Lezing 12 oktober 2024

Recht, barmhartigheid en trouw

Wat we van Paul Scholten kunnen leren na de toeslag affaire

Inleiding

De titel is ontleend aan een uitspraak van Jezus, opgetekend door de evangelist Matteüs (**Matt. 23:23**):

> *Wee jullie, schriftgeleerden en farizeeën, huichelaars, jullie geven tienden van munt, dille en komijn, maar veronachtzamen wat in de wet zwaarder weegt:* ***recht, barmhartigheid en trouw,*** *terwijl men het een zou moeten doen zonder het andere te laten. Blinde leiders zijn jullie […]*

In drie trefwoorden geeft Jezus weer, wat volgens Hem een belangrijke kern van de Thora is. Hij sluit daarin aan bij uitspraken van oudtestamentische profeten:

> **Micha 6:8** : *Er is jou mens gezegd, wat goed is, je weet wat de Heer van je wil: niets anders dan recht te doen, trouw te betrachten en nederig de weg te gaan van je God.*

en

> **Zacharia 7:9,10** : *Dit zegt de Heer van de hemelse machten: Spreek eerlijk recht, wees goed en zorgzaam voor elkaar; onderdruk geen weduwen en wezen en ook geen vreemdelingen en armen, en wees er niet op uit om een ander kwaad te doen*

Het zijn stuk voor stuk citaten die voor ons onderwerp betekenis hebben. Herman M. van Praag (em. Hoogleraar psychiatrie) schreef in 2021 een boek onder de titel *Mozes' nalatenschap (Mensenrechten in historisch perspectief),* waarin hij betoogt dat de basis voor algemene mensenrechten te vinden is in de Thora. Niet (pas) in de Verlichting (door hem aangeduid als 2e Verlichting)

De trias gerechtigheid, rechtvaardigheid en mededogen, zo concludeert Van Praag, zijn het voetstuk waarop de rechtspraak in een democratische rechtsstaat rust. Dit voetstuk werd heel lang geleden door Mozes geplaatst[1].

Ver voor Van Praag was Paul Scholten vrijmoedig in het in zijn publicaties verbinden van zijn persoonlijke geloofsovertuiging met zijn (wetenschappelijke) werk.

Toen ik in de periode dat ik mij voorbereidde op deze lezing in een heel andere verband de uitspraak van Jezus uit Matt. 23 las, was de titel voor mijn lezing geboren en de indeling van mijn betoog in belangrijke mate bepaald.

Bij rechtsvinding in het concrete geval zijn de vast te stellen feiten van belang, zo betoogt ook Paul Scholten een en andermaal. En als oud-rechter weet ik natuurlijk uit ervaring hoe belangrijk dat werk is.

Inzake de Toeslag-affaire is het niet primair aan mij om feiten vast te stellen. Anderen waren daar wel toe geroepen en uit hun bevindingen zal ik hierna putten. Net als in rechtszaken is er altijd sprake van een selectie, waarvoor ik in dit geval goeddeels zelf verantwoordelijk ben. Daarna volgt een hoofdstuk over vragen rond recht en gerechtigheid. Vervolgens besteed ik apart aandacht aan het aspect van de barmhartigheid. Daarna aan het begrip trouw en de betekenis daarvan voor recht en gerechtigheid.

Tenslotte reflecteer ik op de ‘onderweg’ van Paul Scholten geleerde lessen.

[1] Herman M. van Praag, Mozes’ nalatenschap, Mensenrechten in historisch perspectief, Uitgeverij Damon, pg. 201

De Toeslagenaffaire – feiten(waardering)

Ik put vooral uit de twee rapporten, die in opdracht van de Tweede Kamer zijn geschreven:

- Het rapport *Ongekend onrecht* (van de parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag);
- Het rapport *Blind voor mens en recht* (parlementaire enquête fraudebeleid en dienstverlening).

Doel van het onderzoek: nagaan wat bewindspersonen wisten van de harde fraudeaanpak bij de kinderopvangtoeslag, welke sturing zij daaraan hebben gegeven en waarom het zo lang heeft kunnen doorgaan.

Buiten die vragen doet de commissie twee aanvullende constateringen.

1. Grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden door wetgever, uitvoering en rechtspraak. Zo'n grondbeginsel: dat bij het maken en uitvoeren van wetten zoveel mogelijk rekening gehouden moet worden met de belangen van mensen. Rechtmatigheid en efficiëntie als leidende principes prima, maar niet als enige leidende principes!
   - De Wetgever is verantwoordelijk voor spijkerharde wetgeving, zonder voldoende mogelijkheden om recht te doen aan individuele situaties. Geen hardheidsbepaling! Veel te weinig aandacht voor algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name evenredigheidsbeginsel!
   - De Uitvoerder (ministerie van Financiën) voerde uit als massaproces, groepsgewijze aanpak, 'alles-of niets' benadering en ópzet of grove schuld-criterium bij recht op maatwerk in betalingsregeling. Vergissing=fraude. Grove inbreuk op rechtsstatelijke principe dat optimaal recht gedaan moet worden aan individuele situatie van mensen.
   - (Bestuurs)rechtspraak. Functie rechtsbescherming veronachtzaamd!
2. Informatievoorziening overheid niet op orde (vaak slecht gedeeltelijk en vertraagd; geen transparantie, openheid en volledigheid in strijd met o.a. Grondwet, WOB en AWB).

Mensen stonden machteloos tegenover machtige instituten van de rechtsstaat!

Het rapport spreekt over een volgens getuigen gebrekkige borging van de gewetensfunctie van de Belastingdienst. Dan hebben we het over **cultuur**!

