienden, die hem raad gaven, maar als het erop aankwam, hoefde hij naar die raad niet te luisteren. Van zijn gunst was het afhankelijk of men in de kring der vrienden werd opgenomen of dat men er uit werd geworpen. Het is niet op te tellen hoeveel macht hierdoor in de handen van één mens werd gelegd en hoeveel gevaarlijke kansen hier lagen, dat de macht misbruikt werd.'[15]

Dát is het beeld waartegen Weber zijn opvatting van bureaucratie afzet, de achtergrond waartegen hij zijn idee van bureaucratie ontwikkelt. Ik concludeer daaruit dat wij zijn uitspraken over het onpersoonlijke niet (te) absoluut moeten nemen, niet moeten losmaken uit die context. Dat is alvast een eerste relativering. Maar er is meer. Daarvoor moeten wij nogmaals terug naar Weber zelf.

7 Weber zelf aan het woord (2)

Op het zojuist weergegeven citaat uit *Wirtschaft und Gesellschaft* volgt direct een lange uitweiding over het recht en de rechtspraak in een bureaucratie. Het lijkt erop alsof ook Weber wel voelde dat wat hij schreef over de aard van bureaucratie niet zonder meer en in volle omvang ook van toepassing was op de rechtspraak. Ook in dit deel van het betoog plaatst

12 Letterlijk: 'zonder toorn/drift en hartstocht/voorliefde/vooringenomenheid'; of ook: zonder wrok en affectie, zonder antipathie en sympathie (aldus René ten Bos, 'Was het maar zo dat bureaucraat angst kent', in het *Nederlands Dagblad* van 20 april 2015).

13 'Die Bürokratie in ihrer Vollentwicklung steht in einem spezifischen Sinn auch unter dem Prinzip des "sine ira ac studio". Ihre spezifische, dem Kapitalismus willkommene, Eigenart entwickelt sie um so vollkommener, je mehr sie sich "entmenschlicht", je vollkommener, heißt das hier, ihr die spezifische Eigenschaft, welche ihr als Tugend nachgerühmt wird, die Ausschaltung von Liebe, Haß und allen rein persönlichen, überhaupt aller irrationalen, dem Kalkül sich entziehenden, Empfindungselementen aus der Erledigung der Amtsgeschäfte gelingt. Statt des durch persönliche Anteilnahme, Gunst, Gnade, Dankbarkeit, bewegten Herren der älteren Ordnungen verlangt eben die moderne Kultur für den äußeren Apparat, der sie stützt, je komplizierter und spezialisierter sie wird, desto mehr den menschlich unbeteiligten, daher streng "sachlichen" Fachmann' (p. 662).

14 '*Het Nabije Oosten* is een enigszins verouderde aanduiding voor wat tegenwoordig gewoonlijk *het Midden-Oosten* heet.' (*https://onzetaal.nl/taaladvies/nabije-oosten-midden-oosten*, geraadpleegd 15 maart 2022).

15 M.A. Beek, *Wegen en voetsporen van het Oude Testament* (eerste druk), Delft: W. Gaade N.V. 1953, p. 125.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

Weber de 'moderne', bureaucratische, stand van zaken tegenover de 'oude', niet-bureaucratische. Ik citeer (alweer: in mijn vertaling):

> De gedachte van een rechtssysteem dat sluit als een bus, wordt, zoals bekend, principieel stevig betwist en de opvatting van de moderne rechter als een automaat, waarin bovenin de stukken en het griffierecht worden geworpen, opdat aan de onderkant het vonnis, inclusief de wettelijke bepalingen waarop het berust, eruit rolt, wordt verontwaardigd van de hand gewezen. Ook op het gebied van de rechtsvinding zijn er gebieden waarop de bureaucratische rechter vanwege de wetgever rechtstreeks op 'individualiserende' rechtsvinding aangewezen is.[16]

Je zou bijna denken dat hij Scholten gelezen had. Maar hij gaat nog een stap verder. Want dit citaat geldt, aldus Weber, niet alleen voor de rechter, maar voor alle verschijningsvormen van bureaucratie, dus ook voor het openbaar bestuur! Ik citeer Weber nog één maal:

> Het beslissende is en blijft: dat deze 'vrije' scheppende manier van bestuur (en eventueel ook: rechtspraak) niet, zoals bij de voor-bureaucratische vormen, een rijk van vrije willekeur en genade, van persoonlijk gemotiveerde gunst en waardering, inhoudt. Maar dat steeds de norm geldt van de heerschappij en de rationele afweging van 'zakelijke' doelen en de toewijding daaraan […] dat principieel achter iedere daad van waarlijk bureaucratisch bestuur een systeem van rationeel voor discussie vatbare 'overwegingen', staat, dat wil zeggen ofwel: subsumptie onder normen, ofwel: afweging van doelen en middelen.[17]

In dit citaat kent Weber dus niet alleen aan de rechter (*Rechtssprechung*) maar ook aan het bestuur (*die Verwaltung*) een zekere ruimte voor 'vrij scheppen' (*frei Schaffen*) toe. In de daarop volgende zin wordt nogmaals 'die formale rationale Sachlichkeit' gesteld tegenover het 'persönlichen freien Belieben aus der Gnade der alten Patrimonialherrschaft'. Dat gaat over rechtspraak én bestuur. Weber antwoordt dus volmondig 'ja' op de vraag in de titel van dit opstel: 'mag het bestuur ook wat de rechter mag?'.

