

Kinderopvangtoeslagaffaire: ook een spiegel voor de rechtenfaculteiten

Een korrel geest weegt in de rechtswetenschap zwaarder dan twintig schepel getallen

Rolf Ortlep¹

De kinderopvangtoeslagaffaire dwingt tot zelfreflectie; niet alleen op de rol van de staatsmachten en de verhouding tot elkaar, maar tevens op de rol van de rechtenfaculteiten (en de rechtswetenschappers). Het is immers hoofdzakelijk daar waar de personen (studenten) tot toepassing van het recht worden opgeleid.

Op 8 oktober 2021 publiceerde de 'Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken', ingesteld door het Landelijk Overleg Vakinhoud Bestuursrecht, zijn rapport.² Zonder af te willen doen aan het aanhoudende leed van de betrokken burgers bij de kinderopvangtoeslagaffaire,³ wekt dat rapport bewondering voor de open en eerlijke zelfreflectie van de rechtbanken. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State komt later dit jaar met een rapport over haar rol in de kinderopvangtoeslagaffaire en het is de hoop dat ook zij met een dergelijke zelfreflectie komt.

Uit het rapport van de werkgroep komt het duidelijke beeld naar voren dat ook de rechtbanken, behoudens voornamelijk de Rechtbanken Rotterdam en Den Haag, in de kinderopvangtoeslagaffaire er onvoldoende oog voor hadden dat rechtstoepassing niet is gebaseerd op dwingende logica, en met bovennatuurlijke begrippen die eeuwige gelding hebben, maar altijd een keuze betreft, voortkomend uit de afweging van de betekenis van regelgeving tegen de betekenis van ongeschreven rechtsnormen die voor het individuele geval van belang zijn.⁴

De kinderopvangtoeslagaffaire dwingt dan ook tot zelfreflectie; niet alleen op de rol van de staatsmachten en de verhouding tot elkaar, maar tevens op de rol van de rechtenfaculteiten (en de rechtswetenschappers).⁵ Het is immers hoofdzakelijk daar waar de personen (studenten) tot toepassing van het recht worden opgeleid. Naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire is mede daarom onder de paraplu van de Vereniging voor bestuursrecht een groep rechtswetenschappers en praktijkjuristen onder het motto #bestuursrechtbeter aan de slag gegaan met ideeën om daadwerkelijk een verandering in gang te zet-

ten.⁶ Dat de kinderopvangtoeslagaffaire ook een spiegel voor de rechtenfaculteiten (en de rechtswetenschappers) is, wordt hieronder nader geagendeerd. Hierbij druk ik mij gelet op de aard van deze publicatie, soms minder genuanceerd uit. Met de lijfspreuk van Schoordijk,⁷ laten we het ook niet onnodig met elkaar eens zijn.

Auteur

1. Prof. mr. dr. R. Ortlep is universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam en hoogleraar (Europees) bestuursrecht aan de Open Universiteit. Daarnaast is hij rechter-plaatsvervanger van de Rechtbank Gelderland. Deze bijdrage (afgesloten op 17 oktober 2021) is een bewerking van zijn column in de Hofvijver van het Montesquieu Instituut: www.montesquieu-instituut.nl/id/vllpd9xwielp/nieuws/een_korrel_geest_weegt_in_de.

Noten

2. www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/PublishingImages/WRT%20rapport%20Recht%20vinden%20bij%20de%20rechtbank%20DEF%20051021.pdf.
3. Zo concludeert de Nationale ombudsman in zijn recente rapport 'Klacht gegrond, maar geen oplossing' dat de hersteloperatie van de kinderopvangtoeslagaffaire nog

steeds niet goed verloopt: www.nationaleombudsman.nl/nieuws/2021/nationale-ombudsman-hersteloperatie-toeslagenaffaire-in-zwaar-weer.

4. Vergelijk A.S. Hartkamp, *Velerlei gestalten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 132.

5. Vergelijk I. van Domselaar, 'Where Were the Law Schools?', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2021/1, p. 3-12; M. Scheltema, 'Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten?', *Ars Aequi* september 2021, p. 809-820; J.E. van den Brink & R. Ortlep, 'Kinderopvangtoeslagaffaire – De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard', *NJB* 2021/353, p. 363-370.