Blind voor mens en recht

Constateringen

- Staatsmachten schieten tekort in bieden rechtsbescherming.
- Grondrechten op eerbiediging persoonlijke levenssfeer en gelijke behandeling geschonden.
- Staatsmachten blind voor mensen. Blind voor recht. Blind voor de rechten van mensen.

Enkele aanbevelingen

- De overheid heeft de belangrijke taak om op te treden als hoeder van de rechtsstaat
- De overheid is er voor mensen en niet andersom.
- Alle staatsmachten en de media zijn dragers van onze democratische rechtsstaat en vervullen een cruciale rol in de maatschappij

Oordeel over de rol van de rechtsspraak

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de hoogste rechter in kinderopvangtoeslagzaken, heeft de alles-of-niets benadering goedgekeurd en jarenlang in stand gelaten. Deze uitleg van de wet kwam erop neer dat men, zelfs bij een kleine onvolkomenheid, ervan uitging dat er in het geheel geen recht op toeslag bestond. Daardoor moesten ouders de gehele verstrekte kinderopvangtoeslag – soms bedragen van meer dan een ton – terugbetalen, terwijl het merendeel van dat geld wel degelijk was gebruikt om kinderopvang mee te bekostigen.
. De commissie moet constateren dat er wel degelijk signalen zijn afgegeven waarin deze
rampzalige consequenties bij de Afdeling bestuursrechtspraak onder de aandacht zijn gebracht. Zo is de rechtbank Rotterdam in rechterlijke uitspraken meerdere keren expliciet afgeweken van de alles-of- niets benadering. Ook is in een informeel benen-op-tafeloverleg tussen de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en bestuursrechters

van verschillende rechtbanken deze problematiek nadrukkelijk geagendeerd en naar voren gebracht. De Afdeling bestuursrechtspraak bleek
echter blind voor deze signalen: de van de alles-of-niets benadering afwijkende uitspraken van rechtbanken werden in hoger beroep keer op keer zonder uitzondering door de Afdeling bestuursrechtspraak vernietigd. Op het benen-op-tafeloverleg is geen reactie of terugkoppeling gekomen, behalve een uitspraak waarin wederom, zonder nadere motivatie, werd vastgehouden aan de strikte lijn.
. Daarnaast concludeert de commissie dat het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak in 2019 toch tot een ander oordeel komt op basis van dezelfde wet, betekent dat de ruimte altijd in de wet heeft gezeten.

Recht

Ik kom toe aan de trits, genoemd in de titel. En daarbij komt allereerst het ´recht´ aan de orde. En dan zal er ook aandacht moeten zijn voor *gerechtigheid*, en - in verband met de Toeslagaffaire - voor de *rechtsstaat* en (zeker gezien mijn achtergrond) voor de *rechtspraak*.

Recht en wet

Van Paul Scholten is bekend dat hij zich krachtig verzette tegen de opvatting, dat alle recht in de wet te vinden is, dat recht en wet synoniem zijn. Al in het eerste kwart van de 20e eeuw spreekt hij hierover als een oude waan, die verbroken ligt[2]. Beroemd zijn natuurlijk zijn beschouwingen in het Algemeen Deel[3], waarin aandacht voor de noodzaak van interpretatie, uitbreiding en aanvulling, analogie en rechtsverfijning, waardering van feiten in geval van open normen (strijd met de goede zeden→ verwijzing naar regels van ongeschreven recht!), de rol van intuïtie bij de vraag welke regel in een concreet geval moet worden toegepast (wanprestatie, verborgen gebreken of dwaling, bijvoorbeeld). De concrete rechtsverhouding hangt niet alleen van regels af, maar ook van beslissingen (rechtsvinding, meer dan alleen rechtstoepassing). Recht is een regeling van de verhouding van gemeenschap en individu (pg.19).Er bestaan ook subjectieve rechten (o.a. uit overeenkomst). Verder gewoonterecht. Kortom: recht is heel veel meer dan wat er in de wet staat!

In dit verband spreekt hij ook over de Rechterlijke beslissing; sprong irrationeel in die zin dat rechter in eigen geweten overtuigd moet zijn, rationeel in die zin

[2] VG 1, Recht en levensbeschouwing, pg. 157
[3] Asser' s Handleiding tot beoefening van het Burgerlijk Recht

dat beslissing uitlegbaar moet zijn en gedragen/aanvaard moet kunnen worden. Beslissing moet steunen op gezag en logisch verantwoord kunnen worden (pg.172). Denk ook hier bijvoorbeeld aan de beslissing ex aequo et bono!

Niet alleen is niet alle recht in de wet te vinden, maar aan wetgeving gaan rechtsbeginselen vooraf. Scholten noemt als belangrijke rechtsbeginselen: gezag en gemeenschap.[4] Golden die niet voor ons rechtsbewustzijn, een rechtens gebonden zijn aan de wet zou geheel onbegrijpelijk zijn, zegt Scholten.

Gezag wordt vastgelegd in het samentreffen, het overeenstemmen van meerderen (de gemeenschap). Het recht is gemeenschapsregel. De mens is verbonden met anderen. De mens is aan de ander verbonden door zijn woord (overeenkomst, leiding van groepen etc.). Democratische rechtsorde (LV)

De wetgeving rust op de beginselen van gezag en gemeenschap beide. Overheerst een van beide geheel, dan wordt zij tot werktuig óf van tyrannie óf van anarchie en dan houdt het recht op te bestaan.[5]

Gezag is er, zodra het als zodanig is aanvaard. In dit beginsel ligt het positieve, aan menselijke wil gebondene van het recht. Het ideaal is hier de orde, de vrede. Met een logisch betoog alleen is geen enkele uitspraak gerechtvaardigd, er is een menselijke gedraging nodig, die na afweging van al het van weerszijden aangevoerde beslist: zo is het , niet anders. Ieder recht behoeft het gezag van de rechter. Zonder rechter geen recht, zonder gezag geen rechter[6]. Zien wij gezag als beginsel van het recht, dan begrijpen wij, dat het zelf aan het recht gebonden is.

