

DE VALSE TEGENSTELLING TUSSEN UNIFORM EN MAATPAK

Pauline Westerman*

De toeslagenaffaire heeft de noodzaak tot empathie en de menselijke maat andermaal op de agenda gezet. Maar het is niet nodig – en ook niet wenselijk – om ons heil te zoeken in het persoonlijke rechtvaardigheidsgevoel van de rechter zolang we maar afstappen van de misvatting dat consistente toepassing van de wet geen keuze zou toelaten tussen verschillende mogelijke toepasbare regels en verschillende feitencomplexen.

'Is rechtszekerheid nu echt zo belangrijk als juristen menen, en zo ja, waarvoor dan precies? Of wordt aan dit beginsel te veel waarde gehecht? Staat het niet in de weg aan billijkheid en maatwerk?' Deze vragen legde de redactie van *Ars Aequi* aan mij voor. En met de vraagstelling alleen al wordt een speelveld afgebakend tussen twee uitersten: billijkheid en maatwerk tegenover rechtszekerheid. Met deze veronderstelling is de redactie opvallend in lijn met de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling), die een 'gulden middenweg' zoekt tussen deze zelfde uitersten. In het reflectierapport over de toeslagenaffaire constateert de Afdeling:

'Het volgen van de wet draagt bij aan consistente rechtstoepassing en daarmee aan rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Van de bestuursrechter wordt ook verwacht dat hij maatwerk levert, waarbij hij rekening houdt met de individuele omstandigheden van de gevallen. [...] Van de (hoogste) bestuursrechter wordt steeds meer verwacht dat hij in zijn uitspraken een goede middenweg vindt tussen uniformiteit en maatwerk.'

Het verlangen naar consistente rechtstoepassing ('uniformiteit') wordt lijnrecht gesteld tegenover het 'maatwerk' dat aan de eisen van redelijkheid en billijkheid voorrang zou moeten geven

Duidelijker kan het bijna niet. Het verlangen naar consistente rechtstoepassing ('uniformiteit') wordt lijnrecht gesteld tegenover het 'maatwerk' dat aan de eisen van redelijkheid en billijkheid voorrang zou moeten geven. Het komt erop aan 'een evenwicht' te vinden tussen de beide uitersten. Onder de maatregelen die de Afdeling zich voorneemt te treffen behoren dan ook meer aandacht voor 'materiële rechtvaardigheid en trainingen in niet-juridische vaardigheden'.¹

Hoezeer het ook te prijzen is dat de Afdeling reflecteert op haar eigen rechtsvinding, mij lijkt het hier geschetste speelveld tussen tegengestelde doelen op een misverstand te berusten. De kleding-metafoor die leidend is in de manier waarop over rechtsvinding wordt gesproken, verraadt al wat er aan de hand is. Want wie wil er nu in een 'uniform' worden gestoken, dat associaties opwekt met marcherende militairen dan wel kostschoolleerlingen? Wie prefereert dan niet een maatkostuum, passend bij de individuele behoeften en smaak van de drager? De keuze lijkt niet moeilijk.

Rechtszekerheid wordt zo niets meer dan wat men vroeger wel zo mooi betitelde als 'letterknechterij': het fantasieloos toepassen van de letter van de wet. Men gaat er in deze opvatting van uit dat 'het' toepasselijke recht zonder veel problemen kan worden 'gevonden' in één van de rechtsbronnen die de jurist ter beschikking staan, vandaar de gangbare term 'rechtsvinding'. Sterker, na de vondst hoeft men aan die wet niet zo gek veel te doen, behalve het toepassen ervan op een concreet geval, aldus de heersende leer.

* Prof.dr. P.C. Westerman is hoogleraar Rechtsfilosofie aan de rechtenfaculteit van de Rijksuniversiteit Groningen en stafid van de Academie voor Wetgeving in den Haag.