6. Vergelijk <https://verenigingbestuursrecht.nl/2021/10/bestuursrechtbeter-zes-projecten-om-het-bestuursrecht-beter-te-maken/>.

7. Vergelijk hierover J.B.M. Vranken, 'Herman Schoordijk (1926-2018). Een opgewekte dwarsligger', *NJB* 2018/1647, p. 2329-2333.



Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam. Deze foto is slechts ter illustratie van een rechtenfaculteit © Berlinda van Dam / ANP

Een voorwaarde om studenten kwalitatief goed op te leiden, door ze bijvoorbeeld te laten inzien dat rechtstoepassing altijd een keuze betreft, is dat er docenten zijn die daartoe de kennis en het vermogen hebben

Een voorwaarde om studenten kwalitatief goed op te leiden, door ze bijvoorbeeld te laten inzien dat rechtstoepassing altijd een keuze betreft, is dat er docenten (rechtswetenschappers) zijn die daartoe de kennis en het vermogen hebben. Hierover maakte Schoordijk zich al met de volgende woorden grote zorgen:

‘Onderzoek is te veel centraal komen te staan ten nadele van onderwijs en daarmee ook de praktijk. De bulk van het onderwijs is veelal toevertrouwd aan jonge medewerkers die de ervaring missen van hoogleraren en hoofddocenten.’⁸

Hoogleraren en hoofddocenten die algemene kennis dragen van een hoofdrechtsgebied en bereid respectievelijk inhoudelijk bij machte zijn om daarover onderwijs te verzorgen, zijn ook zeldzamer geworden. Het is eerder regel dan uitzondering dat zij worden aangesteld met in het bijzonder een – vaak internationaal georiënteerd – specialistisch deelrechtsgebied. Er zijn zelfs rechtenfaculteiten die

ervoor kiezen om een leerstoel in een hoofdrechtsgebied niet meer op te vullen. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de rechtenfaculteit van de Erasmus Universiteit Rotterdam waar het gaat om de algemene leerstoelen op het gebied van het staatsrecht en het bestuursrecht. In een door velen ondertekende brief aan de Raad van Decanen Rechtsgeleerdheid is erop gewezen dat die ontwikkeling om verschillende redenen ongewenst is, zoals dat het geen recht doet aan artikel 9.19 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. Daarin is bepaald dat de hoogleraren bij uitstek verantwoordelijk zijn voor de ontwikkeling van het hun toegewezen wetenschapsgebied en voor de inhoud van het te geven onderwijs op dat gebied. Verder is ook artikel 5.12 van die wet van belang, waarin is bepaald dat de kwaliteit van het docententeam een van de kwaliteitsaspecten is in het kader van de accreditatie van bestaande (en nieuwe) opleidingen.

Dat de bulk van het onderwijs, zeker in de bachelorfase, veelal is toevertrouwd aan onervaren rechtswetenschappers heeft een volgende verklaring. Het geven van onderwijs en het verrichten van onderwijsgerelateerd (met name: juridisch-dogmatisch) onderzoek worden binnen de rechtenfaculteiten betiteld als relatief weinig betekenisvolle bezigheden voor het bereiken van en het verder ontwikkelen in de posities van hoofddocent- en hoogleerschap. Dergelijk onderzoek en daarmee het onderwijs worden op voorhand gezien als ‘*the rest*’ ten opzichte van ‘*the best*’. Het laatste betekent: gespecialiseerd, internationaal en multidisciplinair onderzoek dat vaak is ondergebracht in een onderzoekscentrum met een eigen managementlaag. Ten behoeve van dat onderzoek worden met de rechtswetenschappers van de onderzoekscentra afspraken gemaakt om zo min mogelijk onderwijs te geven, komt er vanuit de onderzoekscentra regelmatig een e-mailbericht met de strekking: ‘subsidiekans om je uit het onderwijs te

kopen, en worden er voor de onderzoekscentra buitenlandse rechtswetenschappers aangetrokken die weinig tot geen kennis van het Nederlandse recht hebben. De bestuurders van de onderzoekscentra vormen vaak de leden van een onderzoeksraad. Daarin wordt met de onderzoeksdirecteur en de decaan gepraat over wat volgens hen kwalitatief goed onderzoek is en wat het (financiële) beleid daarover dient te zijn. Het wekt geen verbazing dat die leden hun eigen soort onderzoek niet snel de maat zullen nemen. Zij hebben juist het (financiële) belang om het tegenovergestelde te doen.