Het beginsel van gemeenschap heeft tegenwicht in dat der persoonlijkheid, zo staat het beginsel van gezag tegenover dat der gelijkheid. Scholten noemt nog vijfde en laatste beginsel: dat van de scheiding van goed en kwaad.[7]

Alle beginselen worden gedragen door de gedachte, dat het mogelijk is goed en kwaad, wat behoort en niet behoort te scheiden. Het is die gedachte die doorwerkt bij iedere rechtsvorming, in alle onderscheiden van recht en onrecht, of het nu de wetgever is, de rechter, of de regeerder die het doet.[8]

[4] VG1 Wetgeving, rechtsbeginselen van gemeenschap en gezag, pg.68,69
[5] T.a.p. pg 72
[6] VG1, pg.410
[7] VG1, pg.411
[8] VG1, 412

Als dit juist is, dan is ook duidelijk hoezeer de opvatting over goed en kwaad rechtsvorming en rechtsoordeel beheerst. Iemands geloofsopvatting geeft het uiteindelijke antwoord.[9]

In het licht van het vorenstaande wordt duidelijk dat bij rechtsvorming (dominante) opvattingen bij de wetgever, de uitvoerders en de rechters van grote betekenis zijn.

Samenvattend: recht en wet zijn niet synoniem. Aan wetgeving gaan rechtsbeginselen vooraf. De wetgeving rust op de beginselen van gezag en gemeenschap beide. Overheerst een van beide geheel, dan wordt zij tot werktuig óf van tyrannie óf van anarchie en dan houdt het recht op te bestaan.

Dragende gedachte is dat het mogelijk is om goed en kwaad te onderscheiden. Die gedachte werkt door bij iedere rechtsvorming. Alles, aldus Scholten.

Recht en gerechtigheid.[10]

Scholten ziet in gerechtigheid vooral een *eigenschap* van het zedelijk karakter van de mens *en tegelijk een doel* dat in het maatschappelijk handelen verwezenlijkt moet worden (ieder het zijne geven). Het recht zal vooral een poging tot verwezenlijking daarvan moeten zijn. Het zal altijd bij een poging blijven. Het zoeken van gerechtigheid is niet enkel intellectueel van aard, maar wordt tenslotte door een zedelijke overtuiging bepaald. Er zijn vele zedelijke overtuigingen, maar het volk moet één recht hebben. Compromissen zijn nodig en vooral ook luisteren naar het oordeel van degenen aan wie wij gerechtigheid verschuldigd zijn. Om binnen een gemeenschap tot een gezamenlijk gerechtigheidsoordeel te komen, dat vraagt aandacht voor de historie. In het besef dat ons eigen gerechtigheidsoordeel noodzakelijkerwijs beperkt is door eigen omstandigheden.

Scholten besteedt aandacht aan het ´recht dat is´ en het ´recht dat moet zijn´.[11] Volgens hem spreekt in iedere rechterlijke beslissing de gerechtigheid van hem die oordeelt een woord mee. Hij illustreert dit aan de hand van het arrest Lindenbaum-Cohen (over de vraag wanneer een handelen onrechtmatig is). In

[9] Idem als vorige noot
[10] Het hier volgende is vooral ontleend aan een opstel van Scholten, gepubliceerd in VG1 pg.216 e.v.
[11] Hier verwijs ik vooral naar zijn Rede, gehouden ter herdenking van de 300 ste verjaardag van de Instelling van Hoger Onderwijs te Amsterdam, VG1, pg.296 e.v.

dat arrest ging de Hoge Raad om = verandert van rechtsopvatting (onrechtmatig is niet langer gelijk aan onwetmatig, in strijd met een wetsbepaling), nadat dit in de literatuur al bij herhaling was bepleit. Maar nog in 1905 en 1910 was de H.R. bij de oude leer gebleven. Scholten spreekt hier van een rechtsoordeel, waarin voor een goed deel waardering, streven naar gerechtigheid. Het was niet een nieuwe theoretisch inzicht. Scholten had vandaag ook kunnen verwijzen naar de uitspraak van de Afd. bestuursrechtspraak van de Raad van State in oktober 2019 in de Toeslagen-affaire de zogenaamde alles -of-niets benadering verliet.

Hij benadrukt dat voor de rechter niet (alleen) de intuïtie, de rol van het geweten of het rechtvaardigheidsoordeel beslissend is. Diverse rechtsbeginselen strijden om de voorrang. Scholten verwoordt het zo: het oordeel *richt* zich in gebondenheid aan zowel de feiten als de wet, gewoonte en wat dies meer zij, naar de gerechtigheid. De beslissing is uiteindelijk een gewetensbeslissing en die gebondenheid aan eigen geweten is naar de opvatting van Scholten niet te denken zonder de voorstelling dat in dat geweten een hogere macht spreekt. Ik kom op de ruimte voor een gewetensbeslissing in het stuk over de rechtspraak terug.

