

Jeroen Kiewiet

1 INLEIDING

Hopelijk neemt Titia het mij niet kwalijk dat ik voor deze bijdrage reflecteer op haar artikel 'Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid' uit 1996. Ik ben mij volledig bewust van het feit dat ik Titia's rijke oeuvre ernstig tekort doe door mij te richten op dit ene artikel. Het is bovendien inmiddels bijna 30 jaar geleden dat dit artikel in *RM Themis* verscheen.¹ Maar ondanks dat het bijna drie decennia geleden werd gepubliceerd, heeft de analyse geenszins aan kracht ingeboet. In tegendeel: Titia's boodschap dat het recht niet – zoals Schuyt het uitdrukte – als 'tragische held' ten onder moet gaan aan de roep naar individuele rechtvaardigheid is het actueler dan ooit. Op dit moment uit de roep naar individuele rechtvaardigheid zich bijvoorbeeld in de reacties op de toeslagenaffaire of de kritiek op het forfaitaire karakter van de vermogensbelasting. En die roep lijkt sterker dan ooit te voren.

2 ONTWIKKELING RICHTING MEER INDIVIDUELE RECHTVAARDIGHEID

Titia's artikel is sinds ik er als beginnend docent in Utrecht over doceerde voor mij een bepalende tekst geweest om concreet zicht te krijgen wat op het spel staat als het recht als middel wordt gebruikt om individuele rechtvaardigheid tot stand te brengen. In het vakgebied van het constitutioneel recht waarmee ik mij de komende jaren wil bezighouden, is deze ontwikkeling – de 'verbegin-seling' van het publiekrecht ten dienste van een bestuursrecht dat recht doet aan elk concreet geval – zorgwekkend. De drie categorieën waarin het door Titia besproken streven naar individuele rechtvaardigheid zich openbaart, zijn regelverfijning, open normen en concrete grondrechtentoesing. Waar regelverfijning het initiatief tot een concrete rechtvaardige uitkomst nog bij de wetgever neerlegt, zijn de invulling van open normen en concrete toetsing aan grondrechten taken voor de rechter. Bij dat rechterlijk takenpakket is nog een taak

1 T. Loenen, 'Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid. Over verfijning van regelgeving, vage of open normen, en concrete toetsing aan grondrechten', *RM Themis* 1996, p. 123-136.

in het bestuursrecht toegevoegd: de indringende rechterlijke toets aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Toch valt het zwaar die zorgen te uiten. Want wie is nu niet voor rechtspraak waarin het concrete geval in al zijn aspecten door de bestuursrechter recht wordt gedaan?

3 NADELEN VAN DEZE ONTWIKKELING

Ten eerste wijst Titia op de nadelen die juist vanuit het perspectief van de burger zijn verbonden aan een ongebreideld individueel rechtvaardigheidsstreven; de sterke afhankelijkheid van de gunst van de overheid en de vergelijking van burgers onderling naar de mate waarin zij begunstigd zijn. En daarbovenop, maar al te actueel: de enorme hoeveelheid persoonsgegevens die verwerkt moeten worden om volledig recht te doen aan het concrete geval. De toeslagenaffaire biedt voor al deze punten volop illustratiemateriaal. De grote afhankelijkheid van vele burgers aan de complexe toeslagenregelingen, de (financieel) grote en moeilijk te rechtvaardigen verschillen bij de afwikkeling van benadeelden en de enorme hoeveelheid persoonsgegevens die verwerkt zijn ter beoordeling van de oorspronkelijke aanvraag en de uiteindelijke compensatie.