Los van de boodschap die met het onderscheid tussen 'the rest' en 'the best' wordt gegeven aan de rechtswetenschappers en niet te vergeten de (aankomende) studenten die blijkbaar volgens de rechtenfaculteiten voornamelijk wel van 'the rest' onderwijs kunnen krijgen, helpt dat onderscheid op zijn zachtst gezegd niet om misstanden als bij de kinderopvangtoeslagen (direct) de aandacht te geven die zij verdienen. Publicaties die zonder internationale dimensie daarover gaan, zoals in de frontlinie: de annotaties, worden namelijk betiteld als 'the rest'.⁹

Het onderscheid tussen 'the rest' en 'the best' overtuigt niet. Er is zowel sprake van een methodologisch tekort (geen feitelijk onderzoek) als van een inhoudelijk tekort (geen zuivere redenering, want er is een inductiefout). Ik zeg onder andere Vranken na dat het altijd om de inhoud en niet om de vorm gaat.¹⁰ Onderzoek is waardevol omdat het kwaliteit heeft; niet de taal, het soort onderzoek, het forum, of het soort publicatie is bepalend voor de kwaliteit. Kwaliteit is het enige dat telt, het enige dat onderscheidend vermogen heeft, en daarom is de discussie over de kwaliteitsmaatstaven (zoals originaliteit, grondigheid, diepgang, tegendenken) zo belangrijk.¹¹

Het is wel te verklaren dat de rechtenfaculteiten (en onderzoekscentra) handelen zoals hiervoor beschreven. Zij hopen daarmee (meer) onderzoeksgelden uit de tweede geldstroom van bijvoorbeeld de NWO, de KNAW of de ERC binnen te halen, met als gedachte dat die gelden nu meer terecht komen bij bijvoorbeeld de bètawetenschappen en de wetenschapsdochter die de rechtswetenschap zelf heeft voortgebracht, zoals de sociologie, economie, politologie en bestuurskunde.¹² Rechtenfaculteiten stimuleren ook gespecialiseerd, internationaal en multidisciplinair onderzoek overvloedig met de gelden uit de eerste geldstroom. Hetzelfde is inmiddels het geval voor de gelden

Het is belangrijk om de eigen waarde en het bestaansrecht van de rechtswetenschap over het voetlicht te brengen

uit het Sectorplan Rechtsgeleerdheid.¹³ Dit staat op gespannen voet met ook een belangrijk speerpunt van dat sectorplan, namelijk om voldoende aanwas van jonge rechtswetenschappers te krijgen die zich richten op de hoofdrechtsgebieden en onderwijsgerelateerd onderzoek doen.¹⁴

Dat de hiervoor beschreven praktijk binnen de rechtenfaculteiten ongewenst is, niet op de laatste plaats vanwege de gedeelde wens om kwalitatief goed onderwijs te verzorgen, is zowel door rechtswetenschappers als de KNAW¹⁵ erkend. Er zijn dan ook verschillende tegengeluiden, zoals het pleidooi voor een onderwijsgerelateerd onderzoeksmodel,¹⁶ de Werkgroep Rechtswetenschap,¹⁷ en het algemenere initiatief 'Erkennen en waarderen van wetenschappers'.¹⁸