Rechtsstaat

In dit hoofdstuk over het recht, moet er in verband met de Toeslagaffaire ook aandacht zijn voor de rechtsstaat. Vrijwel iedereen kent dat begrip en burgers (zeker ook niet-juristen) doen er vaak een beroep op en leveren niet zelden kritiek op de (vermeende) tekortkomingen ervan. Als rechter krijg je nog weleens van partijen te horen dat, als zij onverhoopt in hun zaak geen gelijk krijgen, het definitief gedaan is met hun vertrouwen in de rechtsstaat. Daaruit blijkt van verwachtingen en ook wel eisen, die overigens lang niet altijd waargemaakt (kunnen) worden. En die ook lang niet altijd terecht zijn. Want binnen de rechtsstaat kunnen tussen partijen zich geschillen voordoen, waarin voor de standpunten van beide partijen iets te zeggen is en waarbij het aan de rechter is om tot een beslissing te komen, tot rechtsvorming in het concrete geval. Daarbij kan de wettekst een rol spelen, de wetsgeschiedenis, zaken als rechtsgelijkheid, billijkheid en gerechtigheid. Scholten benadrukt steeds dat het bij zo´n beslissing in het concrete geval niet alleen om een louter rationele afweging gaat. Uiteindelijk is er sprake van, wat hij noemt een sprong, waarbij intuïtie en geweten een rol spelen.

Het Rapport van de Staatscommissie Rechtsstaat (De gebroken belofte van de rechtsstaat)[12] geeft overigens (niet geheel ten onrechte) wel voeding aan dat denken in termen van verwachting, door te spreken van beloften, die betrekking hebben op een samenleving waarin burgers:

- door en tegen de overheid beschermd zijn;

- invloed hebben op de overheidsmacht en

- waar nodig ondersteuning krijgen.

“Het toeslagenschandaal heeft pijnlijk duidelijk gemaakt dat burgers niet de bescherming kregen die ze van de overheid mogen verwachten.”

De rechtsstaat vraagt permanent onderhoud, aldus de Staatscommissie. “De komende jaren zijn doortastende *juridische en politiek-bestuurlijke maatregelen* nodig tegen verwaarlozing van de rechtsstaat voor burgers in een kwetsbare positie.”

De Staatscommissie noemt als essentie van de rechtsstaat dat deze de burgers beschermt tegen machtsmisbruik door de overheid.

Dat sluit wel enigszins aan bij de meest genoemde kenmerken van de rechtsstaat.

Scholten, in zijn tijd, noemt vier belangrijke kenmerken van de rechtsstaat[13]:

a) Er is recht tegenover de staat (recht van de onderdaan tegenover de vorst, van het individu tegenover de gemeenschap; er is een eigen sfeer van het individu , die in beginsel aan de staat onttrokken is; inbreuken daarop kunnen alleen geschieden door wettelijke, dat is *algemeen geldende regels*); Wat er verder in de constitutie van westerse landen moge staan, de aanwijzing van grondrechten en die van de wetgevende macht is essentieel.
b) Er is scheiding der machten;
c) Met de scheiding der machten gaat de voorstelling, dat het volk op enige wijze aan de wetgeving deel moet hebben, gepaard;
d) Rechterlijk gezag, dat staat tegenover dat van de wetgever, wellicht zelfs als de meerdere.

[12] 01-06-2024; Instellingsbesluit Staatscommissie d.d.10-02-2023
[13] Rede over de rechtsstaat op een theologenconferentie in 1935, VG1, 383,384;

Geert Corstens[14], oud-president van de Hoge Raad, onderscheidt eveneens 4 elementen van de rechtsstaat, die wel vergelijkbaar zijn met de door Scholten genoemde kenmerken:

- Gebondenheid van allen aan het recht;
- Het evenwicht tussen de machten in de staat;
- De erkenning van fundamentele mensenrechten;
- Toegang tot onafhankelijke en onpartijdige rechters.

Aan rechtsstaat gaat het begrip Staat vooraf. Scholten spreekt daarover in termen van een gemeenschap[15]. Waar overheid en burgers deel van uitmaken. Gemeenschap staat tegenover individu. Gezag is een noodzakelijkheid in een gemeenschap en het heeft in de gemeenschap behoefte aan (doorzettings)macht. Gezag vraagt om rechtsregels die zijn bevoegdheid omschrijven.[16] Het gezag schept recht en is tegelijkertijd van het recht afhankelijk en vindt daarin zijn grens. Zonder gezag geen recht.

Scholten citeert, als het om gemeenschap gaat, Augustinus: Er is slechts civitas (door Scholten vertaald met: burgerlijke gemeenschap) als er een gezamenlijke liefde is.

Gemeenschap is gemeenschap als zij iets van de liefde in zich weet vast te houden.

Iedere gemeenschap, die waarlijk gemeenschap is, heeft in de liefde haar grondslag en haar einddoel, aldus Scholten.

Ernst Hirsch Ballin[17]:

de overheid wordt door velen niet ervaren als institutionele structuur voor het algemeen belang, maar als strijdtoneel van al dan niet legitieme groepsbelangen en persoonlijke belangen. De band tussen burger en overheid (politiek en bestuur) moet echter niet alleen maar in termen van persoonlijke en groepsbelangen worden geformuleerd, hoe legitiem en beschermingswaardig die ook kunnen zijn. HB spreekt van een vertrouwensband die een gemeenschappelijke basis - het ethos van de democratische rechtsstaat – vereist. Hij spreekt over 'burgers van een politiek

[14] Onze Rechtsstaat, 2023, pg 37-57
[15] O.a. VG 1, pg 374
[16] Vg1 pg377 en 379
[17] Brief Ernst Hirsch Ballin aan Staatscommissie Rechtsstaat

verband, en dus ook de bestuurders die daaruit voortkomen, die zich aangesproken weten op verantwoordelijkheid niet alleen voor zichzelf, maar ook voor anderen en voor hun gezamenlijke toekomst. (Geen polariserende voorstelling van de relatie overheid-burger)'.

Geert Corstens[18]: Wetgevers, bestuurders en rechters dienen de rechtsstaat loyaal te steunen, aan instandhouding ervan steeds te blijven werken. Maar dat geldt ook voor burgers. Ook zij behoren de wet na te leven, niet te discrimineren, sollicitanten uit bedreigde groepen eerlijke kansen te geven, zich niet onnodig kwetsende uit te laten over bedreigde groepen en andere medeburgers.

