

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

"Wat we nu nodig hebben, is een gedeeld besef dat onze rechtsstaat met een groot probleem kampt, namelijk dat burgers hun recht niet kunnen halen ten opzichte van de overheid."

Pieter Omtzigt¹

"We cannot solve our problems with the same thinking we used when we created them."
Quote van Albert Einstein



**'In geouwehoer
kun je niet wonen'**

**JAN
SCHAEFER**



PVDA LIJST 1 31 MEI

Met de verkiezingsleuze *"In geouwehoer kun je niet wonen"* deed Jan Schaeffer mee aan de gemeenteraadsverkiezingen 1978 in Amsterdam. Voor de toeslagenaffaire geldt eigenlijk hetzelfde: mooie woorden van de politiek lossen de problemen in de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid niet op.

1. Inleiding

In mijn publicatie "Een werkelijkheid van (sociale) systemen: filosofie en de polyvagaaltheorie" heb ik uitgewerkt hoe ik aankijk tegen een werkelijkheid van (sociale) systemen.

In dit hoofdstuk zet ik uiteen hoe een systeemtheoretische beschouwing van de toeslagenaffaire en een systeemtheoretische benadering van het EVRM een oplossingsrichting kan bieden voor een nieuw procesrecht (bestuursrecht, privaatrecht en strafrecht) in de relatie burger-overheid.

De volgende onderwerpen worden in de volgende volgorde per paragraaf behandeld:

2. De relevante EVRM-bepalingen in de toeslagenaffaire
3. Het systeem mens, het systeem familie en de relatie met het EVRM
4. De relatie UVRM-EVRM en een systeemtheoretische benadering van het EVRM
5. De dynamische en evolutionaire benadering van het EVRM
6. Levels of organization in het recht, het EVRM en de Staatscommissie Rechtsstaat
7. Het EVRM en de Staatscommissie Rechtsstaat vullen elkaar uitstekend aan
8. Het huidige stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid in het bestuursrecht en in het privaatrecht en de Wet op de rechtsbijstand

¹ Omtzigt, P., Een nieuw sociaal contract, Prometheus, Amsterdam, 2021, 206

Een systeemtheoretische benadering van de toelagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

9. Het EVRM en de equality of arms

In de paragrafen tien tot en met zeventien kom ik tot de volgende acht aanbevelingen:

1. Zes aanbevelingen voor de Commissie Rechtsstaat die betrekking hebben op een nieuw procesrecht (bestuursrecht, privaatrecht en strafrecht) op hoofdlijnen om als advies uit te brengen aan de wetgever;
2. Eén aanbeveling aan de rechtspraak om twee nieuwe EVRM-jurisprudentielijnen te ontwikkelen;
3. Eén aanbeveling voor de Commissie Rechtsstaat om op grond van inzichten uit de systeemtheorie een advies uit te brengen over een nieuw artikel één van de Grondwet

In paragraaf achttien sluit ik af met een korte samenvatting en een kijkje in de toekomst.

Deze publicatie is geschreven naar de stand van zaken in de ontwikkelingen rondom de toelagenaffaire per 1 juli 2022.

Mr. F.J. IJspeerd

e-mail: fjiisp@caiway.nl

tel. 06 – 43 44 93 51

2. De relevante EVRM-bepalingen in de toelagenaffaire

Het EVRM geeft aan dat Nederland als verdragspartij bij het EVRM dient te beschermen:

1. ongestoord genot van eigendom (artikel 1 van het Protocol bij het EVRM);
2. family-life (artikel 8 EVRM) en;
3. de psychologische/fysieke (lichamelijke) integriteit van de inwoners van Nederland²

² Vaste rechtspraak van het EHRM uitgesproken in onder andere Nikky SENTGES vs. The Netherlands, 27677/02, van 8 juli 2003:

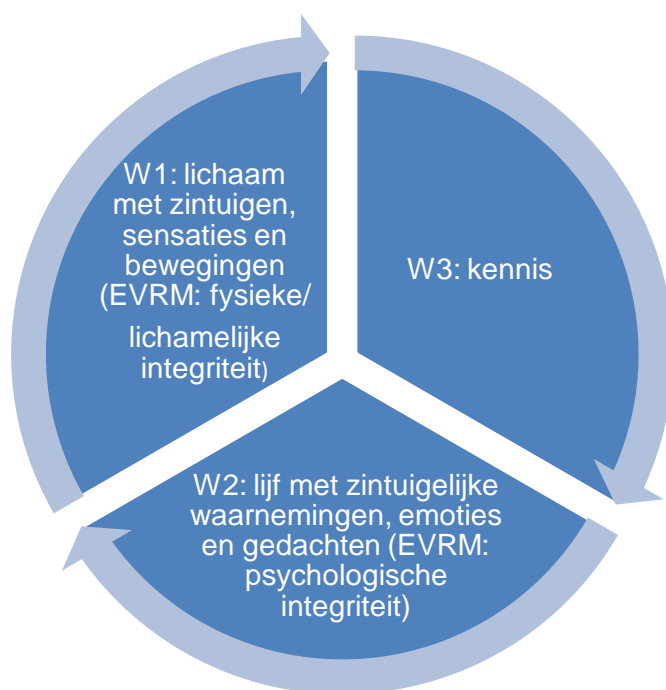
“The Court has previously held that private life includes a person’s physical and psychological integrity; the guarantee afforded by Article 8 of the Convention is primarily intended to ensure the development, without outside interference, of the personality of each individual in his relations with other human beings (...). In the instant case the applicant complained in substance not of action but of a lack of action by the State. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (...). The Court has held that Article 8 may impose such positive obligations on a State where there is a direct and immediate link between the measures sought by an applicant and the latter’s private life (...). However, Article 8 does not apply to situations concerning interpersonal relations of such broad and indeterminate scope that there can be no conceivable link between the measures the State is urged to take and an individual’s private life (...). The Court has also held that Article 8 cannot be considered applicable each time an individual’s everyday life is disrupted, but only in the exceptional cases where the State’s failure to adopt measures interferes with that individual’s right to personal development and his or her right to establish and maintain relations with other human beings and the outside world. It is incumbent on the individual concerned to demonstrate the existence of a special link between the situation complained of and the particular needs of his or her private life (...). Even assuming that in the present case such a special link indeed exists – as was accepted by the Central Appeals Tribunal –, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole and to the wide margin of appreciation enjoyed by States in this respect in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention.”

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

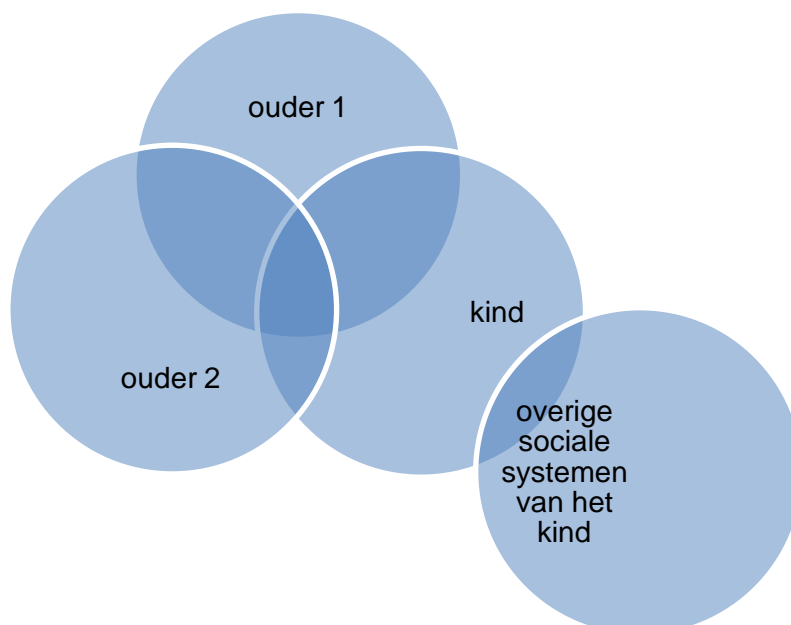
Deze drie te beschermen mensenrechten komen bij elkaar in het sociale systeem van de familie.

3. Het systeem mens, het systeem familie en de relatie met het EVRM

In hoofdstuk acht van mijn publicatie “Een werkelijkheid van (sociale) systemen: filosofie en de polyvagaaltheorie” heb ik uitgelegd dat mensen open systemen zijn. De toepassing van het driewereldenmodel van Karl Popper in hoofdstuk 15 van mijn publicatie “Een werkelijkheid van (sociale) systemen: filosofie en de polyvagaaltheorie” op het systeem mens zie ik in EVRM-termen als volgt voor mij:



Visueel ziet het sociale systeem van de familie er als volgt uit:



Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

De toeslagenaffaire heeft ons pijnlijk geleerd dat Nederland als verdragspartij bij het EVRM de volgende inbreuken op het sociale systeem van de familie heeft gemaakt:

1. Bij de rechtbanken en bij de ABRvS werd aan toeslagouders geen adequate rechtsbescherming geboden tegen de herziening/terugvordering van eerder verstrekte kinderopvangtoeslag. Deze herziening/terugvordering leidde ertoe dat de toeslagouders aan de belastingdienst dienden terug te betalen. De familie moest dus financieel de tering naar de nering zetten. De belastingdienst is in sommige gevallen zelfs overgegaan tot loonbeslag waardoor de familie niet meer het ongestoord genot van eigendom had over het eigen inkomen/vermogen: de familie moest rondkomen van een inkomen ter hoogte van de beslagvrije voet. Dit kan tot gevolg hebben gehad dat de familie moest bezuinigen op bijvoorbeeld de sportclub van het kind of dat een kind niet mee kon gaan op schoolreisje;
2. De belastingdienst heeft beslag gelegd op auto's. In die gevallen had de familie niet meer het ongestoord genot van eigendom van de auto. In zo'n geval werd de familie hard geraakt, omdat het naar en van school/kinderopvang/sportclub etc. brengen/ophalen van het kind wel erg lastig werd;
3. In mei 2022 bleek dat er 1.675 kinderen van toeslagouders gedurende de periode van 2015 tot 2021 uit huis waren geplaatst³. Hierdoor werd het sociale systeem van de familie fysiek uit elkaar getrokken:



4. Voor 555 kinderen geldt in mei 2022 dat zij nog niet terug zijn bij hun ouder(s) of dat ze intussen meerderjarig zijn geworden;
5. De hele toeslagenaffaire heeft een grote impact gehad op de psychologische/ fysieke (lichamelijke) integriteit van ouders en kind. Dit blijkt uit de volgende twee citaten van slachtoffers van de toeslagenaffaire⁴:
“Dankzij de mensen om mij heen heb ik mij staande kunnen houden. Het heeft een aantal jaren van mijn dochter en mij afgenomen. Het is niet eens geld maar vooral de emotionele en lichamelijke schade die veel heeft aangericht. Zo veel stress, zoveel verdriet en onbegrip, kostte het ... Altijd heb ik hard gewerkt vanaf mijn 17de jaar. Nooit heb ik mijn hand opgehouden.”
en
“Op een gegeven moment zag ik geen oplossing meer. En heb toen een suïcidepoging gedaan. Ik dacht bij mijzelf: als ik er niet meer ben, dan is de belastingdienst-ellende ook weg (...) vele jaren van ons leven zijn verwoest. Dat is niet meer terug te draaien. De jeugd van mijn kinderen krijgen we niet terug. Mijn gezondheidsproblemen zijn blijvend. Wij als gezin zijn letterlijk en figuurlijk kapot. Geen miljoen kan ons leed goed maken.”

