

# DE RECHTSSTAAT EN DE TOESLAGENAFFAIRE: OVER FRAMES, FEITEN EN RECHT(VAARDIGHEID)

Margreet Ahsmann\*

## Inleiding

Toen ik op 6 januari 2021 aan het schrijven van dit artikel begon, was de wereld verbijsterd door de gebeurtenissen die in de Verenigde Staten gaande waren: betogers die het Capitool – het hart van de Amerikaanse democratie – bestormden, daartoe, naar het zich laat aanzien, aangemoedigd door president Donald Trump. Er ontstond direct consensus over dat dit ‘de bijl aan de wortel van de (democratische) rechtsstaat legde’. Dit korte zinnetje – een frame – maakte in één klap duidelijk wat op het spel stond en hoe gevaarlijk de situatie was. Het gaat om de precare balans tussen de beginselen van de rechtsstaat enerzijds en die van de democratie anderzijds.<sup>1</sup> Eén van de drie takken van de *trias politica* had namelijk, zo is de ernstige verdenking, opgeruid tot een gewelddadige aanval op een andere tak: een fundamentele schending van de scheiding der machten dus.<sup>2</sup>

In de aanloop naar deze apotheose maakte Trump sinds zijn verkiezingsnederlaag consequent gebruik van een (ander) frame: ‘de verkiezingen zijn gestolen’, met als variant ‘de uitslag is een grote leugen’. Dat was ernstig omdat het frame niet op ‘ware’ feiten van de getelde stemmen berustte, maar vooral op verzinsels, onder meer voortkomend uit politieke paranoia en ontevredenheid. In meer dan zestig rechtszaken hadden rechters (waaronder veel Republikeinse rechters) beweringen dat de verkiezingen onregelmatig waren verlopen, als onbewezen afgewezen. Door vaststelling van de feiten hadden deze rechters de frames van Trump ontkracht.

Met onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak schept de rechter aldus de waarborgfunctie die een rechtsstaat de burger biedt, zowel tegen andere mensen als tegen de overheid. De *trias politica* werkt echter alleen bij een zuivere rolverdeling tussen de drie machten en alleen als elke macht daarin haar eigen verantwoordelijkheid neemt. Trump en zijn vol-

gelingen miskenden echter het gezag van de derde staatsmacht: zij stelden het eigen gelijk in de plaats van de door de rechter vastgestelde waarheid.

## De trias politica werkt alleen bij een zuivere rolverdeling tussen de drie machten en alleen als elke macht daarin haar eigen verantwoordelijkheid neemt

Ook in ons eigen land wankelden tezelfdertijd de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. Dit is althans de belangrijkste conclusie uit het rapport *Ongekend onrecht* van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag.<sup>3</sup> De commissie constateert onder meer dat de bestuursrechtspraak jarenlang een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van ‘de niet dwingend uit de wet volgende, spijkerharde uitvoering van de regelgeving van de kinderopvangtoeslag’. Daarmee heeft de bestuursrechtspraak volgens de commissie haar ‘belangrijke functie van (rechts)bescherming van individuele burgers veronachtzaamd’. De commissie schrijft vooral geraakt te zijn door het tot in oktober 2019 ‘wegredeneren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die zouden moeten dienen als stootkussen en beschermende deken voor mensen in nood’. Het snoeiharde oordeel van de commissie over de hoogste bestuursrechter uit nota bene de Tweede Kamer is door hoogleraar en voormalige Nationale ombudsman Brenninkmeijer onderschreven: de werking van de democratische rechtsstaat is aangetast omdat wetgever, bestuur en rechter hier te dicht op elkaar zitten; controlemechanismen hebben onvoldoende gewerkt omdat er onvoldoende tegenspraak is.<sup>4</sup>

\* Prof. mr. M.J.A.M. Ahsmann is rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Den Haag en emeritus bijzonder hoogleraar Rechtspleging aan de Universiteit Leiden. Tot 1997 was zij universitair hoofd-docent Romeins recht en zijn geschiedenis aan die universiteit. Het artikel is afgesloten op 24 januari 2021.

1 Zie over de basisprincipes van de rechtsstaat recent G. Corstens & R. Kuiper, *De rechter grijpt de macht. En andere misverstanden over de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus 2020; N. Doornbos, ‘Onze rechtstaat op de “schaal van erg”’, *AA* 2015, afl. 2, p. 106-110 (AA20150106).