Herman Tjeenk Willink [19]verwijst naar de oude 'republikeinse burgerschapstraditie, waarin de nadruk ligt op de rol van de burger als 'citoyen' in de samenleving. Burgerschap als publiek ambt, waarin het niet alleen of niet in de eerste plaats gaat om de politieke participatie (relatie met de overheid) maar om de actieve deelname van burgers in de samenleving vanuit een gemeenschappelijk gevoelde publieke verantwoordelijkheid. Hiervoor is naast organisatie van het politieke ook organisatie van het sociale nodig.

De Staatscommissie Rechtsstaat[20], tenslotte merkt op: Samen maken we de rechtsstaat. De verantwoordelijkheid voor het goed functioneren van de rechtsstaat ligt niet alleen bij de overheid. Burgers dragen die evengoed. Zij moeten bijvoorbeeld oog hebben voor het algemeen belang en de bescherming van minderheden tegen de meerderheid. En ze moeten daarop aanspreekbaar zijn.

Scholtens typering van de Staat als gemeenschap, zijn verwijzing naar Augustinus en zijn vaststelling dat 'iedere gemeenschap die waarlijk gemeenschap is in de liefde haar grondslag en einddoel heeft', maakt dat je grote vraagtekens mag zetten bij de stelling van de Staatscommissie Rechtsstaat, dat de essentie van de rechtsstaat is dat deze de burgers beschermt tegen machtsmisbruik door de overheid. Dat is echt te mager en de aandacht van Ernst Hirsch Ballin, Geert Corstens en Herman Tjeenk Willink voor de eigen verantwoordelijkheid van de burger doet aanzienlijk meer recht aan de betekenis van de rechtsstaat als gemeenschap. Overigens is het opmerkelijk dat de Staatscommissie zelf ook opmerkt: Samen maken we de rechtsstaat. De

[18] Onze rechtsstaat, pg. 57
[19] Groter Denken Kleiner Doen, 2018, 55, 56
[20] De gebroken belofte van de rechtsstaat

verantwoordelijkheid voor het goed functioneren van de rechtsstaat ligt niet alleen bij de overheid. Burgers dragen die evengoed.

Rechtspraak

Scholten heeft bij herhaling aandacht besteed aan het gezag van de rechter, in verhouding tot dat van de wetgever. De wetgever stelt de algemene regel: de rechter moet in het concrete geval vaststellen wat recht is. En zoveel is duidelijk, dat het formuleren van algemene regels telkens weer beperkingen heeft. De wetgever kan niet elke denkbare situatie voorzien en in een algemene regel vangen. Rechtstoepassing (rechtsvinding in het concrete geval) is voor de rechter niet een louter rationele aangelegenheid. Gerechtigheid en billijkheid zijn begrippen, die een belangrijke rol spelen en daar zit een stuk persoonlijke overtuiging van de rechter bij. Maar die moet ook worden gevoed door het maatschappelijk debat, rechtshistorie en het geweten van de rechter. Voor het civiele recht maakt Scholten onderscheid tussen bepalingen van dwingend recht respectievelijk aanvullend. Bij de laatste categorie heeft de rechter meer ruimte. Hij mag niet de innerlijke waarde van de wet beoordelen; niet een wet buiten toepassing laten die hem niet aanstaat. Daar waar de wet zelf 'open normen' hanteert, geeft dat de rechter ruimte en verantwoordelijkheid om tot een billijke invulling te komen, die bij voorkeur ook voor toekomstige gevallen bruikbaar is.

In een beschouwing over Recht en Gerechtigheid[21] formuleert Scholten het zo: "[voor de rechter] is er gebondenheid aan het recht: het subjectieve moet zoveel mogelijk worden buitengesloten, aan de drang naar gerechtigheid **tegen de bestaande regel i**n mag alleen worden toegegeven, als hij, die het oordeel velt, niet anders kàn, als een zich buigen voor de regel niet slechts zou zijn het aanvaarden van een uitspraak die niet geheel bevredigt, maar van een die rechtstreeks in strijd is met de overtuiging: dat màg niet."

Lagere rechters hebben in de Toeslagen-affaire af en toe geoordeeld dat van zo'n situatie sprake was, maar tot 2019 heeft de afdeling bestuursrecht (RvSt) die uitspraken vernietigd. Scholten zou, denk ik, zonder reserve gevonden hebben dat die lagere rechters iets deden, wat hen paste. Zeker gelet op de in het bestuursrecht geldende opvattingen inzake de toepasselijkheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. (Zoals eerder opgemerkt,

[21] VG1 pg. 313

oordeelde het rapport Ongekend Onrecht, dat tot oktober 2019 algemene beginselen van behoorlijk bestuur werden weggeredeneerd). Lagere rechters hebben in de Toeslagen-affaire af en toe geoordeeld dat van zo'n situatie sprake was, maar tot 2019 heeft de afdeling bestuursrecht (RvSt) die uitspraken vernietigd.

Barmhartigheid

Scholten gebruikt dit woord niet heel vaak expliciet, maar het zit in zijn denken ongetwijfeld besloten. We kunnen vooral denken aan zijn beschouwingen over recht en gerechtigheid respectievelijk recht en billijkheid.

Maar een enkele keer gebruikt Scholten het begrip expliciet.

In een artikel over Evangelie en Recht[22] schrijft hij (met verwijzing naar het boek Jesaja) `De bijbel leert ons, dat wij niet mogen oordelen met aanzien des persoons, niet onszelf mogen zoeken in de samenleving, dat wij open moeten staan voor hen, die maatschappelijk aan de zwakke zij staan, dat vooral zij recht moeten vinden. Hier raakt de verwerping van de hoogmoed, de prediking der barmhartigheid de rechtseis.'