³ <https://www.cbs.nl/nl-nl/maatwerk/2022/19/actualisatie-uit huisplaatsingen-toeslagenaffaire-2015-t-m-2021>

⁴ Omtzigt, P., Een nieuw sociaal contract, Prometheus, Amsterdam, 2021, 140 en 154

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Van regeringszijde is bij de Tweede Kamer ingediend het wetsvoorstel Wet hersteloperatie toeslagen om de toelagouders en toelagkinderen herstel in het algemeen te bieden.

In de kamerbrief van 31 maart 2022, kenmerk: 3897880⁵, zei de Minister voor Rechtsbescherming het volgende:

*“Ik heb recent een aantal betrokken ouders gesproken. Hun verhalen, en hoe de kinderopvangtoeslag heeft bijgedragen aan de situatie waarin zij met hun gezin terecht zijn gekomen, hebben diepe indruk op mij gemaakt. **Ik wil het goed voor deze ouders en kinderen regelen en gehoor geven aan hun wens om waar mogelijk ouders en kinderen weer te herenigen of in ieder geval het contact te herstellen. Het belang van het kind zal hierbij altijd centraal staan. Het ondersteuningsteam vervult hierin een belangrijke rol.** Deze ondersteuning staat los van en is aanvullend op de hulp vanuit de Hersteloperatie Toeslagen en de extra inspanningen van de gemeenten, de Gecertificeerde Instellingen en de Raad voor de Kinderbescherming.”*


In 2021 heeft de regering (Staatssecretaris van Financiën in overeenstemming met de Minister van SZW) de door de toelagouders ondervonden inbreuk op hun psychologische/fysieke (lichamelijke) integriteit erkend en heeft de Catshuisregeling Kinderopvangtoeslag in het leven geroepen. Zo staat het omschreven in artikel 2.2 van het Besluit uitbreiding Catshuisregeling Kinderopvangtoeslag van 31 mei 2021: **“Om toelagouders sneller recht te doen voor het door hen ondervonden leed, keur ik vooruitlopend op wetgeving goed dat de Belastingdienst/Toeslagen een forfaitair bedrag van € 30.000 kan uitkeren aan ouders die in één of meerdere jaren in aanmerking komen voor compensatie of tegemoetkoming op grond van (een van) de herstelregelingen.”**

⁵ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/03/31/tk-uitvoering-aanpak-uit huisplaatsingen-kinderopvangtoeslag>

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Voor toeslagkinderen is een kindregeling in de maak die het volgende inhoudt⁶:

De kindregeling is een herstelregeling speciaal voor kinderen van vastgesteld gedupeerde ouders.

De kindregeling bestaat uit de volgende onderdelen: 

Geldbedrag 

Kinderen van vastgesteld gedupeerde ouders krijgen een geldbedrag. UHT betaalt de bedragen uit. Per leeftijdsgroep is er een ander bedrag vastgesteld.

De bedragen per leeftijd:

Leeftijd kind/jongere	Geldbedrag
0 t/m 5 jaar	€2.000
6 t/m 11 jaar	€4.000
12 t/m 14 jaar	€6.000
15 t/m 17 jaar	€8.000
18 jaar en ouder	€10.000

Aanvullende hulp gericht op herstel 

Een geldbedrag is niet genoeg. Daarom komt er meer hulp en ondersteuning voor kinderen van gedupeerde ouders. Het ministerie van Financiën werkt hiervoor een plan uit. Samen met kinderen, jongeren en gemeenten.

4. De relatie UVRM-EVRM en een systeemtheoretische benadering van het EVRM

In de preambule van het EVRM staat het volgende:

“De Regeringen die dit Verdrag hebben ondertekend, Leden van de Raad van Europa, Gelet op de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens die op 10 december 1948 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties is afgekondigd;

Overwegende, dat deze Verklaring ten doel heeft de universele en daadwerkelijke erkenning en toepassing van de rechten die daarin zijn nedergelegd te verzekeren;

Overwegende, dat het doel van de Raad van Europa is het bereiken van een grotere eenheid tussen zijn Leden en dat een van de middelen om dit doel te bereiken is de

⁶ <https://services.belastingdienst.nl/toeslagen-herstel/kindregeling/>

Een systeemtheoretische benadering van de toelagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

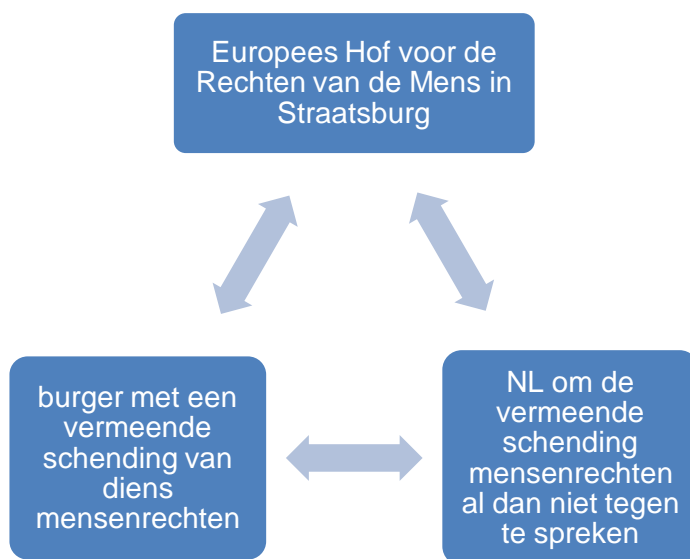
handhaving en de verdere verwezenlijking van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden;

Opnieuw haar diep geloof bevestigende in deze fundamentele vrijheden die de grondslag vormen voor gerechtigheid en vrede in de wereld en welke handhaving vooral steunt, enerzijds op een waarlijk democratische regeringsvorm, anderzijds op het gemeenschappelijk begrip en de gemeenschappelijke eerbiediging van de rechten van de mens waarvan die vrijheden afhankelijk zijn;

Vastbesloten om, als Regeringen van gelijkgestemde Europese staten, die een gemeenschappelijk erfdeel bezitten van politieke tradities, idealen, vrijheid en heerschappij van het recht, de eerste stappen te doen voor de collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring vermelde rechten;

Bevestigend dat de Hoge Verdragsluitende Partijen, in overeenstemming met het beginsel van subsidiariteit, de primaire verantwoordelijkheid hebben de rechten en vrijheden die in dit Verdrag en de Protocollen daarbij zijn omschreven te waarborgen en dat zij daarbij over een beoordelingsmarge beschikken, die onderworpen is aan het toezicht door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens [hierna: EHRM] zoals opgericht in dit Verdrag, Zijn het volgende overeengekomen (...):

De systematiek van het EVRM houdt in dat een burger die meent dat Nederland als verdragspartij bij het EVRM verantwoordelijk is voor een schending van diens mensenrechten, deze burger de zaak kan voorleggen aan het EHRM. Bij het EHRM komt dan een rechtszaak voor dat het volgende sociale systeem is:



Voordat een burger diens zaak kan voorleggen aan het EHRM, dienen wel eerst alle nationale rechtsmiddelen te worden uitgeput (artikel 35 EVRM). Hierover zegt Pieter Omtzigt⁷ het volgende:

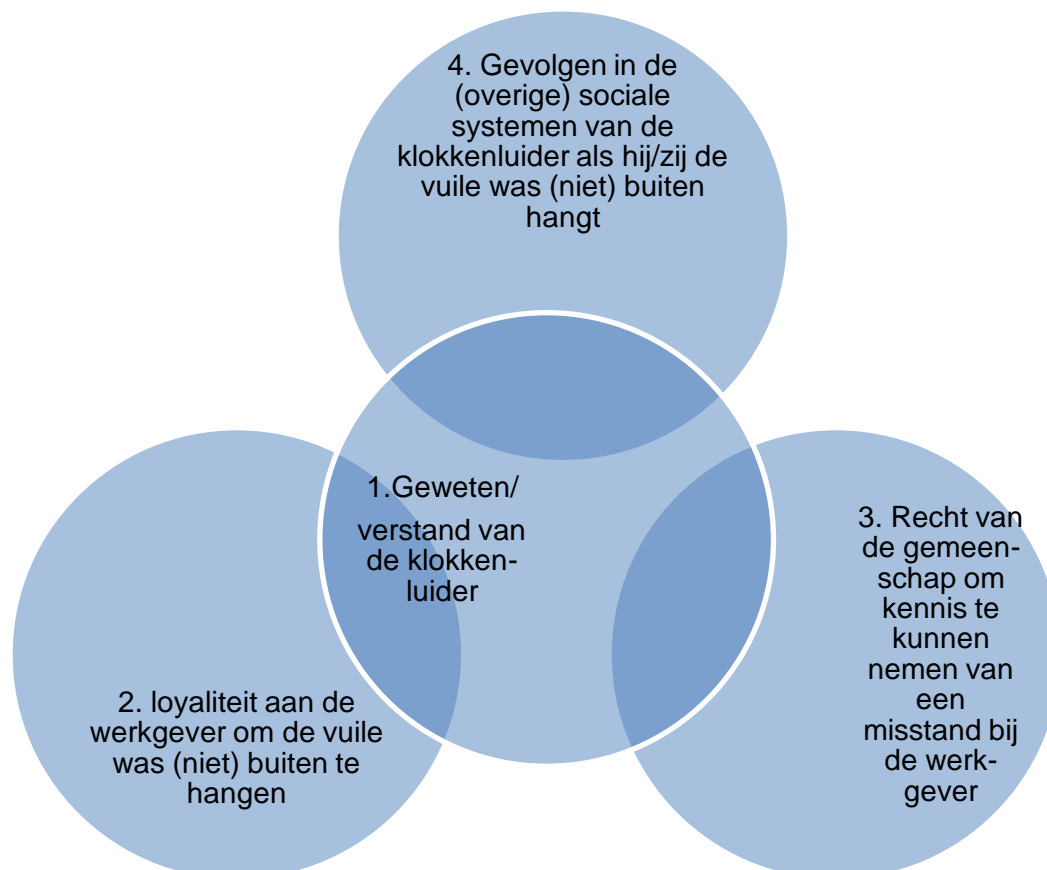
“Een verzoekschrift bij het EHRM kan pas worden ingediend nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. In de praktijk duurt het jaren voordat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput en daarna duurt het ook nog vele jaren in Straatsburg. De weg is dus heel lang.”