¹ Raad van State, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken: Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, november 2021, p. 62-63.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

Ter illustratie van deze zienswijze kan ik wederom putten uit het al genoemde rapport van de Afdeling, dat het proces van juridische oordeelsvorming aldus omschrijft: ‘De (bestuurs)rechter [kijkt] allereerst naar de tekst van de wet en zo nodig ook naar het systeem van de wet en de bedoeling van de wetgever, zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis.’² Opvallend zijn de woorden ‘zo nodig’; kennelijk wordt het in de meeste gevallen *niet* nodig geacht om verder te kijken dan de wettekst. Alsof die niet *altijd* geïnterpreteerd zou moeten worden. Maar ook daar waar het wel nodig is om verder te kijken, biedt deze omschrijving weinig ruimte voor creatieve rechtsbedeling. De bedoeling van de historische wetgever is leidend. Een eigen oordeel over wat een plausibele en verdedigbare bedoeling of strekking van de wet zou kunnen zijn, is kennelijk niet toelaatbaar.³

Opvallend zijn de woorden ‘zo nodig’; kennelijk wordt het in de meeste gevallen *niet* nodig geacht om verder te kijken dan de wettekst. Alsof die niet *altijd* geïnterpreteerd zou moeten worden

Deze strakke opvatting van rechtszekerheid als de keuze voor één onproblematisch geacht ‘uniform’ doet me denken aan de mevrouw die, jaren geleden,

naast mij zat in de trein van Den Haag naar Groningen en die ik graag aanhaal tijdens mijn colleges. Zij keek met meer dan gemiddelde belangstelling zijdelings naar de getypte velletjes die ik voor me had: de essays voor het college juridische oordeelsvorming. We kwamen erover in gesprek, en u raadt het al: mijn medepassagier was rechter van beroep. Ze kon zich in het geheel niet vinden in wat ik mijn studenten had wijsgemaakt en haar nu ook vertelde, namelijk dat rechtsvinding niet kan worden begrepen als het daadwerkelijk ‘vinden’ van iets wat al klaarligt om gevonden te worden, maar dat het telkens opnieuw gemaakt wordt en dat daarbij meestal meerdere wegen openstaan waartussen gekozen moet worden. ‘Wat een onzin’, zei ze. ‘Ik heb geen keuze. Ik kan niet anders dan de wet toepassen.’ Het werd een wat vervelend heen-en-weergepraat, waarbij me steeds duidelijker werd dat ik deze mevrouw niet kon overtuigen toen ze zei: ‘Stel je voor dat het anders was: dan zou ’s nachts ik geen óóg meer dicht doen!’ Letterknechterij als vervulling van een psychische behoefte; ‘de’ wet als schaamlap voor het eigen geweten.

Overigens hoeft niet alleen ‘de wet’ die functie te vervullen. Ook ‘de feiten’ kunnen gerepresenteerd worden als vaststaand en onbetwifelbaar. Zo hield Jean-Louis van Os recentelijk in *de Volkskrant* de bestuursrechtspraak rond arbeidsongeschiktheid door erop te wijzen dat het oordeel van verzekeringsartsen meestal kritiekloos wordt overgenomen door de rechtbank, hoewel deze artsen toch in veel gevallen in dienst zijn van één van de partijen, namelijk het UWV, en vaak ook niet deskundig zijn op het gebied

2 Raad van State 2021, p. 27.
 3 Zie hierover L. van den Berge, ‘Bestuursrecht na de toeslagenaffaire: hoe nu verder? Over het rechtskarakter van het bestuursrecht’, AA 2021, afl. 11 (AA20210987).

van de specifieke aandoening van de arbeidsongeschikte. Contra-expertise van ter zake deskundige specialisten wordt door de rechter niet gevraagd.⁴

Het belang van de feiten voor de rechtsbedeling wordt ook door de Afdeling opgemerkt. Maar weer spelen hier die woordjes 'zo nodig' een cruciale rol. In die gevallen waar de burger in 'knellende situaties' komt, moet er ruimte zijn voor 'een herstelkans aan de burger om nadere informatie in de procedure te brengen en het zo nodig door de bestuursrechter aanvullen van de feiten', schrijft de Afdeling in haar reflectierapport.⁵ Wederom wordt gesuggereerd dat die extra feiten alleen bij bijzondere en schrijnende gevallen kunnen worden ingebracht.

Zo wordt in de 'gewone' gevallen door feit en regel een benauwend web gesponnen waarbinnen het moeilijk manoeuvreren is. De rechter vertrekt al bij voorbaat vanuit één bepaalde toepasselijke regel, zoekt daarbij het feitenmateriaal dat de voorwaarden ondersteunt die in de regel worden gesteld, en past de regel vervolgens toe op de aldus geconstrueerde werkelijkheid. Zij kan ook bij 'de' feiten beginnen, die lijken te bevestigen dat aan de voorwaarden van een van de mogelijke regels is voldaan. Vasthouden aan de feiten ontslaat de rechter dan niet alleen van de plicht om een nieuw feitenonderzoek te doen, maar tevens van de noodzaak om alternatieve regels te bekijken als mogelijk toepasbaar op deze – nieuwe – feiten. Alleen in schrijnende gevallen mag de rechtstoepasser de bedoeling van de historische wetgever erbij halen of nieuwe feiten onderzoeken.