Rechtswetenschappers dienen daarbij ook naar zichzelf te kijken. Het is bijvoorbeeld belangrijk om de eigen waarde en het bestaansrecht van de rechtswetenschap over het voetlicht te brengen.¹⁹ Rechtswetenschappers moeten zich daarbij ook geen minderwaardigheidscomplex (Calimero-complex)²⁰ laten aanpraten (en ook niet dat complex overdragen op de studenten). Het meest sprekende voorbeeld hiervan is het door Stolker opgeschreven gesprek dat hij had met de decaan van de faculteit Wetenschap en Natuurwetenschappen. Die decaan was niet overtuigd van de wetenschappelijkheid van het juridisch onderzoek. Stolker:

'Om de sfeer een beetje goed te houden, ontliet ik de discussie: "Onze officiële naam is dan ook de Faculteit der Rechtsgeleerdheid." "Ja", antwoordde hij, "geléerd zijn jullie wel."²¹

Dat de rechtswetenschap soms zo wordt gezien, is niet nieuw²² en Veegens zei in 1977 al:

8. H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding: taak en taakopvatting van de rechter in de westerse wereld*, Oisterwijk: WLP 2014, p. 11. Zie al C.A.J.M. Kortmann, 'Het klimaat van het rechtswetenschappelijk onderzoek in Nederland', *WPNR* 1996, afl. 6207, p. 17-22.

9. Vergelijk Van den Brink & Ortlep 2021, p. 370. In een nog te publiceren bijdrage in *Ars Aequi* wordt hierop verder ingegaan.

10. J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 28 en 136.

11. Vergelijk R.A.J. van Gestel, 'Revitalise-

ring van juridisch-dogmatisch onderzoek', *NJB* 2021/280, p. 286-295.

12. Vergelijk M. Vols, G. van Dijk & B. van der Vorm, 'Mythes en waarheden over kansen voor juridisch onderzoek bij NWO', *NJB* 2019/1002, p. 1319-1325; M.V.R. Snel & J.B.M. Vranken, 'Het gefinancierde rechtswetenschappelijke onderzoek onder de loep', *Ars Aequi* september 2019, p. 712-719.

13. Vergelijk <https://www.sectorplan-ssh.nl>.

14. Vergelijk Sectorplan Rechtsgeleerdheid, p. 60. Zie T. Barkhuysen & J.E. van den Brink, 'Onderzoek naar Nederlands recht in de knel door internationalisering. Biedt het

sectorplan Rechtsgeleerdheid uitkomst?', *NJB* 2019/7, p. 464-467.

15. Vergelijk <https://www.knaw.nl/nl/actueel/publicaties/ruimte-voor-ongebonden-onderzoek>.

16. Vergelijk R.A.J. van Gestel & M.V.R. Snel, 'Rehabilitatie van de vakpublicatie', *NJB* 2019/2621, p. 3152-3160.

17. Vergelijk <https://werkgroeprechtswetenschap.nl>. Zij het dat die werkgroep helaas alleen lijkt op te willen komen voor rechtswetenschappelijk onderzoek.

18. Vergelijk https://www.vsnul.nl/nl_NL/Erkennen-en-waarderen-van-wetenschappers.html.

19. Vergelijk P. Westerman & M. Wissink, 'Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap', *NJB* 2008/440, p. 503-507.

20. Vergelijk P. Westerman, 'Het Calimero-gevoel van de jurist', *NJB* 2015/961, p. 1348-1354.

21. C.J.J.M. Stolker, 'Ja, geléerd zijn jullie wel! Over de status van de rechtswetenschap', *NJB* 2003, p. 766-778.

22. Vergelijk alleen al P. Scholten, *De structuur der rechtswetenschappen*, Amsterdam: Noord-Hollandse Uitgevers Maatschappij 1945.