⁷ Omtzigt, P., Een nieuw sociaal contract, Prometheus, Amsterdam, 2021, 218

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

In de rechtspraak van het EHRM is vastgelegd dat alle gedragingen van de overheid (= bestuursorganen, publiekrechtelijke rechtspersonen, Openbaar Ministerie, politie, rechterlijke instanties etc.) worden toegerekend aan NL als verdragspartij bij het EVRM⁸.

Bij mijn weten is in de rechtspraak van het EHRM het concept “(sociaal) systeem” nog nooit gebruikt zoals ik dat nu doe. Uit onder andere de zaak Nikky SENTGES vs. The Netherlands, 27677/02, van 8 juli 2003 (zie voetnoot 2) blijkt wel dat de rechtspraak van het EHRM redelijk gemakkelijk is uit te drukken in het concept van “(sociale) systemen”. Het meest duidelijke voorbeeld hiervan is hoe het EHRM aankijkt tegen de vrijheid van meningsuiting van een klokkenluider⁹. De vier (sociale) systemen in het geval van een klokkenluider zijn de volgende:

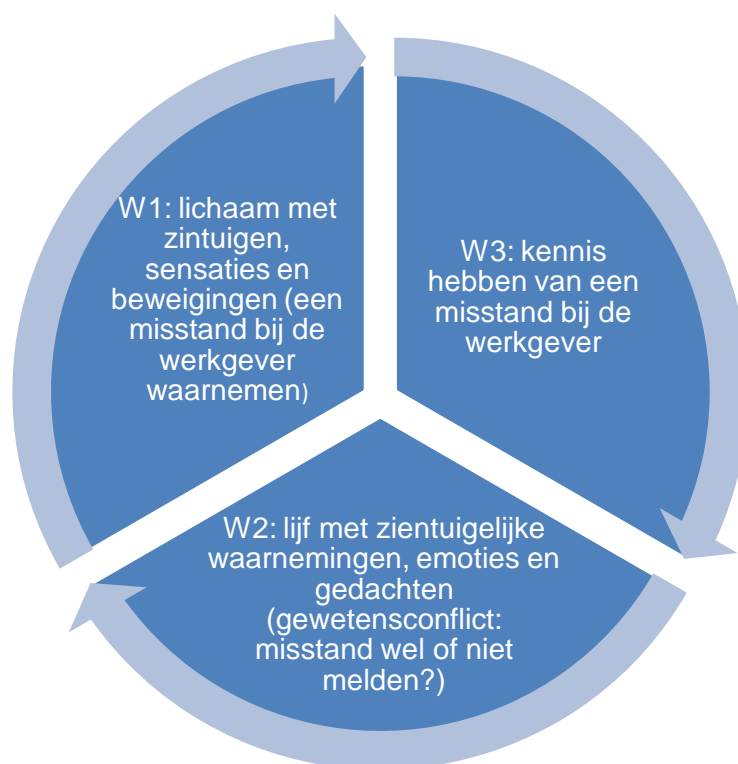


⁸ Overweging 60 uit de Martins Moreira versus Portugal case van 26 oktober 1986, 11371/85 01: “60. Again in the Government’s view, only the conduct of the judicial authorities in question could incur the international liability of Portugal in this matter and not any errors on the part of the legislature, the executive, or organs or persons outside the State structure, in this instance the Institute, which had no hierarchical relationship with the courts. This argument runs counter to the established case-law of the Court. In ratifying the Convention, the Portuguese State undertook the obligation to respect it and it must, in particular, ensure that the Convention is complied with by its different authorities (...).”

⁹ CASE OF HEINISCH v. GERMANY, 28274/08 van 21 juli 2011.

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Het eerste systeem mens klokkenluider werk ik visueel als volgt uit:



Het EHRM heeft met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting van een klokkenluider de volgende afwegingen gemaakt tussen de volgende vier "botsende" (sociale) systemen:

1. de klokkenluider als systeem mens¹⁰:

"The motive behind the actions of the reporting employee is another determinant factor in deciding whether a particular disclosure should be protected or not. For instance, an act motivated by a personal grievance or personal antagonism or the expectation of personal advantage, including pecuniary gain, would not justify a particularly strong level of protection. It is important to establish that, in making the disclosure, the individual acted in good faith and in the belief that the information was true, that it was in the public interest to disclose it and that no other, more discreet means of remedying the wrongdoing was available to him or her."

2. Het sociale systeem werkgever-werknemer: de loyaliteit van de klokkenluider aan de werkgever om de vuile was (niet) buiten te hangen:

"As regards the application of Article 10 of the Convention to the workplace, the Court has held that the signalling by an employee in the public sector of illegal conduct or wrongdoing in the workplace should, in certain circumstances, enjoy protection. This may be called for in particular where the employee or civil servant concerned is the only person, or part of a small category of persons, aware of what is happening at work and is thus best placed to act in the public interest by alerting the employer or the public at large (...). The Court is at the same time mindful that employees owe to their employer a duty of loyalty, reserve and discretion (...). While such duty of loyalty may be more pronounced in the event of civil servants and employees in the public sector as compared to employees in private-law employment relationships, the Court

¹⁰ Artikel 8 van het EVRM in relatie tot artikel 1 van de UVRM: De klokkenluider is begiftigd met verstand en geweten en behoort zich jegens anderen te gedragen in een geest van broederschap. Het gewetensconflict van de klokkenluider is of de geest van broederschap dient te gelden richting de slachtoffers van de misstand, richting de werkgever of juist richting de maatschappij.

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

finds that it doubtlessly also constitutes a feature of the latter category of employment. It therefore shares the Government's view that the principles and criteria established in the Court's case-law with a view to weighing an employee's right to freedom of expression by signalling illegal conduct or wrongdoing on the part of his or her employer against the latter's right to protection of its reputation and commercial interests also apply in the case at hand. The nature and extent of loyalty owed by an employee in a particular case has an impact on the weighing of the employee's rights and the conflicting interests of the employer (...). Consequently, in the light of this duty of loyalty and discretion, disclosure should be made in the first place to the person's superior or other competent authority or body. It is only where this is clearly impracticable that the information can, as a last resort, be disclosed to the public. In assessing whether the restriction on freedom of expression was proportionate, the Court must therefore take into account whether the applicant had any other effective means of remedying the wrongdoing which he or she intended to uncover (...)."

3. Het sociale systeem van de maatschappij waarvan de klokkenluider onderdeel uitmaakt. De maatschappij dient kennis te kunnen nemen van een misstand bij de werkgever¹¹:

"Lastly, the Court notes that the heaviest sanction possible under labour law was imposed on the applicant. This sanction not only had negative repercussions on the applicant's career but it could also have a serious chilling effect on other employees of Vivantes and discourage them from reporting any shortcomings in institutional care. Moreover, in view of the media coverage of the applicant's case, the sanction could have a chilling effect not only on employees of Vivantes but also on other employees in the nursing service sector. This chilling effect works to the detriment of society as a whole and also has to be taken into consideration when assessing the proportionality of, and thus the justification for, the sanctions imposed on the applicant, who, as the Court has held above, was entitled to bring the matter at issue to the public's attention."

4. De overige (toekomstige) sociale systemen van de klokkenluider: het EHRM spreekt uit dat ontslag een te zware sanctie is en negatief kan doorwerken in de loopbaan van de klokkenluider = negatief kan doorwerken naar overige (toekomstige) sociale systemen van de klokkenluider. De zwaarste sanctie van ontslag kan ook een afschrikwekkende werking hebben richting andere werknemers om misstanden bij de werkgever eventueel uiteindelijk niet publiekelijk aan de kaak te stellen.

5. De dynamische en evolutionaire benadering van het EVRM

Het EHRM geeft aan dat het EVRM een dynamische en evolutionaire benadering kent op de volgende wijze:

1. *"It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement."*¹² en;
2. *"The Court observes that the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions."*¹³ en
3. *"An additional factor relevant for determining the extent to which the respondent State should be afforded a margin of appreciation is the existence or non-existence of a European consensus. Since the Convention is first and foremost a system for the*

¹¹ Artikel 8 van het EVRM in relatie tot artikel 29 van de UVRM: de plichten van de klokkenluider [als systeem mens] jegens de gemeenschap zonder welke de vrije en volledige ontplooiing van de persoonlijkheid van de klokkenluider niet mogelijk is.

¹² Overweging 40 uit de CASE OF FRETTE' v. FRANCE, 36515/97 van 26 februari 2002.

¹³ Overweging 74 uit de CASE OF CHRISTINE GOODWIN v. THE UNITED KINGDOM, 28957/95 van 11 juli 2002

Een systeemtheoretische benadering van de toelagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

*protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved.*¹⁴

Bij mijn weten is er nog nooit een zaak aan het EHRM voorgelegd die uitgaat van een systeemtheoretische benadering zoals ik die hierboven uitéén heb gezet. Wat nu nog niet is, kan, gelet op de dynamische en evolutionaire benadering van het EVRM, uiteraard nog wel komen.