Niet alleen in bijzondere gevallen maar altijd is er de mogelijkheid om alternatieve regels in de beschouwing te betrekken of de feiten kritischer te onderzoeken. Dat kost tijd en moeite, maar het kan wel en het is te verkiezen boven de fantasieloze regeltoepassing die nu verkocht wordt onder de banier van rechtszekere rechtsvinding

Het lijkt mij te veel eer om dit web van zich als vanzelfsprekend presenterende feiten en regels te betitelen als consistente regeltoepassing of rechtszekerheid. Niet alleen in bijzondere gevallen maar altijd is er de mogelijkheid om alternatieve regels in de beschouwing te betrekken of de feiten kritischer te onderzoeken. Dat kost tijd en moeite, maar het kan wel en het is te verkiezen boven de fantasieloze regeltoepassing die nu verkocht wordt onder de banier van rechtszekere rechtsvinding.

Het is ook te verkiezen boven het alternatief dat nu boven de markt hangt als panacee voor alle kwalen: de empathie die noodzaakt tot maatwerk en de herwaardering van materiële rechtvaardigheid. Wij hebben geen Raad van State ingesteld om staatsraden te trainen in 'niet-juridische vaardigheden'. Net zomin als een Ministerie van Justitie er is

ten behoeve van de 'veiligheid', is het de taak van rechters om de rechtvaardigheid te doen zegevieren. Juist omdat er verschillende opvattingen zijn over wat rechtvaardigheid behelst is het recht uitgevonden. In een bijzonder geval kan een algemene wet schromelijk tekortschieten, maar *grosso modo* leiden generalisaties in de vorm van wettelijke bepalingen tot een beter resultaat. Het recht, als een verzameling compromissen tussen strijdige belangen en uiteenlopende politieke en morele voorkeuren, is immers uitgevonden om te voorkomen dat rechtzoekenden ten prooi te vallen aan al die empathische Salomons die niet altijd Salomons zijn, maar mensen van vlees en bloed die zich kunnen vergissen. Laat rechters daarom zo redelijk mogelijk het geldende recht toepassen.

Het is dan ook een misverstand te menen dat rechtszekerheid een *waarde* zou zijn waarnaar het recht moet streven, alsof er ook recht zou kunnen bestaan dat geen rechtszekerheid biedt. Ieder recht, zelfs in de meest eenvoudige vorm, geeft zekerheid; anders zou het geen recht meer zijn. Regels ordenen gebeurtenissen, handelingen en normadressaten in algemene categorieën. Het gaat om *alle* testamenten, of *alle* burgers boven de 18 jaar, om *alle* vermogens boven de 100.000 euro en om *alle* bomen binnen twee meter van *alle* erfafscheidingen. De categorieën kunnen meer of minder omvattend zijn maar hebben nooit betrekking op één specifiek persoon of één specifieke gebeurtenis, en als er rechten of plichten worden toegekend dan worden die aan de categorie toegekend en niet aan één enkel persoon of één enkele handeling. Anders zouden we simpelweg niet spreken van regels.

In die zin draagt iedere formulering van regels, ook van uitgesproken onrechtvaardige regels, bij aan zowel rechtszekerheid als rechtsgelijkheid. In feite zijn deze beide 'waarden' niets anders dan twee onlosmakelijk met elkaar verbonden aspecten van regels zelf. De regel dat je alleen een QR-code kan krijgen als je gevaccineerd bent, geeft niet alleen mij de zekerheid dat ik die code krijg na twee vaccinaties, maar maakt ook dat ik weet dat dat geldt voor alle anderen die twee keer gevaccineerd zijn. Daar is weinig geheimzinnigs aan.

Is deze vorm van rechtszekerheid nu identiek aan die 'uniformiteit' waarvoor de Afdeling terugdeinst? Is rechtszekerheid een soort 'one size fits all'? Dat is alleen het geval als men zich concentreert op één wetsartikel. Meestal is er een keuze mogelijk in de manier waarop de feiten worden gekwalificeerd, en welke regel men tot uitgangspunt neemt, is dan bepalend. Hoe te oordelen over theaters die zich ten tijde van de recente lockdown gingen voordoen als kapsalons en sportscholen? Zijn het instellingen die de sluitingsregels aan hun laars lappen en in overtreding zijn? Of maken ze slechts gebruik van hun demonstratierecht? Afhankelijk van die keuze dienen ook verschillende soorten feiten te worden onderzocht.