In een beschouwing over, wat hij noemt, 'de voorstelling van een onbeperkt Overheidsgezag', levert hij kritiek op Macchiavelli's onbegrensd voorop stellen van het belang van de Staat: die opvatting dwingt het recht terug tot de plaats van een technisch hulpmiddel van de regering. Hij voegt daaraan toe: "De man die meent dat de vorst tegen de trouw, tegen de barmhartigheid, […} mag handelen, die gebondenheid aan contract eenvoudig afhankelijk acht van het belang van de Staat, laat geen plaats voor het recht." Scholten had hier aan de verwijzing naar Jesaja heel goed de eerder geciteerde tekst uit Zacharia 7 : 9, 10 kunnen toevoegen:

Spreek eerlijk recht, wees goed en zorgzaam voor elkaar; onderdruk geen weduwen en wezen en ook geen vreemdelingen en armen, en wees er niet op uit om een ander kwaad te doen.

[22] VG1, pg. 422

Wie de rapporten ‘Ongekend onrecht’ en ‘Blind voor mens en recht’ leest kan niet heen om de conclusie, dat deze notie bij wetgever, uitvoerders en rechters diep was weggezakt!

Trouw

Het is opmerkelijk dat Jezus in zijn kritiek op kerkelijke leiders van zijn tijd trouw noemt als een van de zwaarst wegende onderdelen van de Thora. De profeet Micha had dit ook al gedaan (Micha 6: 8).

Onder trouw vallen zaken als: je houden aan je gegeven woord, niet weglopen/wegkijken als het moeilijk wordt. Niet opeens de (spel)regels veranderen, als ze je minder goed uitkomen.

In een artikel over het afleggen van de eed door de leden van de Staten-Generaal noemt Scholten het een van de fundamenten van de samenleving tussen mensen: **de noodzakelijkheid om zijn belofte te houden**. Hij schrijft dit naar aanleiding van zijn observatie (in de jaren dertig van de vorige eeuw!) dat er kamerleden zijn, die wel de eed/belofte afleggen en daarbij trouw beloven aan de Grondwet, maar die op dat moment al voornemens zijn om zich er niet aan te houden.

Die Grondwet bevat op haar beurt ook beloften (beloften van de rechtsstaat , ja zeker!). Denk aan bepalingen over (sociale) grondrechten, bepaling inzake de vrije toegang voor iedere burger tot de onafhankelijke rechter etc.

Het is goed om hier vast te stellen, dat niet alleen leden van de Staten-Generaal een eed/belofte van trouw (getrouwheid) aan de Grondwet afleggen, maar ook ministers en staatssecretarissen, ambtenaren en rechters.

Wie de rapporten ‘ Ongekend Onrecht’ en ‘ Blind voor mens en recht’ op zich laat inwerken kan niet om de vraag heen of wetgever, uitvoerders en rechters zich voldoende bewust zijn geweest van de draagwijdte van de door hen afgelegde beloften en de vraag wat nakoming van die beloften in de gegeven omstandigheden van hen vroeg.

Reflecties

Vaak wordt gesproken over de Toeslagenaffaire. Voormalig tweede kamerlid Renske Leijten wil dit begrip niet gebruiken. Volgens haar is sprake van een Toeslagenschandaal.[23] Woorden doen ertoe, zeker als er zo bewust voor gekozen wordt. Bij Toeslagenaffaire kan de gedachte nog zijn: er zijn (veel) dingen mis*gegaan*. En dat nodigt dan uit om op zoek te gaan naar instrumenten om een dergelijk 'misgaan' in de toekomst te voorkomen. Maar Toeslagenschandaal impliceert dat er niet maar dingen zijn mis*gegaan*, maar vooral dat er dingen zijn mis*daan.* Laakbaar handelen of nalaten, daar hebben we het dan over. Onrechtmatig, onzorgvuldig, ongrondwettelijk handelen of nalaten. Volgens de eerder besproken rapporten: van wetgever, uitvoerders, het parlement als controleur en ook de rechtspraak.

Leijten en Omtzigt beschrijven misschien nog wel concreter en indringender dan de diverse rapporten, wat er ook echt misdaan is. Enkele voorbeelden: als betrokkenen stukken moesten aanleveren om aan te tonen dat ze recht op toeslagen hadden en in welke mate, werd niet duidelijk gemaakt wat ze moesten aanleveren. Als ze stukken aanleverden hoorden ze vaak lange tijd niets en veel van de aangeleverde stukken 'raakten kwijt' en kwamen in beroepsprocedures niet bij de rechter terecht. Stukken werden door de Belastingdienst/Toeslagen achtergehouden.[24]

Spreken in termen van 'misdaan' laat ruimte voor de conclusie dat de hoofdoorzaak van de problemen niet gezocht moet worden bij tekortschietende regelgeving

[23] *Leuker kunnen we het niet maken*, Xander Uitgevers, 2e druk, pg. 7 . Pieter Omtzigt, in zijn boek *Een nieuw sociaal contract,* spreekt ook over het Toeslagenschandaal
[24] Een nieuw sociaal contract, pg. 123, 124

(al is daar best ook wat over te zeggen, bijvoorbeeld over de complexiteit en de intentionele hardheid van de regelgeving; dan praten we vooral over ‘misdaan hebben’ van wetgever en daarna ook het controlerende parlement),

maar vooral bij een tekortschietende cultuur. Een cultuur, waarin kernwaarden van de rechtsstaat het onderspit dolven. Zoals gezegd: het rapport Ongekend Onrecht sprak over een volgens getuigen gebrekkige borging van de gewetensfunctie van de Belastingdienst. Dan hebben we het inderdaad over cultuur, over gedrag, over attitude!