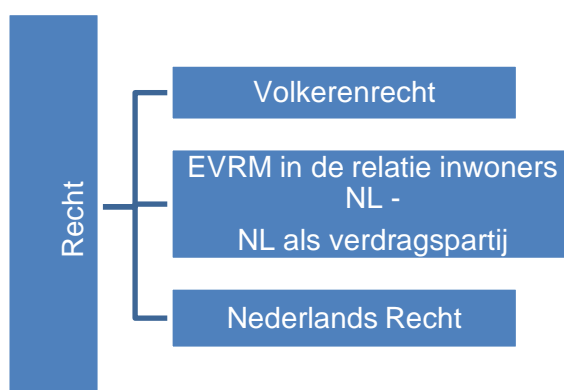
6. Levels of organization in het recht, het EVRM en de Staatscommissie Rechtsstaat

Het EVRM dateert uit de jaren 50 en heeft rechtstreekse werking in Nederland. Over de verhouding Nederlands Recht-EVRM bepaalt artikel 94 van de Grondwet het volgende: *“Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.”*

Boven het EVRM staat het Volkerenrecht. Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in artikel 7 van het EVRM:

- Artikel 7, eerste lid, EVRM: *“Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was.”*
- Artikel 7, tweede lid, EVRM: *“Dit artikel staat niet in de weg aan de berechting en bestraffing van iemand, die schuldig is aan een handelen of nalaten, dat ten tijde van het handelen of nalaten, een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend.”*

Uit bovenstaande blijkt dat er in het recht minstens drie “levels of organization” zijn met op ieder “level of organization” eigen concepten en juridische toetsingskaders¹⁵ op de volgende wijze:



¹⁴Overweging 79 uit de CASE OF KHAMTOKHU AND AKSENCHIK v. RUSSIA, 60367/08 en 961/11 van 24 januari 2017. De onderstreping in de geciteerde passage is van mij.

¹⁵Zie hoofdstuk 6 van mijn publicatie “Een werkelijkheid van (sociale) systemen: filosofie en de polyvagaaltheorie” voor een toelichting op levels of organization.

Een systeemtheoretische benadering van de toelagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Gelet op de rechtstreekse werking van het EVRM lijkt het mij voor de hand liggend dat de wetgever eigenlijk al vanaf de jaren 50 bezig zou moeten zijn geweest met het inrichten van de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid vanuit EVRM-optiek. Bij de uitputting van de nationale rechtsmiddelen kent artikel 6 van het EVRM namelijk slechts een tweedeling: strafzaken en overige rechtszaken met betrekking tot de vaststelling van de burgerlijke rechten en verplichtingen van de burger. Nederland is vanaf de jaren 50 echter gewoon “op de oude voet van wetgeving” doorgegaan met de rechtsontwikkeling volgens de volgende klassieke driedeling:

1. Strafrecht en Strafvordering (Wetboek van Strafvordering, Sv);
2. Bestuursrecht (Algemene wet bestuursrecht, Awb);
3. Privaatrecht (Diverse boeken van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Rv¹⁶).

Gelukkig is de wetgever naar aanleiding van de toelagenaffaire tot het voortschrijdend inzicht gekomen dat een grondige herziening van de rechtsbescherming in Nederland tegen de overheid dringend noodzakelijk is. Mede op initiatief van Tweede Kamerlid Pieter Omtzigt wordt een Staatscommissie Rechtsstaat ingesteld waarover van regeringszijde op 18 maart 2022¹⁷ de volgende mooie woorden werden uitgesproken:

1. De burger dient betrokken te worden bij de Staatscommissie Rechtsstaat

“De staatscommissie wordt gevraagd bij haar werkzaamheden ook werkwijzen te gebruiken, die waarborgen dat burgers inbreng kunnen leveren en in haar rapport zichtbaar te maken hoe deze inbreng onderdeel uitmaakt van haar werkzaamheden en haar advies.”

2. De Staatscommissie Rechtsstaat heeft “carte blanche” over wat zij adviseert

“Wij hechten er daarbij wel aan de opdracht aan de staatscommissie ‘open’ te formuleren, in die zin dan het aan de staatscommissie zelf is met concrete mogelijke oplossingsrichtingen te komen.”

en

“Daarnaast is de uiteindelijke concrete invulling van de opdracht en de bronnen die daartoe worden gebruikt, ter beoordeling aan de staatscommissie zelf.”

en

“De staatscommissie heeft tot taak de regering te adviseren over verbeteringen in de onderlinge verhouding tussen de staatsmachten. Het perspectief van versterking van de positie van burgers ten opzichte van de overheid is hierbij leidend. Het staat de staatscommissie hierbij vrij desgewenst ook in te gaan op mogelijke wijzigingen van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) of andere wetten.”

3. Het is in eerste instantie aan de rechterlijke macht zelf hoe om te gaan met afwijken van lagere rechters van jurisprudentielijnen van hogere rechters

“Hoewel het naar aanleiding van de toelagenaffaire voorstelbaar is dat de staatscommissie ook aandacht besteedt aan de vraag in hoeverre lagere bestuursrechters kunnen afwijken van jurisprudentierichtlijnen van hogere rechters, lijkt het ons van belang dat vooral de rechtspraak zelf op deze vraag reflecteert. Overigens zijn de rechterlijke instanties dit ook al aan het doen, getuige het in oktober 2021 gepubliceerde rapport van de ‘Werkgroep reflectie toelagenaffaire rechtbanken’ en het in november 2021 gepubliceerde reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.”

¹⁶ Rv gaat terug tot de tijd van Napoleon met de Code de Procédure Civile uit 1806. Zie: https://nl.wikipedia.org/wiki/Wetboek_van_Burgerlijke_Rechtsvordering

¹⁷ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/03/18/tk-schriftelijke-vragen-ek-conceptopdracht-staatscommissie-rechtsstaat>

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

4. De regering wil de vaart erin houden

Op 1 juni 2022 werd van regeringszijde¹⁸ het volgende duidelijk:

“In de brief van 18 maart jl. en in het commissiedebat op 14 april jl. hebben wij ook toegelicht dat wij de deelnemers vanuit de rechterlijke instanties en van de Eerste en Tweede Kamer willen betrekken bij de verdere voorbereidingen op een tripartite basis. Aan deze tripartite voorbereiding zullen deelnemers namens de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Raad voor de rechtspraak meedoen. De Tweede Kamer heeft de leden Omtzigt (lid Omtzigt) en Van Dijk (CDA) als rapporteur aangewezen. De rapporteurs van de Eerste Kamer zijn nog niet bekend.”

en

“Met de instelling van een staatscommissie beogen wij een beter inzicht te krijgen in de onderlinge verhoudingen tussen de staatsmachten en de mogelijkheden tot verbetering daarvan vanuit het perspectief van de versterking van de positie van de burger. Wij zijn daarom verheugd dat alle drie de staatsmachten bereid zijn om met elkaar het gemeenschappelijke voorbereidingstraject te voltooien, waarna de staatscommissie kan worden ingesteld. Wij streven ernaar een eerste tripartite overleg voor het zomerreces te laten plaatsvinden en de staatscommissie zo spoedig mogelijk na het zomerreces van 2022 in te stellen.”

7. Het EVRM en de Staatscommissie Rechtsstaat vullen elkaar uitstekend aan

Naar mijn mening vullen de dynamische en evolutionaire benadering van het EVRM en de opdracht van de Staatscommissie Rechtsstaat elkaar uitstekend aan, namelijk:

- komen tot een nieuw Nederlands procesrecht (bestuursrecht, privaatrecht en strafrecht) in de relatie burger-overheid dat is gegoten in een goed zittend EVRM-jasje.

8. Het huidige stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid in het bestuursrecht en in het privaatrecht en de Wet op de rechtsbijstand (WRB)

In het bestuursrecht gelden de volgende drie uitgangspunten van procesrecht:

1. de door de burger verschuldigde griffierechten 2022 zijn laag: € 50,00 in zaken met betrekking tot de sociale zekerheid, belastingen, huurtoeslag en de Wet op de Rechtsbijstand en € 184,00 in overige zaken;
2. de burger kan alleen worden veroordeeld in de proceskosten van de overheid als de burger misbruik van procesrecht maakt;
3. de burger kan zonder advocaat bij de bestuursrechter procederen.

Professor J.L.M. Gribnau, hoogleraar fiscaal recht aan de Universiteit Leiden en Tilburg Universiteit, schreef in 2011 het volgende:

“Er kunnen mijns inziens tal van legitieme redenen zijn dat een belastingplichtige ervoor kiest om niet door te procederen, zoals gebrek aan deskundigheid, de forse kosten van professionele bijstand, de emotionele belasting van een (langdurig) conflict met de fiscus en de lange duur van de procedure waarbij een beslissing als mosterd na de maaltijd komt. Bovendien is de belastingdienst bij uitstek een complexe bureaucratische organisatie, een repeat player met veel deskundigheid en grotere financiële, technische en administratieve middelen dan de gemiddelde belastingplichtige (feitelijke asymmetrie). Belastingplichtigen voelen zich daarnaast – vanwege de juridische asymmetrie – vaak afhankelijk van de Belastingdienst of inspecteur met wie zij ook nog eens jaar in jaar uit te maken hebben”.¹⁹

¹⁸https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2022Z10889&did=2022D22341

¹⁹ Zie de bijdrage van J.L.M. Gribnau, “Omstreden rechtsvragen in het belastingrecht. Nieuwe kansen voor cassatie in het belang der wet?” in “De Hoge Raad in 2025: Contouren van de toekomstige

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Wat Gribnau in bovenstaande citaat uit 2011 al aangeeft, is met betrekking tot de hoge kosten van procederen tegen de belastingdienst en de emotionele belasting van een (langdurig) conflict met de fiscus overduidelijk werkelijkheid geworden in de belastingzaak Hof Arnhem-Leeuwarden van 25 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:488. Hierover berichtte de NOS op 5 februari 2022 als volgt:

NOS

Nieuws

Sport

Uitzendingen



NOS NIEUWS • BINNENLAND • ZA 5 FEBRUARI, 17:37

Hof vernietigend over Belastingdienst die echtpaar jarenlang achtervolgde



ANP

cassatierechtspraak”, A.M. Hol e.a. (red), Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2011, 241-261. Het citaat staat op 245-246.

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft de Belastingdienst stevig op de vingers getikt in een zaak waarin een bedrijf jarenlang ten onrechte door de instantie is achtervolgd. Opvallend zijn de felle bewoordingen in het arrest. Het hof vraagt zich onder meer af of "de rechter de Belastingdienst nog kan geloven".