2 Vgl. E. Daalder, *President Trump en de rule of law. Werkt het Amerikaanse rechtssysteem nog steeds?*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

3 [www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217\\_eindverslag\\_parlementaire\\_ondervragingscommissie\\_kinderopvangtoeslag.pdf](http://www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf), p. 7-8.

4 A. Brenninkmeijer, “De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden” als “verschrikkelijk ongeluk”. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur’, *NJB* 2021, afl. 1, p. 6-13.

### *Ius est ars boni et aequi*

In de beide casus (VS en Nederland) gaat het om de essentiële rol van de rechter en het recht in de samenleving ten opzichte van de aan die samenleving door een partij gepresenteerde feiten. Wat rechtens is, is moeilijk te definiëren. De jurist Celsus heeft dat in de tweede eeuw al subtiel (Latijn: 'elegantier') en onovertroffen geduid in wat inmiddels een bekend adagium (rechtsspreuk) is geworden: *ius est ars boni et aequi*, waaraan de titel van dit tijdschrift – 'Ars Aequi' – is ontleend.<sup>5</sup> Maar hoe 'ius' en 'ars' te vertalen? Duidt *ius* op de 'wet' of op het 'recht'? Is *ars* een 'kunde' of een 'kunst'? Een rechter zal deze onderscheidingen niet scherp willen maken. Hij moet enerzijds de 'kunde' hebben om de 'wet' toe te passen, waaronder zijn begrepen het wettelijk stelsel en de bedoeling van de wetgever, maar anderzijds ook de 'kunst', dat wil zeggen de intuïtie en sensitiviteit, bezitten om de aan de orde zijnde feiten te verbinden met *ius* in de betekenis van 'recht'. Anders gezegd: de rechter moet de juridisch-technische professionaliteit, die van belang is voor zijn legitimiteit (het morele gezag), met praktische wijsheid koppelen aan het normatieve aspect van het recht én aan de realiteit van de individuele burger.

Maar wat is 'recht'? En dan wordt definiëring lastig. Het helpt ons om te beseffen dat *ius* onlosmakelijk is gelieerd aan *iustitia*, gerechtigheid of rechtvaardigheid. Met dat doel voor ogen gaat een partij naar de rechter, of dat nu de klimaatgroep Urgenda is of de bijstandsmoeder uit Wijdemeren.<sup>6</sup> Men wil zijn of haar 'recht' halen omdat volgens betrokkenen 'onrecht' is gedaan. Vrouwe Justitia weegt daartoe de pro's en contra's van alle in kaart gebrachte feiten en komt tot een rechtvaardige beslissing door 'ieder het zijne te geven' (*suum cuique tribuere*).<sup>7</sup> 'Justice must not only be done, but also be seen to be done' duidt dan op de onafhankelijke en onpartijdige rechter die in zijn motivering laat zien hoe hij in een geschil de weegschaal hanteert en de juiste balans tussen recht en onrecht vindt.

### De toeslagenaffaire en rechtvaardigheid

Hoe is de concretisering van *iustitia*, van 'evenwichtige gerechtigheid', in de zogeheten toeslagenaffaire te rijmen met het optreden van de (hoogste) bestuursrechter? Dat we er een idee over hebben, blijkt heel duidelijk uit de woede die onder getroffen burgers leeft over uitspraken van rechters.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) heeft in de periode 2011 tot oktober 2019 in totaal 590 uitspraken inzake kinderopvangtoeslagen gedaan.<sup>8</sup> Uitspraken van lagere rechters waarin was vastgesteld dat een burger géén recht had op kinderopvangtoeslag als hij een fout had gemaakt, werden gesauveerd, zelfs al ging het om een kleine tekortkoming: bijvoorbeeld een invulfout op het complexe formulier, het ontbreken van een handtekening of het niet kunnen overleggen van bonnetjes voor bijvoorbeeld € 250,-.<sup>9</sup> Ze hebben geleid tot het terugvorderen bij de burger van vele duizenden en zelfs tienduizenden euro's. De terugvordering van het reeds uitgekeerde bedrag in zijn geheel – het 'alles-of-niets'-karakter – zou namelijk de (dwingendrechtelijke) bedoeling van de wetgever zijn geweest; fraude moest worden bestreden. Eerst

op 23 oktober 2019 heeft de ABRvS hieraan in twee uitspraken een einde gemaakt door terug te komen van de eerdere jurisprudentie.<sup>10</sup>

