

Bedankt voor het downloaden van dit artikel. De artikelen uit de (online)tijdschriften van Uitgeverij Boom zijn auteursrechtelijk beschermd. U kunt er natuurlijk uit citeren (voorzien van een bronvermelding) maar voor reproductie in welke vorm dan ook moet toestemming aan de uitgever worden gevraagd.

# Boom

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch door fotokopieën, opnamen of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikelen 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (postbus 3060, 2130 KB, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)) of contact op te nemen met de uitgever voor het treffen van een rechtstreekse regeling in de zin van art. 16l, vijfde lid, Auteurswet 1912.

Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16, Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).

*No part of this book may be reproduced in any way whatsoever without the written permission of the publisher.*

[info@boomamsterdam.nl](mailto:info@boomamsterdam.nl)  
[www.boomuitgeversamsterdam.nl](http://www.boomuitgeversamsterdam.nl)

# Op zoek naar een nieuwe rechtscultuur

De toeslagenaffaire laat zien dat er een cultuurverandering nodig is om de vertrouwensrelatie tussen overheid en burger te herstellen. In dit artikel ga ik op zoek naar de ingrediënten voor een nieuwe rechtscultuur, aan de hand van de historicus Johan Huizinga (1872-1945), die in zijn boek *Homo ludens* een origineel perspectief aanbiedt. Hij stelt dat het recht een inherent spelkarakter draagt. Om het recht weer ten dienste te laten staan aan de mens als persoon, zou het behulpzaam zijn om dit spelkarakter een plek te geven in de nieuwe rechtscultuur.

**door Maurits Potappel** De auteur is jurist en is als fellow verbonden aan het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA. Hij houdt zich specifiek bezig met het thema democratische rechtsstaat.

Het begrip ‘rechtsstaat’ is tegenwoordig overal aanwezig in het publieke debat. Nadat de commissie-Van Dam constateerde dat ‘de grondbeginselen van de rechtsstaat’ waren geschonden door de wetgevende, de uitvoerende én de rechtsprekende macht, trad het kabinet af en begon er een proces van reflectie door de drie staatsmachten. Dit proces kan gezien worden als een zoektocht naar een nieuwe vertrouwensrelatie van de Tweede Kamer in de regering, van de overheid in de burger en van de burger in de overheid.<sup>1</sup> De Raad van State stelt dat de vertrouwensrelatie tussen burger en overheid de kern is van het goed functioneren van de rechtsstaat.<sup>2</sup> Om deze vertrouwensrelatie te herstellen en tot een nieuwe bestuurscultuur te komen moet er volgens informateur Tjeenk Willink eerst een heldere

probleemanalyse gesteld worden.<sup>3</sup> De kern van deze probleemanalyse moet volgens mij draaien om (1) de cultuur van wantrouwen, die versterkt werd door (2) systeemgedrag in overheidsoptreden en (3) het gebrek aan tegenkrachten. In antwoord op deze probleemanalyse moet het overheidsoptreden voortaan niet meer zo formalistisch mogelijk opgesteld worden, maar ten dienste staan aan het goede leven.

## **Cultuur van wantrouwen**

De schending van de grondbeginselen van de rechtsstaat komt voort uit een cultuur van wantrouwen van waaruit de overheid heeft geopereerd in de toeslagenaffaire. De Raad van State stelde in zijn jaarverslag dat de ‘overheid (...) in een deel van de gevallen, burgers

met wantrouwen bejegende en vanuit die grondhouding niet de bescherming bood die de sociale rechtsstaat burgers belooft'.<sup>4</sup> De harde aanpak van mogelijke fraude en oneigenlijk gebruik van belastingen en toeslagen door de Belastingdienst in 2013 werd mede veroorzaakt door grote maatschappelijke en politieke druk.<sup>5</sup> Zo ontstond er een cultuur waarin verdachten al snel voor daders werden aangezien. Deze cultuur kwam tot uiting in een strikt terugvorderingsbeleid waarbij het toeslagensysteem zo was ingericht dat er vertrouwen aan de 'voorkant' maar wantrouwen aan de 'achterkant' was. Aanvragers kregen makkelijk een voorschot op de toeslag, maar voorschotten werden bij het minste of geringste teruggevorderd. Doordat hier grove fouten zijn gemaakt is het vertrouwen van de burger in de overheid geschonden en is aan een grote groep burgers 'ongekend onrecht' gedaan.<sup>6</sup>