Ook bleek een van de eigenaren van het gedupeerde bedrijf, zonder dat te weten, te zijn opgenomen in de omstreden Fraude Signalering Voorziening, een soort zwarte lijst van de Belastingdienst, waarop mensen stonden die als mogelijk fraudeur werden gezien.

Vorig jaar oordeelde de Autoriteit Persoonsgegevens dat de Belastingdienst met die lijst de kernbeginselen van de privacywet AVG op ernstige wijze heeft geschonden. Volgens het hof is het aannemelijk dat de vermelding op die lijst grote invloed heeft gehad op de manier waarop het bedrijf door de Belastingdienst is behandeld.

400 blauwe enveloppen

De zaak draait om een besloten vennootschap van een echtpaar met verschillende andere bv's in beheer. Nadat een werknemer van een van die bv's werd gecontroleerd vanwege mogelijke fraude met de toeslagen van een kind, besloot een inspecteur van het belastingkantoor in Emmen om ook de eigenaren van de bv aan een controle te onderwerpen.

Volgens de ondernemer en zijn vrouw werd er door de Belastingdienst zonder inhoudelijke toetsing van uitgegaan dat ze privé niet te goeder trouw waren, waarna hun grove fraude werd verweten en een onderzoek volgde. Dat leidde tot hogere belastingaanslagen, naheffingen en verrekeningen.

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het ECRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Jarenlang werd het echtpaar door de Belastingdienst achtervolgd. Gedurende die periode belandden er zo'n 400 blauwe enveloppen op de deurmat en werden door het echtpaar ruim honderd bezwaarschriften ingediend.

"De fysieke en psychische stress van honderden blauwe enveloppen en het onbegrip van wat hun is overkomen, eisten en eisen nog steeds hun tol", zeggen ze tegen de rechter. Een van hen is met burn-outverschijnselen onder medische behandeling.

Controleur bekend om strenge aanpak

De belastinginspecteur zei op de zitting dat hij "begrijpt dat de controle als streng werd ervaren". Degene die de controle uitvoerde, stond bij de Belastingdienst bekend om zijn strenge aanpak, aldus de inspecteur. Inmiddels werkt deze persoon niet meer als controleur. Toch houdt de inspecteur vol dat "niet onzorgvuldig is gehandeld" door de Belastingdienst.

Het hof **oordeelt** dat het hoger beroep van het echtpaar tegen de Belastingdienst gegrond is en bepaalt dat de inspecteur 25.000 euro moet betalen als tegemoetkoming in de proceskosten en het betaalde griffierecht moet vergoeden. Verder werd door de inspecteur toegezegd dat nog openstaande naheffingsaanslagen en loonheffingen vernietigd zullen worden.

Verschillende Kamerleden, onder wie Renske Leijten (SP) en Pieter Omtzigt (onafhankelijk lid) hebben de staatssecretaris van Financiën vragen gesteld over de uitspraak.



Uit deze belastingzaak bij het Hof Leeuwarden-Arnhem blijkt heel duidelijk het volgende:

1. Het belastingplichtige echtpaar was in staat om een bedrag van € 25.000,00 aan proceskosten op voorhand zelf te kunnen betalen en;

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

2. De psychologische/fysieke (lichamelijke) gevolgen van de juridische procedure tegen de belastingdienst tot en met het Hof zijn groot: één van de echtelieden is zelfs onder medische behandeling voor burn-outverschijnselen.

Binnen het huidige privaatrecht wordt geen onderscheid gemaakt tussen enerzijds rechtszaken burger-overheid en anderzijds rechtszaken burger-burger. Dit heeft tot gevolg dat in het privaatrecht bij de rechtszaken burger-overheid gewoon de volgende drie uitgangspunten van burgerlijk procesrecht gelden:

1. de door de burger verschuldigde griffierechten 2022 zijn aanzienlijk hoger dan in het bestuursrecht. Voor een zaak bij de rechtbank gaat het om de volgende tarieven: € 314,00 voor een zaak van onbepaalde waarde, € 1.301,00 voor een zaak met een waarde tot € 100.000,00 en € 2.277,00 voor een zaak met een waarde boven € 100.000,00;
2. de burger kan worden veroordeeld in de proceskosten van de overheid als de burger de zaak verliest. Het gaat dan wel om forfaitaire proceskosten die kunnen oplopen tot duizenden euro's;
3. de burger dient in zaken met een waarde boven € 25.000,00 te procederen met een advocaat. De proceskosten voor de burger kunnen oplopen tot in de tienduizenden euro's. Als de burger de zaak tegen de overheid verliest, dan dient de burger diens eigen proceskosten zelf te dragen. Als voorbeeld noem ik de twee samenhangende uitspraken van de rechtbank Midden-Nederland van 22 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5570 en van 27 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4159. In die rechtszaak diende een ex-ambtenaar van de gemeente IJsselstein zich privaatrechtelijk te verdedigen tegen een vordering uit onrechtmatige daad die de gemeente IJsselstein had ingesteld tegen de door haar ontslagen ambtenaar. Gelukkig voor de ex-ambtenaar van de gemeente IJsselstein won hij de civiele rechtszaak, anders had hij € 30.000,00 aan proceskosten zelf moeten dragen zoals blijkt uit onderstaande berichtgeving over deze rechtszaak in het AD van 4 augustus 2016:

▲ © anp

IJsselstein verliest zaak tegen ambtenaar

De gemeente IJsselstein heeft een rechtszaak tegen een van fraude verdachte ambtenaar verloren.

Peter Bekkering 04-08-16, 07:33 Laatste update: 04-08-16, 07:34



De rechtbank Utrecht heeft in een civiele procedure van IJsselstein tegen voormalig topambtenaar [REDACTED] en de externe opdrachtnemers [REDACTED] en [REDACTED] alle vorderingen afgewezen. De gemeente is veroordeeld tot het betalen van 30.000 euro proceskosten. De advocaat van [REDACTED] overweegt een schadeclaim vanwege gederfde inkomsten en reputatieschade.

De gemeente IJsselstein verdacht [REDACTED] in 2014 van omkoping en het begunstigen van opdrachtnemers. De gemeente liet Ernst & Young voor 161.000 euro een grootscheeps onderzoek instellen.



Er valt een molensteen van me af nu de rechtbank heeft vastgesteld dat de procedure op gebakken lucht is gebaseerd.

- Ronnie Eisenmann, advocaat

4. de punten één tot en drie gelden in drie procedures, namelijk: bij de rechtbank in eerste aanleg, bij het hof in hoger beroep en bij beroep in cassatie bij de Hoge Raad.

Het stelsel van door de overheid gefinancierde rechtshulp is geregeld in de Wet op de rechtsbijstand (WRB). In de WRB geldt dat de burger in een te voeren rechtszaak (zowel tegen de overheid als tegen een andere burger/organisatie) alleen maar in aanmerking komt voor een toegevoegde advocaat als diens inkomen en vermogen niet hoger is dan de volgende in 2022 geldende normbedragen²⁰:

²⁰ <https://www.rvr.org/@7797/inkomen-vermogen-eigen-bijdrage-2022/>

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

De Wet op de rechtsbijstand bepaalt dat de Raad in 2022 dient uit te gaan van de fiscale gegevens uit 2020 (het peiljaar).

Reguliere toevoeging

Inkomensnormen en eigen bijdragen reguliere toevoeging

Alleenstaand		Gehuwd, samenwonend of eenoudergezin
Fiscaal jaarinkomen	Eigen bijdrage	Fiscaal jaarinkomen
t/m € 20.900	€ 214	t/m € 29.000
€ 20.901 - € 21.600	€ 394	€ 29.001 - € 30.100
€ 21.601 - € 22.900	€ 563	€ 30.101 - € 31.500
€ 22.901 - € 24.800	€ 733	€ 31.501 - € 35.200
€ 24.801 - € 29.400	€ 901	€ 35.201 - € 41.600
Boven de € 29.400	Aanvrager komt niet in aanmerking voor een toevoeging	Boven de € 41.600

Vermogensnormen

- Rechtsbijstand en mediation

Er bestaat geen recht op gesubsidieerde rechtsbijstand en gesubsidieerde mediation als het vermogen in box 3 in 2020 (het peiljaar) hoger is dan het op 2020 van toepassing zijnde heffingvrije vermogen.

Vermogensgrens

	Vrijgesteld per persoon
2020 (het peiljaar)	€ 30.846

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

In de huidige WRB zit volgens mij in de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid in civiele zaken een groot hiaat in de volgende zin:

1. “de armen” krijgen altijd een toegevoegde advocaat in een civiele rechtszaak tegen de overheid;
2. “de rijken die toch genoeg geld hebben” kunnen een verplichte advocaat in civiele zaak tegen de overheid altijd wel betalen;
3. “de middengroep met een fiscaal inkomen net boven € 29.400,00 (alleenstaande) en € 41.600,00 (gezin) en/of met een appeltje voor de dorst van net meer dan € 30.486,00 per persoon, vallen tussen wal en schip: deze middengroep dient de kosten van de verplichte advocaat in civiele zaken tegen de overheid zelf te dragen.

Over het procesrisico van een kostenveroordeling van de burger in de proceskosten van de overheid in mogelijk drie instanties zwijg ik dan maar.

Waar het gaat om de toeslagenaffaire heeft de regering gelukkig ingezien dat het huidige stelsel van door de overheid gefinancierde rechtshulp ontoereikend is. Daarom is in het leven geroepen de Herstelregeling kinderopvangtoeslag die het volgende inhoudt²¹:

1. Slachtoffers van de toeslagenaffaire komen, ongeacht inkomen en vermogen, in aanmerking voor een gratis toegevoegd advocaat in rechtszaken tegen de belastingdienst;
2. Vanaf 1 juni 2022 komen ouders die te maken hebben met een uithuisplaatsing van hun kind(eren) ook, ongeacht inkomen en vermogen, in aanmerking voor een gratis toegevoegd advocaat.

9. Het EVRM en de equality of arms

In de rechtspraak van het EHRM is vastgelegd dat alle gedragingen van de overheid (= bestuursorganen, publiekrechtelijke rechtspersonen, Openbaar Ministerie, politie, rechterlijke instanties etc.) worden toegerekend aan Nederland als verdragspartij bij het EVRM²².