Ik vroeg mij als relatieve buitenstaander af of bij zoveel controversiële vergelijkbare kwesties niet eerder alle alarmbellen bij de ABRvS hadden moeten gaan rinkelen. Rechtszaken speelden immers al sinds 2011 en van fraude was lang niet in alle zaken sprake. Het beeld van de ivoren toren drong zich onwillekeurig op: de rechter die niet ziet wat in de samenleving speelt.<sup>11</sup> Anders zou de bestuursrechter, linksom of rechtsom, toch zeker wél tot een bevredigender resultaat zijn gekomen? Moet dan de conclusie zijn dat de bestuursrechter het *ius est ars boni et aequi* niet heeft doorgrond en zijn rol niet volwaardig heeft vervuld? In een rechtsstaat moet de onafhankelijke rechter de burger immers bescherming bieden door in te grijpen tegen mogelijke willekeur van de overheid en haar uitvoeringsorganen.

### Ik vroeg mij als relatieve buitenstaander af of bij zoveel controversiële vergelijkbare kwesties niet eerder alle alarmbellen bij de ABRvS hadden moeten gaan rinkelen. Ik besef inmiddels (na lezing van de commentaren vanuit het bestuursrecht) dat ik tot in mijn haarvaten een civiele rechter ben

Dat mijn redenering wat naïef moge overkomen en dat ik te weinig van het denken van de bestuursrechter afweet, bleek mij vervolgens. Volgens de voorzitter van de ABRvS gaat het bestuursrecht 'ervan uit dat overheidsinstanties rechtmatig te werk gaan en de wet uitvoeren. De rechter gaat niet uit van het falen van het systeem'.<sup>12</sup> Is dat inderdaad zo, vroeg ik me al lezend enigszins verbaasd af. Vormt rechtspraak niet het vangnet als wetgever en bestuur tekortschieten?<sup>13</sup> Als de wetgever (regering en parlement) in een geschil bij voorbaat een partij (de uitvoeringsorganen) vanwege haar betrouwbaarheid op 1-0 voorsprong zet, uitstraalt dat hij de wederpartij (de burger) bij voorbaat wantrouwt en de rechter vervolgens geen correctiemogelijkheid biedt door af te zien van een hardheidsclausule, hoe kan rechtspraak dan haar rol als vrouwe *iustitia* vervullen en nog onafhankelijk en onpartijdig zijn?

Ik besef inmiddels (na lezing van de verschenen commentaren vanuit het bestuursrecht) dat ik tot in mijn haarvaten een civiele rechter ben.<sup>14</sup> Voor de civilist zijn de feiten in de concrete zaak allesbepalend voor de keuze van de rechtsregel: *da mihi facta dabo tibi ius* ('geef mij de feiten, dan zal ik je het recht geven'); de rechter pendelt tussen feiten en recht heen en weer. Mocht de beslissing inhoudelijk onrechtvaardig uitpakken, dan heeft hij enkele redmiddelen tot zijn beschikking, zoals een matigingsbevoegdheid en als laatste uitlaatklep artikel 6:2 lid 2 BW: 'een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit

- 5 D. 1,1,1 pr. Spruit vertaalt het adagium als 'recht is de kunde van wat goed en billijk is'; zie J.E. Spruit, 'Justinianus legislator', AA 2005, afl. 6, p. 433-444 (AA20050433).
- 6 De gemeente had overeenkomstig de Participatiewet € 7.040,- teruggevorderd van een bijstandsmoeder die welkijks een boodschappentas met € 50,- aan levensmiddelen van haar moeder kreeg, wat zij niet had gemeld.
- 7 D. 1,1,10 pr.-1; Inst.1,1 pr.-3. M.J.A.M. Ahsmann, *Over meesters in de rechten en priesters van het recht: feit en fictie in hun opleiding* (uitgebreide tekst oratie Leiden 2011), Den Haag: Boom juridisch 2012, p. 99 e.v. en 117 e.v.
- 8 B.J. van Ettekovén, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021, afl. 2, p. 98-107 (noot 15).
- 9 De ABRvS heeft in elk geval dissidente uitspraken van de rechtbank Rotterdam uit de jaren 2013-2014 vernietigd. Om hoeveel uitspraken dat gaat, is niet duidelijk, vgl. Van Ettekovén 2021, noot 31.
- 10 ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3556. De eerste uitspraak is geannoteerd door A.T. Marseille, 'Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?', AA 2020, afl. 4, p. 393-399 (AA20200393). Naar aanleiding van beide uitspraken is de wet gewijzigd, zie Van Ettekovén 2021, p. 104 onder 4.
- 11 Vgl. S.J. Stuveling, 'Transparantie en Rechtspraak: kennis delen met de samenleving' (Rechtspraaklezing 2009), in: *Rechtstreeks*, Den Haag: Sdu 2009.
- 12 W. Boersema & J. Kleinnijenhuis, Interview Bart Jan van Ettekovén: 'Raad van State onderzoekt eigen uitspraken na toeslagenaffaire: "Het had anders gekund"', *Trouw* 9 januari 2021.
- 13 In februari 2021 verscheen van J. Frederik, *Zo hadden we het niet bedoeld. De tragedie achter de toeslagenaffaire*, Amsterdam: De Correspondent 2021. Daarin beschrijft hij de dynamiek die tot de toeslagenaffaire heeft geleid.
- 14 Afgezien van de reeds geciteerde literatuur (waarin verder verwijzingen staan) laatstelijk L. Besselink, 'De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire, Over een onverstandige en onvolgende reactie', *NJB* 2021,



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'. Maar ook ben ik doordrongen van het feit dat tegenbewijs altijd mogelijk is, zelfs tegen dwingend bewijs (art. 151 Rv). Hoor en wederhoor (*audi et alteram partem*) is immers het belangrijkste rechtsbeginsel.

Ook de strafrechter zou zich naar mijn idee anders hebben opgesteld. De burger heeft de verplichting tot terugbetaling namelijk ervaren als een fiscale of strafrechtelijke boete, ook al is dat dogmatisch anders. Geen strafrechter zal iemand die een vergrijp als administratieve slordigheid – onmogelijkheid het bewijs (alle bonnetjes) op tafel te leggen – of als een loutere vergissing begaat, veroordelen tot een boete van (tien)duizenden euro's. Ik laat nog daar de verre gaande consequenties die het oordeel van de bestuursrechter heeft, zoals de burger die diensten-gevolge niet in de schuldhulpverlening terecht komt omdat hij als fraudeur te boek stond.

Een bestuursrechter gaat echter anders te werk. Hij toetst het op bezwaar genomen besluit aan de rechtsregel en vraagt zich vervolgens af of het bestreden besluit rechtmatig is. In het beste geval volgt dan vernietiging van het besluit. Redengevend voor de harde beslissingen van de bestuursrechter is mede geweest dat bij de totstandkoming van de regelgeving die tot de toelagenaffaire heeft geleid, de wetgever bewust van een hardheidsclausule heeft afgezien. Misbruik moest namelijk worden voorkomen, terwijl het opnemen van een hardheidsclausule zou kunnen leiden tot een veelvuldig beroep op de bestuursrechter.<sup>15</sup> Indien die redenering juist is, wat

overigens door Besselink<sup>16</sup> wordt bestreden, zou de wetgever dus zelf om zo weinig mogelijk zaken te krijgen – budgettaire redenen – een stokje hebben gestoken voor de rechtsbescherming van de burger waarmee hij de overheid de vrije hand gaf. Recht is daarmee verworpen tot 'repressief recht' van de machthebber.

### Het bestuursrechtelijk denken in de kinderopvangtoeslagzaken gaat kennelijk uit van een feilloos wetgevend kader

Het bestuursrechtelijk denken in de kinderopvangtoeslagzaken gaat kennelijk uit van een feilloos wetgevend kader. De wetgever heeft echter geen glazen bol en had niet geanticipeerd op de (juridische) vraag waar de bestuursrechter zich voor gesteld zag. Bij evident onrecht moet de bestuursrechter dan, vanwege zijn rol als rechtsbeschermers van de burger tegen de overheid, mijns inziens corrigerend optreden. Hij zou flexibiliteit kunnen creëren, bijvoorbeeld door te oordelen dat het niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest om administratieve vergissingen als misbruik te beschouwen of, zoals de rechtbank Rotterdam in diverse zaken heeft geoordeeld, dat het proportionaliteitsbeginsel daaraan in de weg staat. Strikte 'gehoorzaamheid' aan de wet verwordt anders tot blind legisme, het recht als theologisch dogma, en

afl. 3, p. 194-198; F. Zwart, 'Wat mij heeft verbaasd...', *NJB* 2021, afl. 3, p. 199.