---

### *De trias politica lijkt soms meer op een duas politica*

#### **Systeemgedrag in overheidsoptreden**

Deze cultuur van wantrouwen werd versterkt doordat de slachtoffers van de toeslagenaffaire terecht kwamen in een systeem waarin de letter van de wet zo strikt werd uitgevoerd dat de geest ervan verdween. In zijn reactie op *Ongekend onrecht* stelde Alex Brenninkmeijer dat 'alle individuele actoren (bewindspersonen, ambtenaren, parlementariërs en rechters) "systeemgedrag" vertonen'.<sup>7</sup> Deze systeembenadering bood geen ruimte aan 'de menselijke maat', waardoor burgers niet meer als personen maar als functies werden gezien. 'Men voerde wet- en regelgeving uit zonder zich voldoende te vergewissen van de uitwerking hiervan. "Gerobotiseerd" noemde een van de getuigen dit.'<sup>8</sup> Deze cultuur waaruit de menselijke maat verdwenen was, is moeilijk te doorbreken,

omdat daarvoor het hele systeem veranderd moet worden.

Om een systeemverandering te bewerkstelligen zou de benadering van hoogleraar bestuurskunde Stavros Zouridis ingezet kunnen worden. In *De institutionele crisis van de rechtsstaat* onderscheidt hij drie hoofdkleuren van de rechtsstaat, namelijk 'de rechtsstaat als juridisch bouwwerk, de rechtsstaat als normatieve institutionele orde en de rechtsstaat als "mode of government" of type openbaar bestuur'.<sup>9</sup> In de rechtsstaat als juridisch bouwwerk is de rechtsstaat vooral een systeem van regels, rechten, procedures en structuren. De rechtsstaat functioneert zo gezien goed als dit systeem goed functioneert. In de bestuurlijke hoofdkleur 'werkt' de rechtsstaat als de routines van ambtenaren en de inrichting van overheidsorganisaties goed functioneren. Bij deze twee hoofdkleuren schuilt het gevaar van

systeemgedrag. De rechtsstaat als juridisch bouwwerk en de rechtsstaat als een uitvoering van routines (*mode of government*) verdienen daarom versterking door de hoofdkleur van de rechtsstaat

als een set van maatschappelijke gewoontes, de rechtsstaat als maatschappelijk levende praktijk, de in de samenleving levende waarden, normen en conventies. De rechtsstaat moet zo gezien ingebed worden in reeds bestaande rechtspraktijken en omgangsvormen. Door deze benadering kan de systeembenadering bijgestuurd worden.

#### **Te weinig tegenkrachten**

Een kleine groep van doorzettende Kamerleden, journalisten en advocaten heeft geprobeerd om dit systeem te doorbreken. De signalen van deze groep zijn veel te laat opgepikt, door een combinatie van factoren. Allereerst was de informatiehuishouding niet goed op orde bij de Belastingdienst, en werd de informatie die er was niet adequaat en correct overlegd met de Tweede Kamer. Bovendien was een

deel van de Tweede Kamer zodanig verweven met de regering dat de *trias politica* soms een *duas politica* leek. Hierdoor was controle op de regering uiterst moeizaam. In de analyse over het gebrek aan tegenmacht moet scherp geanalyseerd worden wat de zwakke plekken van de huidige werking van de *trias politica* zijn. In aanvulling hierop zou de verwevenheid van pers en wetgever onderzocht moeten worden, om weer een gezonde distantie te creëren en controle door de pers te vergemakkelijken.<sup>10</sup>