Verder geldt in het EVRM het beginsel van “*equality of arms*” met betrekking tot artikel 6 van het EVRM: *“It is clear that the requirement of “equality of arms”, in the sense of a “fair balance” between the parties, applies in principle to such cases [mij: vaststellen van de burgerlijke rechten en verplichtingen = bestuursrechtelijke zaken en civielrechtelijke zaken] as well as to criminal cases (...). The Court agrees with the Commission that as regards litigation involving opposing private interests, “equality of arms” implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case - including his evidence - under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.”*²³

Het antwoord op de vraag: “*Wie is de opponent?*” is duidelijk als er sprake is van slechts één rechtszaak burger-overheid: de opponent is de overheidsinstantie in die rechtszaak.

²¹ <https://www.rechtsbijstand.nl/mediation-rechtsbijstand/gesubsidieerde-meditation-rechtsbijstand/kinderopvangtoeslag/>

²² Overweging 60 uit de Martins Moreira versus Portugal case van 26 oktober 1986, 11371/85 01: *“60. Again in the Government’s view, only the conduct of the judicial authorities in question could incur the international liability of Portugal in this matter and not any errors on the part of the legislature, the executive, or organs or persons outside the State structure, in this instance the Institute, which had no hierarchical relationship with the courts. This argument runs counter to the established case-law of the Court. In ratifying the Convention, the Portuguese State undertook the obligation to respect it and it must, in particular, ensure that the Convention is complied with by its different authorities (...).”*

²³ Overweging 33 uit CASE OF DOMBO BEHEER B.V. v. THE NETHERLANDS, 14448/88 van 27 oktober 1993

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

De toeslagenaffaire heeft ons pijnlijk geleerd dat er voor de slachtoffers van de toeslagenaffaire veel meer opponenten tegelijkertijd kunnen/konden zijn met elk verschillende rechterlijke instanties voor de rechtsbescherming tegen de overheid. Hierbij het volgende overzicht dat zeker niet uitputtend is:

1. De belastingdienst in de rechtszaken bij de rechtbanken en de ABRvS over de herziening/terugvordering kindertoeslag (rechtbank, hoger beroep ABRvS);
2. Eventueel de belastingdienst in een gewone belastingzaak zoals Hof Arnhem-Leeuwarden van 25 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:488 (belastingkamer rechtbank, belastingkamer hoger beroep Hof, belastingkamer cassatie Hoge Raad);
3. De belastingdienst als er een verzetsprocedure werd opgestart tegen de beslaglegging op de auto of op het inkomen (dagvaarding civiel rechtbank, dagvaarding civiel hoger beroep Hof, dagvaarding civiel cassatie Hoge Raad);
4. De Raad voor de Kinderbescherming in de zaken met betrekking tot de uithuisplaatsing van een kind (verzoekschrift civiel rechtbank, verzoekschrift civiel Hof, verzoekschrift civiel cassatie Hoge Raad);
5. De belastingdienst ter uitvoering van het concept wetsvoorstel Wet hersteloperatie toeslagen de kwijtschelding O/GS-tegemoetkoming (rechtbank, hoger beroep ABRvS);
6. De belastingdienst ter uitvoering van het concept wetsvoorstel Wet hersteloperatie toeslagen de belastingdienst als het gaat om eventuele kwijtschelding van belastingen (belastingkamerrechtbank, belastingkamer hoger beroep Hof, belastingkamer cassatie Hoge Raad);
7. De gemeente ter uitvoering van het concept wetsvoorstel Wet hersteloperatie toeslagen kwijtscheldingen in de domeinen SZW en VWS (rechtbank, hoger beroep CRvB);
8. Als er in een toeslagenaffaire-rechtszaak tegen de overheid geen toegevoegd advocaat wordt/werd toegekend door de Raad voor Rechtsbijstand (beroep rechtbank, hoger beroep ABRvS);
9. Als er in een toeslagenaffaire-rechtszaak tegen de overheid geen bijzondere bijstand voor de eigen bijdrage toegevoegde advocaat/griffierecht wordt/werd toegekend door de gemeente (rechtbank, hoger beroep CRvB).

De Raad voor de Rechtspraak heeft in haar advies van 20 april 2022 “*Advies concept wetsvoorstel Wet hersteloperatie toeslagen*” de Staatssecretaris van Toeslagen en Douane er al terecht op gewezen dat bovenstaande verbodsketting in de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid toch op zijn minst ongelukkig is²⁴.

10. Aanbeveling één: aanpassingen in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en in de Wet griffierechten burgerlijke zaken

Er zijn gevallen waarbij de keuze aan de burger is om te kiezen hoe een rechtszaak aan te spannen: via het bestuursrecht of via het privaatrecht? Een duidelijk voorbeeld hiervan is een AVG-zaak van de ABRvS van 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:899. In deze rechtszaak vat de ABRvS haar jurisprudentie als volgt samen in overweging 41:

²⁴ <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2022-20-Advies-Hersteloperatie-toeslagen.pdf>
Advies van de Raad voor de Rechtspraak: “*Daarbij is er ook nog voor gekozen om de rechtsbescherming voor de diverse onderdelen van dit Wetsvoorstel onder te brengen bij verschillende gerechtelijke instanties. Hierdoor ontstaat een complex en ingewikkeld geheel van regelingen dat ook voor gedupeerden lastig te doorgronden is. Daarnaast legt het (opnieuw) een enorme last op de uitvoeringsorganisaties met een bijbehorend risico op het maken van (nieuwe) fouten. In dit verband merkt de Raad op dat het feit dat de betrokken uitvoeringsinstanties en ook de rechterlijke instanties met betrekking tot (beroepszaken over) toekenning en invordering van toeslagen vaak slechts gedeeltelijk zicht hadden op het geheel, mede oorzaak is geweest van de ontstane complexe problematiek.*”

Een systeemtheoretische benadering van de toelagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

“In deze uitspraak en meer uitgebreid in drie andere uitspraken van vandaag gaat de Afdeling in op de mogelijkheden om bij de bestuursrechter vergoeding van schade te vragen, als iemand stelt dat een bestuursorgaan in strijd met de toepasselijke privacywetgeving (sinds 25 mei 2018 de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) en de Uitvoeringswet AVG) persoonsgegevens heeft verwerkt. De jurisprudentie van de Afdeling bood voor de inwerkingtreding van de AVG en de Uitvoeringswet minder mogelijkheden, wat met zich bracht dat de burger dan was aangewezen op de weg naar de burgerlijke rechter. Die weg blijft openstaan, maar nu kan in een groter aantal gevallen ook de bestuursrechter worden benaderd voor verzoeken om schadevergoeding tot een bedrag van € 25.000,00, zoals uit die drie andere uitspraken blijkt. In deze zaak is de bevoegdheid van de bestuursrechter om over het verzoek om schadevergoeding te beslissen met name toegelicht onder 18. Het gaat daarbij dus over een procedurele vraag van rechtsbescherming, namelijk wanneer in geval van onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens de weg naar de bestuursrechter kan worden ingeslagen.”

In het voorbeeld van de AVG-zaak komt heel duidelijk de beperking van het bestuursrecht naar voren: de maximaal te claimen schadevergoeding bedraagt € 25.000,00. Daarnaast biedt het bestuursrecht niet de mogelijkheid tot het instellen van nevenvorderingen. Een nevenvordering zou kunnen zijn dat de overheid die persoonsgegevens heeft gelekt naar derden, door de rechter kan worden verplicht om over te gaan tot rectificatie richting die derden als er bij die derden een verkeerd beeld over de burger is ontstaan. Bij een gang naar de burgerlijke rechter is de burger niet beperkt tot een schadeclaim van maximaal € 25.000,00 en kunnen tevens nevenvorderingen aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd.

Als je op grond van bovenstaande aan mij vraagt: *“Waarom geldt er in een civiele rechtszaak van de burger tegen de overheid eigenlijk nog steeds het uitgangspunt van de verplichte advocaat en het procesrisico van een kostenveroordeling van de burger in de proceskosten van de overheid?”*, dan is het enige antwoord dat ik kan bedenken: *“Dat is nou eenmaal al ruim 200 jaar de juridische praktijk in Nederland sinds de tijden van Napoleon”*. Mijn eerste aanbeveling aan de Commissie Rechtsstaat is dan ook de volgende:

- adviseer aan de wetgever om in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en in de Wet griffierechten burgerlijke zaken een apart hoofdstuk op te nemen onder het kopje “procedures burger-overheid”. De uitgangspunten van het burgerlijk procesrecht worden zoveel mogelijk gelijkgesteld aan de uitgangspunten van het bestuursrecht. Het gaat dan om de volgende drie zaken:
 1. Het verschuldigde griffierecht in civiele procedures burger-overheid is gelijk aan het verschuldigde griffierecht in bestuursrechtelijke zaken;
 2. De burger kan alleen worden veroordeeld in de proceskosten van de overheid als de burger misbruik van burgerlijk procesrecht maakt;
 3. Voor de burger vervalt de verplichte advocaat bij zaken tegen de overheid.

De EVRM-argumenten die ik voor mijn eerste aanbeveling aanvoer, zijn de volgende:

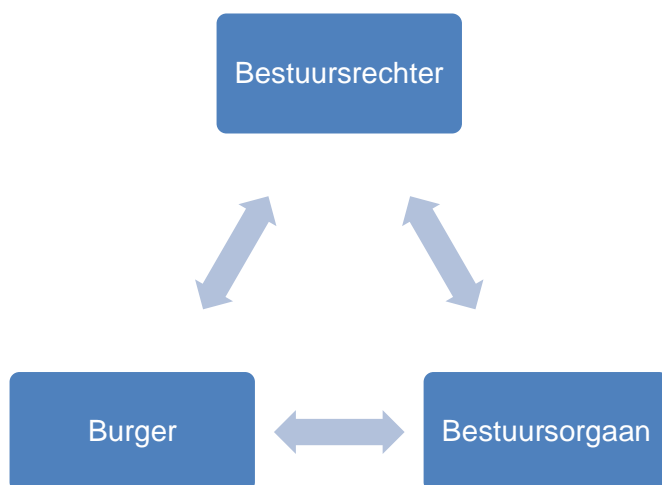
1. Is de verplichte advocaat die de burger tienduizenden euro's kan kosten en het procesrisico dat de burger loopt om te worden veroordeeld in de proceskosten van de overheid in mogelijk drie instanties, niet een ongerechtvaardigde inbreuk op het ongestoord genot van eigendom? Een inbreuk op het eigendomsrecht van de burger is alleen toegestaan in het algemeen belang en ik zie niet in wat het algemeen belang zou zijn om in civiele zaken van de burger tegen de overheid de burger op te zadelen met mogelijk tienduizenden euro's aan eigen proceskosten en een risico op een veroordeling in drie instanties in de proceskosten van de overheid die kan oplopen tot duizenden euro's;
2. Ontstaat door het onder punt één gestelde voor de burger die meent dat de overheid diens mensenrechten heeft geschonden, niet een te hoge drempel om deze vermeende schending ook daadwerkelijk voor te leggen aan de burgerlijke rechter,

Een systeemtheoretische benadering van de toelagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

zeker als die burgerlijke rechter de enige rechter is om de nationale rechtsmiddelen uit te putten? Komt hierdoor niet een goede werking van het EVRM in (groot) gevaar voor met name de burgers met een inkomen en vermogen uit de middengroep?²⁵;

3. De artikelen 8 van het EVRM (= een rechtszaak is een sociaal systeem met de burger, de overheid en de rechter als subsystemen) en de vrijheid van meningsuiting van de burger in het sociale systeem van de rechtszaak (= vrijheid van meningsuiting over hoe en wat de burger in diens processtukken schrijft en de vrijheid van meningsuiting in de menselijke interactie tussen burger en rechter tijdens de hoorzitting).