<sup>15</sup> Van Ettekoven 2021, p. 99 en 102. Wrang detail is overigens dat juist de Raad voor de rechtspraak, die de belangen van rechtsbescherming voor de burger zou moeten dienen, de minister hierop heeft geattendeerd; Advies 15 april 2004 over het conceptwetsvoorstel bij Kamerstuk 29674, nr. 5 (kenmerk UIT 3650/ONTWRCH).

<sup>16</sup> Besselink 2021.

komt te staan boven het traditionele onderscheid tussen rechtvaardig en onrechtvaardig. De rechterlijke macht is er nu juist om als zelfstandige staatsmacht eigen macht uit te oefenen. Dat dit ook als zodanig wordt beleefd, komt in de verhoren van de parlementaire enquêtecommissie naar voren: betrokken ambtenaren verwezen voor hun beslissingen – en begrijpelijk – naar de lijn die de ABRvS in haar uitspraken had uitgezet.

Rechtvaardigheid is dus niet slechts een afgeleide van de norm. Rechtvaardig oordelen in een concrete zaak wil evenmin zeggen dat de rechter zich door zijn persoonlijke overtuiging over wat rechtvaardig is, zou moeten laten leiden en dat hij zich kan losmaken van de wet. Wel moet hij als het ware de kloof tussen 'rechtmatigheid' en 'rechtvaardigheid' overbruggen. Verkaveling binnen het recht zou er niet toe moeten leiden dat wat een leidend rechtsbeginsel is voor de civiele en strafrechter niet geldt voor de bestuursrechter. Het zou vreemd zijn als dit richtsnoer wel geldt in zaken tussen burgers onderling maar niet in de verhouding overheid en de burger. Om rechtseenheid op de verschillende rechtsgebieden te bewerkstelligen, is het wat mij betreft daarom hoog tijd de rechtspraak van de Raad van State onder te brengen bij de Hoge Raad.<sup>17</sup>

## Om rechtseenheid op de verschillende rechtsgebieden te bewerkstelligen, is het wat mij betreft hoog tijd de rechtspraak van de Raad van State onder te brengen bij de Hoge Raad

### Maatschappelijk effectieve rechtspraak

Het vertrouwen in de rechtspraak, in de derde staatsmacht dus, heeft door de uitspraken van bestuursrechters inzake de kinderopvangtoeslag een enorme deuk opgelopen. Ik trap een open deur in als ik beweer dat deze uitspraken géén voorbeeld zijn geweest van 'responsieve rechtspraak', rechtspraak gericht op het bereiken van materiële rechtvaardigheid waarbij het burgerperspectief centraal staat.<sup>18</sup> Het maakt wel duidelijk hoe lastig het spanningsveld voor een rechter is die met één been in het recht en met het andere in de samenleving moet staan. De rechter moet balanceren enerzijds tussen zijn rechterlijke onafhankelijkheid en het debat in de samenleving en anderzijds het zorg dragen voor rechtseenheid en rechtszekerheid en het voorkomen van rechterlijke willekeur.

Waar responsieve rechtspraak een andere manier lijkt te zijn om uitdrukking te geven aan rechtvaardige rechtspraak,<sup>19</sup> geldt dat niet voor de nieuwste term. Die is nog vager en gaat zelfs een grote stap verder: 'maatschappelijk effectieve rechtspraak', een ander frame dat ik nu wil bespreken.<sup>20</sup>

Sinds 2016 hanteert de Raad voor de rechtspraak dit frame (afgekort als MER) om *inhoudelijke* innovatie van de rechtspraak te bevorderen; geen technische innovatie dus, zoals het programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI) beoogde. Het is volgens de raad 'rechtspraak die ertoe doet'. De 'effectiviteit'

houdt in dat de rechter ook en vooral moet bijdragen aan 'daadwerkelijke probleemoplossing van mensen'. Daartoe zijn projecten opgezet met het doel de *civiele* procedure bij de rechter toegankelijker, sneller en eenvoudiger te maken: de spreekurerechter, de Haagse wijkrechter, de Rotterdamse regelrechter.<sup>21</sup> De rechter zet in op een niet-juridische, praktische benadering en moet op de zitting aandacht besteden aan de onderliggende belangen en aldus het conflict tussen partijen écht oplossen.<sup>22</sup>