Rechtspraak

We zagen als kenmerken van de rechtsstaat, dat scheiding van machten belangrijk is, toegang tot de onafhankelijke rechter. Scholten spreekt van ´rechterlijk gezag, dat staat tegenover dat van de wetgever, wellicht zelfs als de meerdere´.

Maar in het toeslagenschandaal heeft dat lange tijd niet gewerkt. In het reflectie-rapport van de afdeling bestuursrecht van de Raad van State worden o.a. twee belangrijke lessen vastgesteld:

- De bestuursrechters van de Afdeling moeten kritischer zijn op de juistheid en compleetheid van de informatie van het overheidsorgaan. Als de verhouding tussen procespartijen onevenwichtig is, zoals in de kinderopvangtoeslagzaken, dan moet de bestuursrechter de helpende hand bieden, onder meer door actief onderzoek te doen naar relevante feiten;
- Als toepassing van de wet te streng uitpakt, moet de bestuursrechter zijn rechterlijk instrumentarium inzetten om te kijken of deze hardheid kan worden weggenomen of beperkt.

Ik denk dat Scholten zou hebben gezegd: maar dat wisten we honderd jaar geleden toch ook al! Hij heeft zich – zeker wat het tweede punt betreft – er een en andermaal over uitgelaten. Het is bitter om te moeten constateren dat de hoogste bestuursrechter deze al lang bekende lessen niet heeft toegepast, ook niet toen de signalen rond het ongekende onrecht steeds krachtiger werden. De afdeling noemt zelf in de uitspraak van 2019, waarin zij ‘omgaat’ rapporten van

de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR, 2016, resp. 2017 en een rapport van de Nationale Ombudsman, 2017). Maar voor die tijd hadden de rechtbanken in 2014 al aandacht gevraagd voor de problemen. En natuurlijk waren er individuele zaken, waarin al krachtig was bepleit om onrecht ook werkelijk als onrecht te beoordelen.

Als Scholten het heeft over het ´omgaan´ (verandering van rechtsopvatting) van de Hoge Raad in 1919, waar het ging over het leerstuk van de onrechtmatige daad, zegt hij: in die beslissing zit – net als in elk rechtsoordeel - voor een goed deel waardering, streven naar gerechtigheid. Hetzelfde kan natuurlijk gezegd worden van het verlaten van de 'alles-of-niets'- lijn door de afdeling Bestuursrecht **(in 2019 !**), met een motivering die binnen de grenzen van de bestaande wetgeving ook in 2011 al mogelijk was geweest.

Onbetrouwbare overheid

Het Toeslagenschandaal heeft bij velen het beeld van een onbetrouwbare overheid opgeroepen, zeker in samenhang met de gang van zaken rond de Groninger gasproblematiek. Wat er zij van eventuele tekortkomingen in de regelgeving en de uitvoering daarvan, daar lag niet de kern van het probleem.

Die lag bij een verkeerde gezindheid, onbarmhartigheid (bijvoorbeeld bij de wetgever, die het advies van de Raad van State om een hardheidsclausule in de wet op te nemen naast zich neerlegde), gebrekkige borging van de gewetensfunctie bij de belastingdienst en een onafhankelijke hoogste bestuursrechter, die aan zijn taak om een onafhankelijk 'tegenover' te zijn tegen wetgever en uitvoerders lange tijd onvoldoende inhoud gaf.

Nieuw sociaal contract? Doortastende juridische en politiek-bestuurlijke maatregelen?

Rapporten en publicaties over wat er is gebeurd zijn er nu volop. Er zijn ook heel wat aanbevelingen. Het is volstrekt onmogelijk om ze hier allemaal te bespreken. Over twee gedachten wil ik kort iets zeggen.

Pieter Omtzigt pleit voor een Nieuw Sociaal Contract. Het hele systeem - de gehele trias politica- heeft over langere tijd gefaald.[25] Dat leidt volgens hem tot eroderen van het sociale contract en vergt een opnieuw doordenken en weven van de rechtsstaat. Ik heb niet zoveel met het begrip Sociaal Contract. Iemand wordt als Nederlands Staatsburger geboren en leert bij het ouder worden het bestaan van de Grondwet kennen. Moet hij zichzelf als contractspartij bij die Grondwet zien en mag op die grond nakoming worden geëist? Scholten zou hier wijzen op het rechtsbeginsel van gezag dat maakt dat mensen zich aan de wetten en de Grondwet moeten houden, ook als ze het met onderdelen daarvan niet eens zijn en er persoonlijk nooit voor gekozen zouden hebben.

Zijn concrete voorstellen voor de inhoud van het Sociale Contract zijn van een heel verschillend karakter. Nu eens gaat het om bestuurlijke inrichting, dan weer over een parlement dat zijn werk goed moet doen, of een professionele en benaderbare ambtelijke dienst.

De Staatscommissie Rechtsstaat stelt dat de komende jaren doortastende juridische en politiek-bestuurlijke maatregelen nodig zijn tegen de verwaarlozing van de rechtsstaat voor burgers in een kwetsbare positie. Ook van die kant veel voorstellen en gedachten van dezelfde orde als die van Pieter Omtzigt. Een aantal van die voorstellen verdient zeker nadere bezinning, maar de les van het Toeslagenschandaal is dat daar niet de kern zit!

Metanoia

Die kern moeten we zoeken in zaken als cultuur, gedrag en attitude. Daar zit het echte probleem. En dat vraagt om ‘metanoia’ : vanuit vernieuwd denken anders handelen! Een, zoals iemand het aanduidde, intellectueel-spirituele metamorfose. De term wordt vaak gezien als synoniem voor bekering of ommekeer. En vooral van dat laatste zou bij wetgever, bestuurders, mensen belast met uitvoering en ook bij rechters sprake moeten zijn. Dat moet voorafgaan aan alle bezinning over gedane aanbevelingen, die betrekking hebben op structuren, wetgeving en regels voor uitvoering.