‘Een korrel geest weegt zwaarder dan twintig schepel getallen.’ Het in de geest van dat spreekwoord studenten (en promovendi) te mogen opleiden, is iets om trots op te zijn

‘Leken zijn altijd geneigd om ons te betichten van formalisme, maar dat heb ik nooit zo gevoeld.’²³

Dat laatste wordt door mij onderschreven en – zoals ik in een ander kader opschreef – de multidisciplinaire benadering van het recht is weliswaar terecht maar niet nieuw.²⁴ Het is dan ook niet constructief om andere vormen van rechtswetenschappelijk onderzoek als zodanig af te serveren door te komen met allesbepalende nieuwe inzichten als de sociologische, psychologische en empirische bestudering van het recht, of met de valse maar goed verkopende tegenstelling: geen ‘*law in books*’ maar ‘*law in action*’. Andere wetenschappen zijn geen vervanging van de rechtswetenschap maar kunnen wel een hulpwetenschap zijn en de vooruitgang kan alleen gevonden worden door gezamenlijk met wederzijds respect op te trekken.²⁵

Het laatste begint, zoals gezegd, ook bij de rechtswetenschappers zelf door de eigen waarde en het bestaansrecht van de rechtswetenschap over het voetlicht te brengen. Ik tracht dat voor mijn studenten (en promovendi) te doen door bijvoorbeeld te verwijzen naar de al in 1894 opgeschreven gedachten van Dernburg,²⁶ gedachten die ik met Lokin²⁷ als volgt samenvat. Daar waar bijvoorbeeld in de natuurkunde, en de empirische wetenschapsdochters van de rechtswetenschap, primair gewerkt wordt met fysieke verschijnselen, werkt de rechtswetenschap primair met denkbeelden (ideeën)²⁸ en daarom mag zij wat betreft de methode niet verdorren en verworden tot alleen rechtsstatistiek. Simpel gezegd is in de natuurkunde het doel om een verklaring te vinden voor een verschijnsel dat veelal zintuigelijk waarneembaar is (de appel valt naar beneden). De zintuigelijke waarneming en niet de innerlijke beschouwing is als methode het uitgangspunt. In de rechtswetenschap worden, eventueel met de hulp van een empirische onderzoeksmethode, de feiten waargenomen en met interpretatie geplaatst in een normatief

kader om zodoende beargumenteerd te bepalen wat het wenselijke recht is. Dat doel, bijvoorbeeld een rechtstoepassing die bij de kinderopvangtoeslagen redelijk en billijk is, ligt binnen de innerlijke beschouwing. Dernburg haalt voor de rechtswetenschap dan ook terecht het volgende Arabisch spreekwoord aan:

‘Een korrel geest weegt zwaarder dan twintig schepel getallen.’

Het in de geest van dat spreekwoord studenten (en promovendi) te mogen opleiden, is iets om trots op te zijn²⁹ en verdient ook juist naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire meer aandacht en waardering. •

23. D.J. Veegens, in: J.M. van Dunné e.a. *Acht civilisten in burger*, Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 235-275, p. 240.

24. R. Ortlep, ‘Klassiekers over de democratische rechtsstaat #13: het bestuursrecht der werkelijkheid’, www.nederlandrechtsstaat.nl/forum/id401/03-08-2021/klassiekers-over-de-democratische-rechtsstaat-13-het-bestuursrecht-der-werkelijkheid.html. Zie I. Giesen, ‘De “multidimensionale” rechtswetenschap van en na Molengraaff’, in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag: BJu 2008, p. 29-43.

25. Vergelijk L. van den Berge, ‘Pleidooi voor een multidimensionale bestuursrechtswetenschap’, <https://blog.montaignecentre.com/nl/pleidooi-voor-een-multidimensionale-bestuursrechtswetenschap/#more-2769>.

26. H. Dernburg, *Die Phantasie im Rechte*, Berlin: Müller 1894.

27. Vergelijk J.H.A. Lokin, ‘De wetenschappelijkheid van de rechtsbeoefening volgens Windscheid en Dernburg’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2007, p. 3-35. Verder J.H.A. Lokin, ‘Regtskunde, rechtsgeleerdheid, rechtswetenschap’, *RMThemis* 2008/2, p. 49-51.

28. Vergelijk ook A.J. Kwak, ‘Five reasons why: waarom rechtswetenschap geen harde of exacte wetenschap is’, in: M. Sombroek e.a. (red.), *Cum Suis. Vriendenboek Carel Stalker*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 181-201.

29. Vergelijk het interview met H.R.B.M. Kummeling, rector magnificus van de Universiteit Utrecht, www.youtube.com/watch?v=3B3X9Q11rzE.