Nu brengt een civiele rechter in het kader van schikkingsonderhandelingen met enige regelmaat dergelijke belangen ter sprake (art. 87 lid 2 onder c Rv). In reguliere kantonprocedures wordt gemiddeld 25% van de zaken op zitting geregeld, waarbij ook andere belangen kunnen worden meegewogen.<sup>23</sup> Maar deze rechter doet dat in zijn rol van *geschilbeslechter*. Zeer principieel is daarom de vraag: mag *geschiloplossing* wel *doelstelling* zijn van de taakopvatting van een overheidsrechter? Een geschil is immers altijd onderworpen aan het *recht*, met inachtneming van het geheel van procesrechtelijke regels en waarborgen. Ons rechtssysteem is niet gebouwd op belangen en ideeën over praktische 'oplossingen' door een individuele rechter maar wél op principiële rechtsbeginselen die waken tegen rechterlijke willekeur. De taakopvatting komt dan op gespannen voet te staan met de rechtsstatelijke invulling van goed rechterschap. Het gevaar van demystificatie wordt versterkt doordat de rechter geen toga draagt.<sup>24</sup> Een toga is een instrument om waarden door te geven. MER draagt eraan bij dat 'recht' verwordt tot 'ook maar een mening'; een gevaarlijke ontwikkeling voor de legitimiteit en de identiteit van de rechterlijke macht. De waarde van en het vertrouwen in rechtspraak is dan in het geding.

Bij de burger worden door MER – net als bij KEI – verwachtingen gewekt die een rechter niet kan waarmaken. Het recht zelf al kent zijn beperkingen. In een recent interview zegt voormalig advocate en oud-hoogleraar Britta Böhrer: 'Vaak denken we dat alles bij de rechter kan worden opgelost en we zijn teleurgesteld dat er grenzen zijn aan de reikwijdte van het recht.'<sup>25</sup> Het psychologisch effect van het frame MER moet niet worden onderschat. Het beïnvloedt en/of bevestigt veeleer de perceptie bij de burger dat de rechtspraak niet met haar beide benen in de samenleving staat. Het brengt een tweedeling aan waarbij en passant de gewone rechtspraak in het verdomhoekje wordt geplaatst. De taak om 'recht te doen' en de burger rechtsbescherming te bieden, is al ingewikkeld genoeg; dat bewijst de toeslagen-affaire.

Frames pretenderen een werkelijkheid weer te geven, kunnen daarom gevaarlijk zijn en als splijtzwam gaan fungeren. Wanneer een kwetsbare organisatie zoals de Rechtspraak ferme stellingen betreft, mag worden verwacht dat zij deze goed met feiten onderbouwt.<sup>26</sup> Een rationele aanpak, gebaseerd op expertise en kennis, past bij de eigenheid van rechtspraak: een zoektocht naar waarheid en recht. KEI, tot stand gekomen zonder noemenswaardige tegenspraak, zou alles oplossen, maar heeft geleerd tot welk een debacle gebrek aan deugdelijk onderzoek, miskenning van de realiteit en wensdenken kunnen leiden. De – ambitieuze – doelstelling van het *Jaarplan van de Rechtspraak 2014* was dat door KEI vanaf 2018 de gemiddelde duur van rechtszaken 'ten minste 40%'

17 Vgl. G. Corstens e.a., 'Nu is duidelijk: de rechter hoort niet bij de Raad van State', *NRC Handelsblad* 29 december 2020. Zij zien de noodzaak daartoe vooral in rechtspraak in drie instanties.

18 M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24.

19 Vgl. Marseille 2020, p. 397 onder 3.

20 Onder meer S. Verberk, 'Responsieve rechtspraak? Maatschappelijk effectieve rechtspraak als innovatieproces', *Rechtstreeks* 2019, afl. 1, p. 26-34; R.C. Hartendorp, *Naar m(e)er rechtspraak?* (oratie Leiden), Leiden 2020.