Een rechtszaak is een sociaal systeem. In het bestuursrecht ziet het sociale systeem er als volgt uit:



In een bestuursrechtelijke procedure is er direct contact tussen het sociale-betrokkenheidssysteem van de burger met het sociale-betrokkenheidssysteem van de bestuursrechter²⁶ op de volgende wijze:

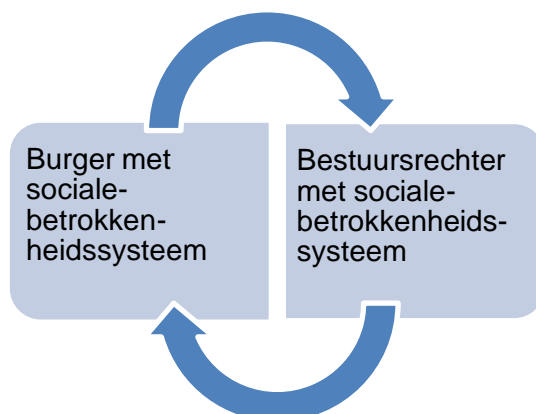
1. bij het schrijven van het beroepschrift/nadere processtukken door de burger die door de bestuursrechter worden gelezen en;
2. tijdens de hoorzitting is er de directe menselijke interactie met, naast gesproken taal, de volgens de polyvagaaltheorie zo belangrijke non-verbale communicatie/lichaamstaal tussen de burger en de bestuursrechter.

Visueel ziet dit er in het subsysteem burger-bestuursrechter als volgt uit:

²⁵ Deze vraag stel ik gelet op de door mij vet en onderstreepte gemaakte zin uit overweging 40 uit CASE OF FRETTE v. FRANCE, 36515/97 van 26 februari 2002: **“It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement.”**

²⁶ Het sociale-betrokkenheidssysteem is onderdeel van de polyvagaaltheorie van Stephen Porges. Zie hoofdstuk 13 van mijn publicatie “Een werkelijkheid van (sociale) systemen: filosofie en de polyvagaaltheorie”.

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

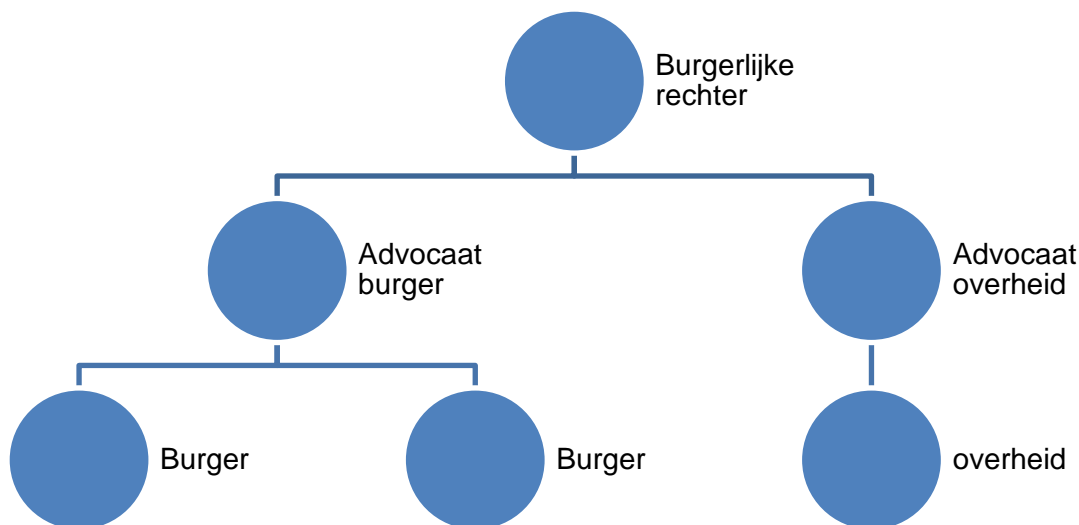


Dat de non-verbale communicatie/lichaamstaal volgens de polyvagaaltheorie zo enorm belangrijk is tijdens de hoorzitting, maak ik op uit het volgende citaat van een bestuursrechter bij de rechtbank die oordeelde in een kinderopvangtoeslagzaak [de vet en onderstreepte passages zijn van mij]: “Zo’n tweeënehalf jaar geleden had ik een alleenstaande moeder op zitting die opvang voor haar kind had geregeld zodat zij een opleiding kon volgen. Haar financiële uitgangssituatie was lastig en er waren psychische problemen. Deze vrouw was vastberaden daar beter uit te komen voor de toekomst van haar kind. De kinderopvangtoeslag die zij ontving gaf zij uit aan schulden en levensbehoeften. Voor de crèche bleef geen geld over. Zij sprak lange tijd daarna een betalingsregeling af met de crèche, draaide elke cent om, en was hard bezig de schuld af te betalen. **Zo kwam ze voor de rechter. Toen ik haar informeerde dat zij volgens de regels waarschijnlijk de hele kinderopvangtoeslag moest terugbetalen, een enorm bedrag, zag ik de grond onder haar voeten wegzakken.** De zaken waar ik als bestuursrechter het meest voldoening uit haal, zijn die waarin de gevolgen van een overheidsbesluit voor mijn gevoel onrechtvaardig zijn, ik de regels er op na pluis en erachter kom dat ik de situatie kan herstellen. Het moeilijkst aan dit werk, zijn de zaken zoals de voorgaande. Waarin de uitkomst voor mijn gevoel zeer onrechtvaardig is, maar wel precies volgens de regels en op de manier die de politiek voor ogen heeft gehad. **Hier voel ik mij medeverantwoordelijk voor onrecht.**²⁷

²⁷ Reflectierapport “Recht vinden bij de rechtbank. Lessen uit de kinderopvangtoeslagen”, 20

Een systeemtheoretische benadering van de toelagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

In een civielrechtelijke procedure met een verplichte advocaat ziet het sociale systeem van de rechtszaak er als volgt uit:



In het sociale systeem van een civielrechtelijke procedure met een verplichte advocaat wordt, in tegenstelling tot in een bestuursrechtelijke procedure, het sociale-betrokkenheidssysteem van de burger met het sociale-betrokkenheidssysteem van de civiele rechter grotendeels uitgeschakeld. Alle contacten tussen de burger en de civiele rechter gaan immers via de verplichte advocaat die:

1. de dagvaarding/het verzoekschrift en nadere processtukken schrijft en;
2. tijdens de hoorzitting namens de burger het woord voert;
3. de civiele rechter dient tijdens de hoorzitting zijn/haar aandacht te verdelen over zowel de advocaat van de burger als de burger zelf. Hierdoor kan het sociale-betrokkenheidssysteem van de civiele rechter niet 100% aandacht besteden aan de zo belangrijke non-verbale communicatie/lichaamstaal van het sociale-betrokkenheidssysteem van de burger.

Naar mijn mening is deze grotendeelse uitschakeling van het sociale-betrokkenheidssysteem van de burger met het sociale-betrokkenheidssysteem van de civiele rechter een inbreuk op artikel 8 van het EVRM. Het feit dat de verplichte advocaat de processtukken schrijft en het woord voert tijdens de hoorzitting lijkt mij tevens een beperking van de vrijheid van meningsuiting van de burger in het sociale systeem van de civiele rechtszaak. Deze twee mensenrechten mogen alleen worden beperkt als dat noodzakelijk zou zijn:

1. in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (artikel 8, tweede lid, EVRM);
2. in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen (artikel 10, tweede lid, EVRM).

In bovenstaande opsomming van gerechtvaardigde beperkingen van de artikelen 8 en 10 van het EVRM lees ik er geen één die naar mijn mening de verplichte advocaat in civiele zaken burger-overheid zou kunnen rechtvaardigen.

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

11. Aanbeveling twee: afschaffing van de verplichtte advocaat in herzieningszaken in het strafrecht

Volgens artikel 457, eerste lid, onder b, Sv kan bij de Hoge Raad een verzoek tot herziening van een strafrechtelijke veroordeling worden ingediend als dat onder andere voort zou moeten vloeien uit een uitspraak van het EHRM in een zaak die de gewezen verdachte met succes tegen Nederland heeft voorgelegd aan het EHRM. Dit verzoek tot herziening kan alleen worden ingediend door:

1. de procureur-generaal bij de Hoge Raad of;
2. de advocaat van een gewezen verdachte (artikel 460, tweede lid, Sv.).

Bij bovenstaande verplichte advocaatstelling betreur ik het dat de wetgever kennelijk niet heeft gedacht aan de geest van broederschap: waarom zouden de procureur-generaal bij de Hoge Raad en de gewezen verdachte zelf niet samen een verzoek tot herziening mogen indienen bij de Hoge Raad? Bijvoorbeeld voor gevallen waarbij de gewezen verdachte in de jaren 60 werd veroordeeld voor homoseksuele handelingen terwijl vanaf 1971 homoseksuele handelingen niet meer strafbaar zijn in Nederland (artikel 248bis Sr oud)²⁸. Getuigt het niet juist van de geest van broederschap als een in de jaren 60 veroordeelde homo en de procureur-generaal na 1971 bij de Hoge Raad samen een verzoek tot herziening van de homo-veroordeling uit de jaren 60 mogen indienen? Wat is trouwens voor de gewezen verdachte in dit voorbeeld de meerwaarde van een verplichte advocaat?