Paul Scholten had in zijn tijd ook aandacht voor die diepere laag. Hij formuleerde het ooit zo:

“Het is mijn innige overtuiging dat slechts een nieuwe religiositeit ons kan doen opklimmen uit de ellendige verbrokkelde cultuur van nu. Wordt die ons

[25] Een nieuw Sociaal Contract, Uitgeverij Prometheus, 4e druk, pg.185

gegeven, dan zal ook de nieuwe levensstijl gevonden worden voor staat en samenleving, voor bedrijf, handwerk en kunst. Zonder haar zijn alle pogingen daartoe onmachtig. En dàn – maar ook dan eerst- zal het mogelijk zijn gezamenlijk te komen tot een beter recht, een recht, waarin de breuk tussen wat geldt en wat moet gelden naar algemene overtuiging, minder groot zal zijn dan thans. Een nieuwe religiositeit, niet een nieuw geloof. In Christendom ligt onuitputtelijke rijkdom besloten."[26]

Scholten wist heel goed dat in een samenleving ook over die diepere laag verschillen van inzicht (levensovertuiging) bestaan. "De gerechtigheidsoordelen verschillen, zoals de ervaring ons leert. Bij het vaststellen van wat positief als recht zal gelden moet met dit onderscheid rekening gehouden worden en dat zal dwingen tot compromissen.[27]

Zijn afscheidsrede (1945) besloot hij met de woorden: Ik spreek geen geloofsbelijdenis uit, al heb ik mijn overtuiging niet verdoezeld. "Gij weet dat ik een man ben van positief-Christelijke, reformatorische levensovertuiging. Gij begrijpt, hoop ik, dat ik krachtens die overtuiging alleen dan een toekomst voor het Nederlandsche volk verwacht, indien het zich voor Gods Woord buigt. Velen van U denken anders. Ik dring hun geen overtuiging op, slechts dit vraag ik u allen: Dient het volk door het aan zijn recht te helpen. Zoekt daarin de vrede. En houdt niet op te dorsten naar de gerechtigheid."[28]

Zal er voor wat ik aanduidde met de term 'metanoia' voldoende draagvlak en bereidheid te vinden zijn? Of moet je een levensovertuiging hebben, zoals die van Herman van Praag en/of Paul Scholten, voortvloeiend uit de Joodse respectievelijk Christelijke traditie? Ik denk en hoop dat het besef van de noodzaak van een metanoia veel breder zal leven. Een voorbeeld vind ik bij de Duitse filosoof, Markus Gabriel, wiens denken gevoed lijkt te worden door humanistische, secularistische en sterk rationalistische elementen. Hij keert zich tegen de sluipende uitholling van de fundamenten van de democratische rechtsstaat.[29] En bepleit een nieuwe Verlichting. "Om (door hem genoemde) tegenstrijdigheden op te lossen hebben we niet alleen grote mondiale en politieke oplossingen nodig, maar moeten we tegelijkertijd ook bij onszelf beginnen en onze eigen vooroordelen en ons eigen handelen aanpakken."[30]Een

[26] Recht en levensbeschouwing, VG 1, pg.161
[27] Gerechtigheid en recht. VG 1, pg.219
[28] Afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam. VG1, pg. 505
[29] Morele vooruitgang in duistere tijden, Boom Uitgevers, 2021 (Nederlandse vertaling), pg. 21,22
[30] A.w. pg.24

pleidooi voor ‘metanoia’, zou ik zeggen. En ook in het rapport van de Staatscommissie rechtsstaat zijn voorstellen te vinden, die onder dat begrip te brengen zijn.

Nog één keer Paul Scholten: En dàn – maar ook dan eerst- zal het mogelijk zijn gezamenlijk te komen tot een beter recht, een recht, waarin de breuk tussen wat geldt en wat moet gelden naar algemene overtuiging, minder groot zal zijn dan thans.”

Praktijk

Hoe kunnen we die ‘metanoia’ in de praktijk bevorderen? Het is goed om te beseffen dat alle mensen die werkzaam zijn bij een van de staatsmachten een eed/belofte hebben afgelegd, waarin ze trouw zweren of beloven aan de Grondwet en ook dat zij de plichten die hun ambt hen oplegt getrouw zullen vervullen. Hopelijk overbodig om te zeggen dat het dan ook gaat om de aan de Grondwetsbepalingen ten grondslag liggende waarden. Recht, barmhartigheid en trouw (integriteit) zijn hier kernwoorden . Hoe hou je het besef van die zwaarwegende waarden levend, zodat in gevallen waarin dat noodzakelijk blijkt tijdig ommekeer (metanoia) plaatsvindt?

Allereerst is goede opleiding en scholing rond het afleggen van de eed/belofte belangrijk. En de dilemma’s, problemen en tekortkomingen in de praktijk van alledag moeten onderwerp van regelmatig en voortdurend gesprek vormen (intervisie, ontwikkeling en bevordering van professionaliteit, permanente educatie, onderlinge feedback, alertheid op de inbreng van klokkenluiders en, niet te vergeten, signalen uit de samenleving!

Zo kan een basis worden gelegd voor vruchtbare bezinning op concrete aanbevelingen over bestuurlijke inrichting, wetgeving, uitvoeringspraktijk en te ‘kritisch tegenover’ van de onafhankelijke rechtspraak.

Scholten vroeg het al in zijn afscheidsrede: Dient het volk door het aan zijn recht te helpen. Zoekt daarin de vrede. En houdt niet op te dorsten naar de gerechtigheid.