21 Inmiddels is ook een suggestie gedaan voor de 'bestuursregelrechter', zie J. Bos & D. Brugman, 'Tijd voor de bestuursregelrechter?', *NJB* 2019/160.

22 Zie de discussie tussen A. Klijn en R. Hartendorp in *Recht der Werkelijkheid*, 2020, afl. 4, p. 55-60 resp. p. 61-66 (met verdere literatuur); M.J.A.M. Ahsmann, *Samenwerking Rechtswetenschap en Rechtspraak: van nut naar noodzaak* (afscheidscollage), Leiden 2019, p. 9-11.

23 E. Bauw e.a., 'De nabijheidsrechter en maatschappelijk effectieve rechtspraak', *TCR* 2020, afl. 1, p. 1-7, met verwijzing (op p. 5) naar verdere literatuur.

24 J.L.M. Luiten, 'De evaluatie van MER-initiatieven "de Haagse wijkrechter" en "de Rotterdamse regelrechter"', *TvPP* 2020, afl. 5, p. 156-162; H. Grootelaar e.a., *Evaluatie Rotterdamse Regelrechter en Haagse wijkrechter* (onderzoek uitgevoerd door Andersson Eiffers Felix; Research Memoranda 2020-1), Den Haag: Sdu 2020, p. 54.

25 Britta Böhrer: "Een schrijver is niet aan ethische regels gebonden", *NRC Handelsblad* 2 januari 2021.

26 J. Vranken, 'Wie beschermt de rechtspraak?', *NJB* 2020, afl. 8, p. 536-543; J. Vranken & M. Snel, 'De civiele rechter in Nederland op de schopstoel', *NJB* 2019, afl. 13, p. 858-866.

korter zou zijn dan in 2013.<sup>27</sup> Voor wie de procesrechtliteratuur kende een onmogelijkheid. Inmiddels weten we dat de doorlooptijden zijn toegenomen en de beoogde 'inverdieneffecten' nooit zijn gerealiseerd. Het was 'Haagse bluf' van de Rechtspraak, daartoe gestimuleerd door de ferme bezuinigingen van de politiek op de rechtspraak.<sup>28</sup>

Net als bij KEI is ook bij MER geen grondige discussie vooraf gevoerd, ditmaal over de vraag 'wat des rechters is'; duidelijkheid over de inhoud van de rechterlijke functie kan dan als gemeenschappelijk ijkpunt dienen voor rechters, bestuurders en politici.<sup>29</sup> Wetenschappelijk vormgegeven pilots en helder inzicht in wat tot de budgettaire mogelijkheden van de Rechtspraak behoort, ontbreken eveneens. In plaats daarvan stuiten we wederom op mooie, op wensdenken gebaseerde plannen met uitgeholde adjectieven die uiteindelijk misschien wederom bezuinigingsoogmerken zullen hebben. De pilots zijn – net als overigens bij KEI – succesvol verlopen. Het doel is daarom de MER-projecten rechtspraak-breed te implementeren.<sup>30</sup>

Wat is echter 'succesvol'? Zijn slechts 81, niet op basis van een procesdossier, behandelde zaken in een tijdspanne van ruim een jaar wel representatief te noemen?<sup>31</sup> Een andere belangrijke kanttekening is dat de zaken dankzij extra personele inzet met voorrang en zo snel mogelijk zijn ingepland, door ervaren kantonrechters met extra zittingstijd (zelfs bij partijen thuis) zijn behandeld, en wel tegen een minimaal griffietarief. Dat de burger dan tevreden is, zal niemand verbazen. Maar wie wordt er ten koste van wie recht gedaan? Ter vergelijking: ongeveer twee derde deel van de 1,5 miljoen rechtszaken valt onder de competentie van de kantonrechters. In (contradictoire) kantonprocedures wordt in de praktijk gemiddeld in 50% van de zaken een mondelinge behandeling gelast.<sup>32</sup>

## MER impliceert (net als KEI) wederom een ingebakken en onafwendbare teleurstelling voor de justitiabele, iemand dus die 'recht' zoekt