8 Tussenstand (3)

Het citaat over de moderne rechtsvinding – de rechter is geen subsumptie-automaat – zou Weber zo aan Scholten ontleend kunnen hebben, ware het niet dat Scholtens *Algemeen Deel* pas tien jaar later verscheen. En omgekeerd: in een opstel uit 1917 schrijft Scholten over de omslag van de oude, patriarchale staatsleer met het 'droit divin' als grondslag van het staatsgezag, naar de moderne leer van de bureaucratische rechtsstaat. Die omslag wordt door Scholten zonder omhaal van woorden en zonder nadere argumentatie geponeerd als een vanzelfsprekendheid. Hij zou het zo aan Weber ontleend kunnen hebben.

De conclusie is onontkoombaar: Weber en Scholten staan inhoudelijk niet zo ver van elkaar af als de door hen gebezigde retoriek suggereert

9 Conclusie (1)

De conclusie is onontkoombaar: Weber en Scholten staan inhoudelijk niet zo ver van elkaar af als de door hen gebezigde retoriek suggereert. En in ieder geval minder ver dan sommige karikaturen van hun denken het doen voorkomen. De *Beamte* heeft ook in de bureaucratie-opvatting van Weber de nodige ruimte, hij is géén subsumptie-automaat. En omgekeerd: de rechter is ook in de rechtsvindingsleer van Scholten gebonden aan de wet, hij heeft zéker geen onbeperkte ruimte; de gebondenheid aan zijn geweten impliceert beslist geen ruimte om naar willekeur te beslissen. Beiden komen ten slotte uit op een genuanceerd standpunt. Een standpunt dat de kern vormt van onze moderne rechtsstaat.

Er blijft intussen wel een spanning tussen de persoon (van de ambtenaar of de rechter) en de functie. En die spanning wordt níet, in elk geval niet theoretisch-begripsmatig, opgeheven door iets van een synthese. Bij Weber heb ik geen oplossing kunnen vinden. Ook René ten Bos biedt geen oplossing. De oplossing van Caplow – 'lead a life of fully human choices outside of office hours' – is armetierig, zij leidt tot een gespleten leven.

Voor mij komt van alle hier besproken auteurs Scholten nog het dichtst in de buurt van een oplossing. De sleutel tot die oplossing ligt in zijn visie op de functie van het geweten. Die functie is niet beperkt tot de rechter; zij is, zoals ik al in paragraaf 2 aangaf, intrinsiek onderdeel van Scholtens mensbeeld en van zijn visie op het recht als een morele aangelegenheid. De eis om ten slotte naar je geweten te handelen geldt dus voor eenieder: de rechter, de bestuurder, de wetgever, de politicus, de beleidsmaker en de uitvoerend ambtenaar – en ook voor alle andere mensen die morele beslissingen nemen. Ook rechtstheoretisch is dus goed te verdedigen dat het bestuur evengoed als de rechter de bevoegdheid heeft om uiteindelijk de gerechtigheid te zoeken in het concrete geval en die eisen van gerechtigheid

16 'Der Gedanke des lückenlosen Rechts ist bekanntlich prinzipiell heftig angefochten und die Auffassung des modernen Richters als eines Automaten, in welchen oben die Akten nebst den Kosten hineingeworfen werden, damit er unten das Urteil nebst den mechanisch aus Paragraphen abgelesenen Gründen ausspeie, wird entrüstet verworfen. […] Auch auf dem Gebiet der Rechtsfindung gibt es Gebiete, auf denen der bürokratische Richter direkt zu "individualisierender" Rechtsfindung vom Gesetzgeber angewiesen ist' (p. 664).

17 'Das Entscheidende bliebe doch: daß diese "frei" schaffende Verwaltung (und eventuell: Rechtssprechung) nicht, wie wir das bei den vorbürokratischen Formen finden werden, ein Reich der freien Willkür und Gnade, der persönlich motivierten Gunst und Bewertung bilden würde. Sondern daß stets als Norm des Verhaltens die Herrschaft und rationale Abwägung "sachlicher" Zwecke und die Hingabe an sie besteht. […] daß prinzipiell hinter jeder Tat echt bürokratischer Verwaltung ein System rational diskutabler "Gründe", d. h. entweder: Subsumtion unter Normen, oder: Abwägung von Zwecken und Mitteln steht' (p. 664).