### **Naar een nieuwe rechtscultuur**

Hoe kan het vertrouwen in overheidsoptreden concreet hersteld worden? Ik denk dat het belangrijk is om daarvoor een klein beetje uit te zoomen en na te denken over de vraag waartoe het recht dient. Het gevaar is namelijk groot om het recht en de bijbehorende regels, procedures, normen, rechten en juridische instituties als doel in zichzelf te zien: de juridische hoofdkleur levert nog geen rechtsstaat op, de rechtsstaat moet een levende sociale werkelijkheid zijn.<sup>11</sup> Zo gereedeneerd heeft de rechtsstaat niet gefaald, doordat de procedures correct gevolgd zijn. De rechtsstaat als juridisch bouwwerk mag wel in orde zijn, maar dat betekent niet dat de rechtsstaat daarmee automatisch goed functioneert. De procedurele benadering van de rechtsstaat moet rusten op een rechtscultuur waarin rechtspraktijken ingebed zijn in gemeenschappen en sociale praktijken. De discussie in de Tweede Kamer de afgelopen maanden over de formatie ging helaas vooral over het eigen optreden van Kamer en regering en de rechtsstaat als juridisch bouwwerk. Om het vertrouwen in het overheidsoptreden te herstellen moet de discussie over recht en de instituties weer omgebogen worden tot het doel waartoe ze bestaan. Het recht is er niet om zichzelf, maar om de mens als persoon te dienen. De vraag moet niet zijn hoe het overheidsoptreden zo formalistisch en correct mogelijk geregeld kan

worden, maar hoe het recht ten dienste kan staan aan het goede leven.

### **Johan Huizinga: het spelkarakter van het recht**

Een denker die ons kan helpen met een nieuwe oriëntatie op de verhouding tussen recht en het goede leven is Johan Huizinga. In *Homo ludens* zegt hij: ‘Het rechtsgeding is een strijd om recht of onrecht, om gelijk of ongelijk, om winnen of verliezen.’<sup>12</sup> Hierdoor lijkt het recht op een spel: ‘Elke rechtsgemeenschap of statengemeenschap draagt van nature een aantal kenmerken, die haar met een spelgemeenschap verbinden. Een systeem van volkenrecht wordt bijeengehouden door de wederzijdse erkenning van beginselen en stelregels, die (...) werken als spelregels.’<sup>13</sup> Het recht bevat volgens hem in hoge mate een spelkarakter, wat betekent dat er scherpe normen worden geformuleerd. Juist

---

## *Burgers kunnen een tegenmacht vormen tegen de rechtsstaat als juridisch bouwwerk*

hierdoor komt het recht tot leven, waardoor de menselijke maat als vanzelf terugkomt. Door het spelkarakter van het recht opnieuw centraal te zetten krijgt het ‘levendig en onafhankelijk maatschappelijk middenveld’ waar Pieter Omtzigt in *Een nieuw sociaal contract* over sprak, een nadere invulling.<sup>14</sup> Omtzigt wijst erop dat het middenveld financieel onafhankelijk moet zijn. Op die manier kunnen burgers een tegenmacht vormen tegen de rechtsstaat als juridisch bouwwerk. De toetssteen van goed overheidsbeleid moet daarom steeds de bloei en groei van het maatschappelijk middenveld zijn. Huizinga kan helpen om het spelkarakter voor de bloei van een onafhankelijk maatschappelijk middenveld vorm te geven. Hij geeft de voorwaarden van het spel: ‘een speelruimte, een opzettelijk afgegrensde kring, waarbinnen de handeling verloopt en de regels gelden’.<sup>15</sup> Als

we dit toepassen op onze rechtsstaat valt op te merken dat de rechtsregels strikt genomen wel op orde waren, maar dat het spel door de burgers nooit gespeeld kon worden, doordat de spelregels te strikt werden toegepast. De spelregels werden een doel in zichzelf, in plaats van ten dienste te staan aan het spel.