Ook is het mogelijk om bepaalde bestanddelen van de betreffende toepasselijk geachte wet op verschillende manieren te interpreteren. Wat is 'grove nalatigheid'? Daarover kunnen de meningen uiteenlopen. Maar zelfs als men over de selectie en de interpretatie van de toepasselijke wet geen twijfels heeft, kan het voorkomen dat de categorie dusdanig ruim is gekozen, dat iedereen over één

4 J. van Os, 'Bestuursrechters benadelen ook arbeidsongeschikten', *de Volkskrant* 3 januari 2022.

5 Raad van State 2021, p. 44-45.

kam wordt geschoren. Dan is het heel goed mogelijk om de categorieën kleiner te formuleren. Dat kan de wetgever doen, maar ook de rechter kan natuurlijk kijken naar onderscheidende bijkomende criteria die tot fijnere categorieën nopen. Dat hoeft niet te leiden tot rechterlijk 'activisme' of willekeur zolang naar aanknopingspunten wordt gezocht binnen het juridische materiaal en zolang de aangedragen keuzes en verfijningen gemotiveerd worden, zodat deze op plausibiliteit en redelijkheid kunnen worden beoordeeld.

Echte rechtsbescherming is bescherming *door* het recht, niet door incidentele toepassing van hardheidsclausules en de gevoelens van compassie die slechts 'zo nodig' om de hoek mogen komen kijken in uitzonderlijke gevallen

In het rapport van de werkgroep Reflectie Toeslagenaffaire Rechtbanken⁶ worden dergelijke afwijkende interpretaties genoemd en toegelicht. Maar ook hier worden deze afwijkende interpretaties vooral weer beschouwd als voorbeelden van 'maatwerk'. Dat mag in sommige van de beschreven gevallen terecht zijn, maar voor de meeste afwijkende interpretaties zijn eveneens aanknopingspunten te vinden in het wettelijk materiaal zelf, zij het dat het zoeklicht waarmee

dat juridische materiaal bekeken wordt, ruimer staat afgesteld dan in de heersende alles-of-niets-benadering het geval was.

Het is dan ook veelzeggend dat rechter Cooijmans van de rechtbank Rotterdam (waar de bestuursrechters een jaar lang ingingen tegen de vaste lijn van de Afdeling in toeslagenzaken) in het rapport stelt:

'Wij probeerden door middel van gemotiveerde uitspraken de koers van de Afdeling te veranderen en via detailoplossingen de scherpe kantjes weg te vijlen. We gebruikten toen de termen proportionaliteit, redelijkheid en menselijke maat. We hadden ook gewoon kunnen zeggen dat de jurisprudentie van de Afdeling geen redelijke wetsuitleg en geen redelijke wetstoepassing was.'⁷

Inderdaad: dat had niet alleen gekund, het was ook preciezer geweest. En het had misschien eerder ertoe geleid dat de argumenten serieus zouden zijn genomen; wie zal het zeggen? In ieder geval was duidelijk geworden hoe de verschillen in interpretatie te kenschetsen zijn. Niet als een dilemma tussen rechtszekerheid en materiële rechtvaardigheid, en ook niet als een dilemma tussen enerzijds 'de' wet en anderzijds de 'menselijke maat', maar als een dilemma tussen verschillende mogelijke verdedigbare interpretaties van het rechtsmateriaal. Het is niet nodig en ook niet wenselijk om maatwerk en 'rechtsbescherming' te stellen boven rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Integendeel: echte rechtsbescherming is bescherming *door* het recht, niet door incidentele toepassing van hardheidsclausules en de gevoelens van compassie die slechts 'zo nodig' om de hoek mogen komen kijken in uitzonderlijke gevallen.

6 A. Bazuin, T. Boesman, J.J. Catsburg e.a., *Recht vinden bij de rechtbank: Lessen uit kinderopvangtoeslagzaken* (Rapport Werkgroep Reflectie Toeslagenaffaire Rechtbanken), de Rechtspraak oktober 2021.

7 Bazuin, Boesman, Catsburg e.a. 2021, p. 43.



rijksuniversiteit
 groningen

faculteit rechtsgeleerdheid

juridisch
 postacademisch onderwijs



Voor het beste postacademisch onderwijs
 in Noord-Nederland kom je naar de
 Rijksuniversiteit Groningen



rug.nl/rechten/pao