Met behulp van een geoptimaliseerde setting wordt, net zoals bij KEI, een valse vergelijking met reguliere rechtspraak getrokken, met als gevolg bevestiging van het negatieve frame over de huidige werkwijze.<sup>33</sup> Zijn mediators daartoe niet veel beter opgeleid? Is het niet alweer de politieke waan van de dag die regeert? Zelfs een lichte vorm van een maatschappelijke kosten-batenanalyse is niet voorhanden. De

rechtspraak zucht onder grote achterstanden en een groot tekort aan rechters. De redenen waarom in 2013 van de 55 locaties waar de kantonrechter zitting houdt er 24 zijn gesloten, hingen samen met het bevorderen van de doorlooptijden door verdere ontwikkeling van deskundigheid en waren door budgettaire en organisatorische overwegingen ingegeven.<sup>34</sup> MER impliceert (net als KEI) wederom een ingebakken en onafwendbare teleurstelling voor de justitiabele, iemand dus die 'recht' zoekt.

### Conclusie

De beide, in de inleiding genoemde, casus (VS en Nederland) tonen het belang én de kwetsbaarheid van de democratische instellingen. De VS laten zien waar gebrek aan vertrouwen in de rechterlijke macht toe kan leiden. Bij de toeslagenaffaire hebben zelfs de *checks and balances* van de democratie niet gewerkt. De rechterlijke macht had moeten laten zien dat zij een staatsmacht is die de beide andere staatsmachten waar nodig tegenhoudt. Reflecteren over hoe dit alles heeft kunnen gebeuren, zal iedere macht ongetwijfeld doen, en terecht. Het vertrouwen van de Nederlandse bevolking in de drie machten van de (inmiddels verzwakte) *trias politica* moet worden hersteld.

## Duidelijkheid over de mogelijkheden én beperkingen van rechtspraak is voorwaarde voor haar geloofwaardigheid en daarmee voor haar morele gezag, haar legitimiteit dus. Daar vaart de rechtsstaat wel bij

In een crisis zie je het scherpst wat ertoe doet. De toeslagenaffaire maakt duidelijk dat het belang van de burger het beste wordt gediend met het waarden-sensitieve frame 'rechtvaardige, deskundige en integere rechtspraak'; dat is bij uitstek 'rechtspraak die ertoe doet'. Borstklopperij met lege inhoud als 'maatschappelijk effectieve rechtspraak' kan maar beter achterwege blijven. De Raad voor de rechtspraak doet er verstandig aan zich verre te houden van het mantra van de minister dat 'juridische oplossingen' vaak geen duurzame oplossingen zijn.<sup>35</sup> Duidelijkheid over de mogelijkheden én beperkingen van rechtspraak is voorwaarde voor haar geloofwaardigheid en daarmee voor haar morele gezag, haar legitimiteit dus. Daar vaart de rechtsstaat wel bij.

27 Zie voor het Jaarplan 2014 en de Agenda van de Rechtspraak 2015-2018 [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

28 M. Ahsmann & H. Hofhuis, 'Versnelling van doorlooptijden van rechtszaken met 40%: realistisch of Haagse bluf?', *NJB* 2014, afl. 26, p. 1742-1749 (met reactie en naschrift op p. 1755).

29 H. Tjeenk Willink, 'De "verbetering" van de rechterlijke macht en het mislukken van het KEI-project', *NJB* 2018, afl. 18, p. 1274-1277.

30 Brief van de Minister voor Rechtsbescherming, 17 november 2020, kenmerk 3053639, met als bijlage Innovatiebrief Rechtspraak 2020 van de Raad voor de rechtspraak.

31 De pilots zijn gestart op 1 september respectievelijk 1 oktober 2018, zie Grootelaar e.a. 2020, p. 7, 10-11 en 106-107. Voorts Luiten 2020, p. 158; H. Steenberghe, 'De verafrechter', *TvPP* 2019, afl. 6, p. 161-163.

32 R.J.J. Eshuis, *Schaalgroote rechtspraak in eerste aanleg* (Factsheet 2017-4), Den Haag: WODC 2017; Bauw e.a. 2020.

33 Ahsmann 2019, p. 8-9; M. Ahsmann, 'KEI: steengoed of drijfzand', *TvPP* 2015, afl. 3, p. 65-66.

34 H.F.M. Hofhuis, 'De herziening van de gerechtelijke kaart geëvalueerd', *TvPP* afl. 3, 2018, p. 72-78; Eshuis 2017.

35 In navolging van een op ondeugdelijk onderzoek gebaseerd rapport van Hiil, zie daarover Vranken 2019.