In *Homo ludens* haalt Huizinga een komische voorstelling aan om het spelkarakter van het recht te omschrijven.<sup>16</sup> Op 3 oktober 1816 woonde Goethe in het Palazzo Ducale in Venetië een openbare rechtszitting bij. De eega van de doge was gedaagd en de zaal zat stampvol Venetianen. Aan alles was te merken dat hier niet alleen een rechtszaak maar ook een komedie werd opgevoerd. Op meesterlijke wijze omschrijft Goethe hoe het spel eraan toeging. ‘De ene advocaat was alles wat een *buffo caricato* maar moest zijn. Corpulent en gedrongen, maar vief, een monsterlijk

---

### *De gewetensfunctie van de rechtsstaat moet worden versterkt*

geprononceerde neus, een stem als een klok en van een heftigheid alsof alles hem heilige ernst was wat hij zei.<sup>17</sup> In de omschrijving van de rechtszitting schildert Goethe hoe de partijen de rechtskomedie opvoeren. ‘De grote kunst is om de woordenvloed van de voorlezing te onderbreken, terloopse opmerkingen te maken, de aandacht te trekken en ook gaande te houden.’<sup>18</sup>

#### **De gewetensfunctie van de Hoge Colleges van Staat**

De redevoering van deze Venetiaanse advocaat maakt subtiel duidelijk dat het recht enerzijds een spelkarakter draagt en anderzijds een ernstig en religieus karakter.<sup>19</sup> Huizinga haalt aan het einde van *Homo ludens* Plato aan, die stelde dat de mens gemaakt is ‘om een speeltuig van God te zijn’, en daarom het leven spelenderwijs moet

doorbrengen.<sup>20</sup> Het spel is het domein waarin de mens ten volle tot zijn recht komt, en het recht moet daarom ten dienste staan aan het spel. Het ernstige karakter van het recht ziet op het feit dat er in het recht beslissingen vallen over de levens van mensen. Het recht heeft daarom een ‘laatste ernst’: ‘Het heeft – in het voor Huizinga karakteristieke taalgebruik – “in al zijn hoogere gedaanten, waar het iets *beteekent* en *viert*, zijn plaats in de sfeer van feest en cultus, de heilige sfeer”.<sup>21</sup> Doordat er een ‘laatste ernst’ is waarin de vloeibare tijd overgaat in de eeuwigheid, kan het leven in het hiernumaals in een ontspanning en met een spelkarakter doorgebracht worden, want, en Huizinga haalt hier wederom Plato aan: ‘Men moet ernst besteden aan wat ernstig is en niet andersom.’<sup>22</sup>

De combinatie van spel en ernst in het recht is een paradox. Huizinga eindigt *Homo ludens* met deze paradox, die hem doet duizelen. De overbrugging van deze paradox ziet Huizinga in het geweten. ‘Wie in de eeuwige wenteling van het spel-ernstbegrip zijn geest voelt duizelen, vindt het steunpunt, dat hem in het logische ontzonk, terug in het ethische.’<sup>23</sup> In het geweten vindt ieder mens de toets om een beslissing te nemen. In het geweten klinken de stemmen ‘van waarheid en gerechtigheid, van erbarmen en vergeving’.<sup>24</sup> Deze stem van het geweten komt in de rechtsstaat tot uiting in rechtsstatelijke instituties als de Hoge Colleges van Staat, die bedoeld zijn om de rijksoverheid te controleren en te adviseren. In het bijzonder de Nationale ombudsman kan deze gewetensfunctie vervullen, door onbehoorlijk overheidsoptreden tijdig aan te kaarten. Het zou raadzaam zijn om deze Hoge Colleges van Staat in een nieuwe rechtscultuur een centralere plek te geven en plekken van rust en reflectie te creëren waardoor men zich kan losmaken van de ‘tovercirkel van het spel’.<sup>25</sup> Het overheidsoptreden krijgt vanuit deze plekken diepte en een steunpunt. Door de gewetensfunctie van de rechtsstaat te versterken wordt bovendien

het probleem van het gebrek aan tegenkrachten ondervangen.