Ten tweede zijn er constitutioneelrechtelijke bezwaren. Titia beargumenteert het probleem van machtscheiding aan de hand van het grote belang van bevoegdheidsafbakening; het is niet aan de rechter, maar aan de wetgever in de democratische rechtsstaat regels vast te stellen. Het is principieel *onjuist* om de rechter het primaat in de rechtsvorming te geven omdat het parlement de betere plaats is waarin rechtspolitieke afwegingen beslist kunnen worden dan de raadkamer. De rechter zal vanuit een beperkter – door opleiding en afkomst bepaald – perspectief oordelen dan de vele stemmen die in het parlement klinken. Dominante standaarden zijn gemakkelijker aan het licht te brengen in het parlementair debat waar juist de verschillende politieke waarden tegenover elkaar staan dan overwegingen in de raadkamer waar de rechtszoekende geen toegang tot heeft. Daarbij komt dat de verschuiving naar de rechter ertoe leidt dat *toegang* tot de rechter van cruciaal belang wordt. Of die toegang voor eenieder in gelijke mate verzekerd is, is maar zeer de vraag. Ongelijke uitkomsten tussen de *haves* die toegang tot de rechter hebben ten opzichte van de *have nots* die die toegang niet hebben, zullen alleen maar toenemen.

Ten slotte wil ik een laatste reden voor het belang van door de wetgever opgestelde regels beargumenteren aan de hand van *The Concept of Law* van H.L.A. Hart. Omdat het *regels* zijn die wij als gedragsstandaarden hanteren, is daaraan inherent dat de toepassing van de regel nooit geheel voorspelbaar en voorzienbaar is, simpelweg vanwege de natuurlijke taal die wij voor het recht gebruiken. Er zullen altijd concrete gevallen zijn waarin de toepassing van de regel onduidelijk zal zijn. Het is echter de vraag in hoeverre een rechtssysteem kan voorzien in een oplossing hiervoor. Zoals Titia ook aangeeft,

verlangt dit uiteindelijk een oneindige – nooit volledig te bereiken – regelverfijning door de wetgever. Een andere mogelijkheid zou een concrete rechterlijke toets aan alle relevante omstandigheden in elk te beslissen geval zijn. Maar ook dat is onmogelijk.

Het element dat Hart toevoegt aan regels is de *plicht*. Plichten zijn altijd op regels gebaseerd en kenmerkend voor het recht. Het vervullen van een plicht betekent altijd een bepaalde *opoffering*. Als je aan de rechterkant van de weg moet rijden, betekent dat je niet de vrijheid hebt links te rijden. Kern van Titia's betoog is dat samenleven een kwestie van geven en nemen is dat precies raakt aan dit element van opoffering. Dat offer is volgens Hart nodig vanwege het grote sociale belang dat gediend wordt door de regel waarop de plicht gebaseerd is. De sociale druk om je te houden aan verplichtende regels dient dan ook een doel dat de belangen van het individu overstijgt; de sociale banden waarop het samenleven gebaseerd is, moeten in stand blijven.

4 TOT SLOT

Titia laat zien dat recht doen aan het individueel geval te begrijpen is vanuit het hedendaagse postmoderne denken met zijn nadruk op het individuele en unieke. Ik denk dat in de ontwikkeling zoals Titia die beschreven en geanalyseerd heeft en de daaraan toe te voegen 'verbeginseling' van het bestuursrecht juist het sociale karakter van het recht steeds meer naar de achtergrond verdwijnt. Op de voorgrond komt steeds meer te staan hoe het recht door het individu dat zich toegang tot het recht heeft verschaft als middel kan worden ingezet om zijn belangen te dienen. Dat betekent niet dat ik vind dat het recht het streven naar recht te doen aan het concrete geval volledig zou moeten opgeven. Maar een dieper besef dat rechtsregels een noodzakelijke voorwaarde voor samenleven zijn en dat plichten altijd een bepaalde opoffering eisen, mag wat bij betreft meer op de voorgrond treden.

Titia is voor mij in twee opzichten een belangrijke leermeester geweest. In de eerste plaats heb ik van haar geleerd hoe belangrijk het kritisch perspectief is dat gericht is op het ontwaren van de dominante standaarden die in het recht gehanteerd worden. In de tweede plaats heeft Titia mij laten inzien dat recht een *sociaal* verschijnsel is dat vanwege zijn aard noodzakelijkerwijze een *sociale* functie dient te vervullen. Voor beide inzichten ben ik haar heel erg dankbaar.