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.

in voorkomende gevallen te laten prevaleren boven de letter van de wet. Van den Berge komt in zijn betoog in *Ars Aequi* van november 2021 tot dezelfde conclusie. Maar ik ga nog een stap verder.

Zitten wij met z'n allen zó gevangen in een eng technocratisch en bureaucratisch denken, zeg maar: 'Weber' in de ongunstige zin van het woord, dat wij niet in staat zijn de mens achter de systemen, protocollen en procedures goed in beeld te krijgen en zijn plaats in dit soort processen scherp(er) te duiden?

10 Conclusie (2)

Uit Scholtens visie op het recht als onderdeel van de ethiek vloeit voort dat de beslisser niet alleen het recht maar ook de *plicht* heeft om in de beoefening van het recht altijd de gerechtigheid te zoeken. Dat is dus méér dan alleen een bevoegdheid. Die plicht moet waar nodig leiden tot een creatieve omgang met de wet. Een wettelijke regel moet wijken voor een bepaling van hoger recht, bijvoorbeeld een verdrag inzake mensenrechten. Zulke verdragen waren er in de tijd van Scholten nog niet, ze dateren allemaal van na de oorlog. Met die mogelijkheid van een beroep op mensenrechten kun je vandaag de dag een heel eind komen als het erom gaat recht te doen in het concrete geval.[18] Maar daarmee is de rol van het geweten nog niet overgenomen door het concept van de mensenrechten. Want waarom grijpt een rechter naar zo'n hogere norm? Omdat hij vindt dat hij anders onrecht zou doen! De functie van het geweten blijft dus dezelfde. Daarmee zijn we dus ook nog volop in overeenstemming met Scholtens visie op rechtsvinding en de rol van het mensbeeld daarin. In die visie past ook dat als er spanning bestaat tussen wat het systeem lijkt te eisen en wat *in concreto* als gerechtigheid heeft te gelden, die spanning niet via toverformules of machtsspreuken kan worden opgelost. De spanning is er en zij blijft; juist daarom moet de beslisser uiteindelijk naar zijn geweten luisteren. Positiefrechtelijk kan hij dat vorm geven door bijvoorbeeld een bepaalde regel zo beperkt mogelijk uit te leggen en toe te passen, zoals Scholten zelf tot driemaal toe in zijn werk aangeeft (aan de hand van het voorbeeld van de rechter die het 'opzegbaar huwelijk' – als dat wet zou worden – principieel niet kan aanvaarden).[19]

Daarmee kom ik bij mijn laatste punt. In de kinderopvangtoeslagenaffaire is mensen 'ongekend onrecht' aangedaan. Zo heeft de parlementaire onderzoekscommissie dat verwoord.[20] Als je haar rapport leest, gaat het grotendeels over het nemen – en vooral: het *niet* nemen – van verantwoordelijkheid door allerlei mensen binnen allerlei organisaties in allerlei functies op allerlei niveaus op allerlei momenten. Daarmee gaat het dus over *mensen*. Dat zit dicht bij Scholten met zijn nadruk op de mens achter de beslissing. Als ik daarentegen de kabinetsreactie op het rapport lees, lees ik vooral over instituten, regels, procedures, protocollen, systemen.[21] Daar zit voor mij een onaangename spanning. En het is ook ietwat verontrustend, moet ik zeggen. Zitten wij met z'n allen zó gevangen in een eng technocratisch en bureaucratisch denken, zeg maar: 'Weber' in de ongunstige zin van het woord, dat wij niet in staat zijn de mens achter de systemen, protocollen en procedures goed in beeld te krijgen en zijn plaats in dit soort processen scherp(er) te duiden? Laten we zo de menselijke factor, dat wil zeggen: de menselijke verantwoordelijkheid, niet te veel uit het beeld verdwijnen?

18 Vgl. A.R. Mackor, 'Om des gewetenswille: Over geweten, Recht met een Hoofdletter en de democratische rechtsstaat', *Trema* 2018, afl. 3.

19 Scholten 1931, p. 91 (*https://paulscholten.eu/research/article/algemene-methode-van-het-privaatrecht/#title17*); P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Eerste Deel – Personenrecht. Eerste stuk – Familierecht* (achtste druk), Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1947, p. 252-253; P. Scholten, 'Er staat geschreven, er is geschied', in: *Christen en burger – opstellen over de verhouding van Christendom en Staat*, Zwolle: Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1937, herdrukt in *Verzamelde Geschriften van Prof Mr. Paul Scholten. Deel II*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1950, p. 143-145 (*https://paulscholten.eu/cp/wp-content/uploads/Verzamelde-geschriften-Paul-Scholten-deel-2.pdf*).

20 *Verslag van Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag*, brief van 17 december 2020, *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2.

21 Brief van de minister-president van 15 januari 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 4.

© Ars Aequi. Verspreiding zonder toestemming van de uitgeverij is niet toegestaan.
Zie arsaequi.nl/open-access.