## Conclusie

Het inzicht dat het recht ten dienste moet staan aan het spel sluit aan bij een christendemocratisch perspectief op de rechtsstaat, waarin deze gegrond is in een rechtsstatelijke cultuur.<sup>26</sup> Deze zomer verschijnt de bundel *Geloof in de democratische rechtsstaat*, waarin we op zoek gaan naar de rechtsstatelijke cultuur die de rechtsstaat draagt.<sup>27</sup> In de zoektocht naar deze nieuwe rechtsstatelijke cultuur moet de burger niet meer als functie maar als mens

benaderd worden, en moet het recht ten dienste staan aan het goede leven. Daarnaast moet de gewetensfunctie van de rechtsstaat, zoals de Hoge Colleges van Staat, weer een centrale plek krijgen. Tegenkrachten moeten de ruimte en vrijheid krijgen om kritiek te uiten op onrechtvaardig overheidsoptreden. In de zoektocht naar zo'n nieuwe rechtscultuur zou het behulpzaam zijn om het spelkarakter van het recht een centrale plek te geven.

- 
- 1 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht. Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag*. Den Haag, 17 december 2020.
  - 2 Raad van State, *Jaarverslag 2020*. Den Haag: Raad van State, 2021, p. 17.
  - 3 Herman Tjeenk Willink, *Eindverslag*. Den Haag, 30 april 2021. Zie [www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/eindverslag\\_informateur\\_tjeenk\\_willink\\_30\\_april\\_2021.pdf](http://www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/eindverslag_informateur_tjeenk_willink_30_april_2021.pdf)
  - 4 Raad van State 2021, p. 15.
  - 5 Rijksoverheid, 'Problemen met de kinderopvangtoeslag'. Zie <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ontwikkelingen-belastingdienst/problemen-met-de-kinderopvangtoeslag>
  - 6 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020.
  - 7 Alex Brenninkmeijer, "'De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden" als "verschrikkelijk ongeluk". Over de noodzaak van behoorlijk bestuur', *Nederlands Juristenblad* (2021), nr. 1, pp. 6-13, aldaar p. 10.
  - 8 Brenninkmeijer 2021, p. 10.
  - 9 Stavros Zouridis, *De institutionele crisis van de rechtsstaat. Over de binnenkant van rechtsstatelijk bestuur*. Den Haag: Boom bestuurskunde, 2019, p. 99.
  - 10 Pieter Omtzigt, *Een nieuw sociaal contract*. Amsterdam: Prometheus, 2021, p. 199.
  - 11 Stavros Zouridis, 'De institutionele crisis van de rechtsstaat', *Christen Democratische Verkenningen* 39 (2019), nr. 4, pp. 87-91, aldaar p. 88.
  - 12 Johan Huizinga, *Homo ludens. Proeve eener bepaling van het spel-element der cultuur* (vijfde druk). Haarlem: Tjeenk Willink, 1958, p. 80.
  - 13 Huizinga 1958, p. 214.
  - 14 Omtzigt 2021, pp. 197-198.
  - 15 Huizinga 1958, p. 208.
  - 16 Huizinga 1958, p. 80.
  - 17 Johann Wolfgang von Goethe, *Italiaanse reis*. Amsterdam: Boom, 2005, p. 73.
  - 18 Goethe 2005, p. 74.
  - 19 Willem Aalders, *De overlevingskansen van een protestantse natie. Nederland in een verenigd Europa*. Den Haag: Voorhoeve, 1987, p. 17.
  - 20 Huizinga 1958, p. 218.
  - 21 Antoine Bodar, *Leven alsof God bestaat* (tekst van de 46e Huizinga-lezing, uitgesproken op vrijdag 8 december 2017 te Leiden). Amsterdam: Elsevier Weekblad, 2017. Zie ook [www.antoinebodar.nl/lezing/leven-alsof-god-bestaat](http://www.antoinebodar.nl/lezing/leven-alsof-god-bestaat)
  - 22 Huizinga 1958, p. 218.
  - 23 Huizinga 1958, p. 219.
  - 24 Huizinga 1958, p. 219.
  - 25 Huizinga 1958, p. 218.
  - 26 Geurt Henk Spruyt, 'De Böckenförde-paradox. Een verkeerd begrepen idee? Inhoud, context en verduidelijkingen van de Böckenförde-paradox', *Radix* 45 (2019), nr. 3, pp. 172-181.
  - 27 Maurits Potappel, Jacob van de Beeten en Carina van Os (red.), *Geloof in de democratische rechtsstaat*. Den Haag: Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, 2021. Deze bundel zal verschijnen in de serie *Om een gemeenschappelijk huis*.