Mijn tweede aanbeveling aan de Commissie Rechtsstaat is de volgende:

- adviseer aan de wetgever om in het Wetboek van Strafvordering op te nemen dat de gewezen verdachte zonder advocaat een verzoek tot herziening bij de Hoge Raad kan indienen en;
- adviseer aan de wetgever om in het Wetboek van Strafvordering op te nemen dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad en de gewezen verdachte samen een verzoek tot herziening kunnen indienen.

12. Aanbeveling drie: invoering van een (voor)onderzoeksrechter in het bestuursprocesrecht en in het burgerlijk procesrecht

“De afdeling laat als bestuursrechter sinds jaar en dag het zogenaamde “vooronderzoek” uit de Awb in een zaak achterwege. Hierop wordt ook sinds jaar en dag forse en terechte kritiek geuit. Dat onderzoek heeft namelijk tot doel om voor de zitting een zo goed mogelijk beeld van de zaak te krijgen (...). De hoogste rechter verklaart dat hij geen zicht heeft gehad op de samenhang van de zaken en op de maatschappelijke omstandigheden waarvan zij het gevolg waren. Met goed vooronderzoek was dit wel mogelijk geweest.”

Advocaat Ellen Pasman die veel toeslagouders heeft bijgestaan bij de rechtbank en de ABRvS²⁹

Wat Ellen Pasman signaleert als een groot knelpunt in de rechtsbescherming van de burger tegen de belastingdienst, is in het strafrecht geen issue. De rechtsbescherming van de

²⁸ In het Verenigd Koninkrijk werd Alan Turing in 1952 veroordeeld voor homoseksuele handelingen. In 1954 stierf hij onder verdachte omstandigheden. De officiële versie is zelfmoord, maar er wordt vermoed dat de geheime dienst van het Verenigd Koninkrijk hem heeft vermoord. In 1967 werd in het Verenigd Koninkrijk de strafbaarheid van homoseksueel gedrag afgeschaft. In 2013 kreeg Alan Turing van de overheid postuum eerherstel. In 2017 werd in het Verenigd Koninkrijk de Alan Turing Law ingevoerd die een generaal pardon inhield voor alle tot 1967 veroordeelde homo's. Het generaal pardon betreft 49.000 personen.

Zie: https://en.wikipedia.org/wiki/Alan_Turing_law#:~:text=The%20%22Alan%20Turing%20law%22%20is,legislation%20that%20outlawed%20homosexual%20acts.

²⁹ Pasman, E., Kafka in de rechtsstaat. De gevolgen van een leesfout: de toeslagenaffaire ontleed, Prometheus, Amsterdam, 2021, 55

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

burger in een strafzaak tegen hem/haar is uitstekend op de volgende simpele wijze geregeld in artikel 41, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering (Sv):

“Indien de voorzitter van het gerecht van oordeel is dat aan een verdachte die zich in vrijheid bevindt en die geen raadsman heeft, in het belang van zijn verdediging rechtsbijstand moet worden verleend nadat de zaak op de terechtzitting aanhangig is gemaakt, geeft hij last aan het bestuur van de raad voor rechtsbijstand om een raadsman aan te wijzen.”

Vergelijkbare bepalingen als artikel 41, tweede lid, Sv. staan ook in bijvoorbeeld:

- artikel 1:7 van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg en;
- de artikelen 38 en 56d van de Wet zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten.

Aangezien de rechter een advocaat toevoegt aan de verdachte, is het aan de toegevoegde advocaat om het nodige juridische tegengas te geven richting de overheid. Mijn tweede aanbeveling aan de Commissie Rechtsstaat is dan ook de volgende:

- adviseer aan de wetgever om in de Algemene wet bestuursrecht en in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering op te nemen dat in een zaak burger-overheid er een (voor)onderzoeksrechter komt met vergaande bevoegdheden alvorens de zaak al dan niet wordt doorgezet naar de hoorzitting voor een inhoudelijke behandeling.



De mogelijke vergaande bevoegdheden voor de (voor)onderzoeksrechter werk ik nader uit in aanbeveling zes.

13. Aanbeveling vier: aanpassingen in de Wet op de rechtsbijstand (WRB) en de relatie met het visiedocument “Visie op het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand”

In de huidige WRB wordt geen onderscheid gemaakt tussen verschillende normbedragen voor inkomen en vermogen in zaken burger-overheid en burger-burger. Mijn derde aanbeveling aan de Commissie Rechtsstaat is drieledig:

1. adviseer aan de wetgever om in de WRB nog eens kritisch na te denken over het eventueel verhogen van de verschillende normbedragen voor inkomen en vermogen in zaken burger-overheid, opdat er een kleinere middengroep ontstaat die nu tussen wal en schip valt;
2. adviseer aan de wetgever om in de WRB een hardheidsclausule op te nemen in die zin dat in zeer bijzondere omstandigheden in zaken burger-overheid altijd een advocaat dient te worden toegevoegd zonder dat de burger een eigen bijdrage verschuldigd is = eigen bijdrage is € 0,00. Dit past volgens mij uitstekend bij de in het leven geroepen Herstelregeling kinderopvangtoeslag voor toeslagouders in de versterking van hun rechtsbescherming tegen de belastingdienst en bij versterking van hun rechtsbescherming in verband met uithuisplaatsingen;
3. adviseer aan de wetgever om een uitgebreid vervolgonderzoek in te stellen of de punten 1 en 2 en/of (een deel van) mijn andere aanbevelingen ook geheel of gedeeltelijk van toepassing zouden moeten zijn in (bepaalde) zaken in de relatie burger-burger. Een uitgebreid vervolgonderzoek daarover sluit mijns inziens aanstekend aan bij het op 19 mei 2022 aan de Minister van Justitie aangeboden visiedocument “Visie op het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand” van de Orde van Advocaten, van de Mediatorsfederatie Nederland en van de Raad voor

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Rechtsbijstand zelf³⁰. Een uitgebreid vervolgonderzoek in nauwe relatie tot het visiedocument zie ik als het begin van een nieuw sociaal contract tussen burgers onderling zoals ik beschreven heb in mijn mijn publicatie “Een werkelijkheid van (sociale) systemen: filosofie en de polyvagaaltheorie” hoofdstuk 14.

14. Aanbeveling vijf: anders omgaan met de verschuldigde eigen bijdrage rechtsbijstand en de betaling van griffierechten door de armen

Het afvoerputje van de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid en tegen andere burgers is de sociale dienst. Voor zowel de door de Raad voor Rechtsbijstand vastgestelde eigen bijdrage advocaatkosten als voor verschuldigd griffierecht kan bijzondere bijstand bij de gemeente worden aangevraagd.

Het door mij hierboven genoemde afvoerputje leidt soms tot Kafka-situaties. Een aanvraag bijzondere bijstand voor de eigen bijdrage advocaatkosten/betaling griffierecht wordt afgewezen, de burger gaat tegen die afwijzing in bezwaar en beroep tot zelfs soms de CRvB³¹ en vraagt voor die bezwaar en beroepsprocedures weer een toegevoegde advocaat aan etc. etc.

Een andere Kafka-situatie is de volgende:

1. De griffier stuurt naar de toegevoegde advocaat de nota griffierecht;
2. De toegevoegd advocaat stuurt de nota griffierecht door naar de uitkeringsgerechtigde;
3. De uitkeringsgerechtigde vraagt bijzondere bijstand aan voor betaling van de nota griffierecht;
4. De sociale dienst verstrekt aan de uitkeringsgerechtigde bijzondere bijstand voor betaling van de nota griffierecht;
5. De uitkeringsgerechtigde voldoet na ontvangst van de bijzondere bijstand de nota griffierecht

Om aan bovenstaande Kafka-situaties rondom de bijzondere bijstand een einde te maken, is mijn vijfde aanbeveling aan de Commissie Rechtsstaat de volgende:

1. adviseer aan de wetgever om in de Participatiewet uitdrukkelijk op te nemen dat er geen bijzondere bijstand mogelijk is voor de verschuldigde eigen bijdrage advocaatkosten en voor verschuldigd griffierecht;
2. adviseer aan de wetgever dat in de WRB wordt vastgelegd dat de eigen bijdrage rechtsbijstand bij een inkomen op bijstandsniveau € 0,00 bedraagt en hoger wordt bij een hoger inkomen;
3. adviseer aan de wetgever dat de hoogte van het verschuldigde griffierecht in de wet wordt vastgesteld op een lager bedrag als het inkomen en/of vermogen laag is. Uitgangspunt is dat een inkomen op bijstandsniveau inhoudt dat het verschuldigde griffierecht € 0,00 bedraagt.

³⁰ <https://www.advocatenorde.nl/nieuws/visie-op-stelsel-gesubsidieerde-rechtsbijstand-uitgebracht>

³¹ In bijvoorbeeld CRvB 15 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4343 is tot de hoogste instantie doorgeprocedeerd over afgewezen bijzondere bijstand voor de verschuldigde eigen bijdrage rechtsbijstand en verschuldigd griffierecht.

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

15. Aanbeveling zes: Diverse bevoegdheden voor de (voor)onderzoeksrechter

Voor de (voor)onderzoeksrechter zie ik bevoegdheden weggelegd die naadloos aansluiten op aanbevelingen uit het Reflectierapport “Recht vinden bij de rechtbank” van 8 oktober 2021³² en op aanbevelingen uit het Factsheet Parlement en Wetenschap uithuisplaatsingen van 9 februari 2022³³. Per aanbeveling geef ik de relatie met het EVRM aan.

De (voor)onderzoeksrechter krijgt wat mij betreft minstens de volgende zeker niet uitputtende nader in de wet te regelen bevoegdheden:

Aanbeveling 6A: een toe te voegen advocaat

- Reflectierapport, 63: Veel ouders procedeerden zelf en lieten zich niet bijstaan door een advocaat of andere gemachtigde (...). Een toegevoegde advocaat konden zij niet krijgen (...). Uit ons onderzoek blijkt dat rechters het ontbreken van rechtsbijstand als een tekort hebben ervaren voor een goede procesvoering (...). Wij sluiten niet uit dat meer rechtsbijstand zou hebben geleid tot het eerder zichtbaar worden van de grote problemen bij de uitvoering van de kinderopvangtoeslag en procedures waarbij meer juridische argumenten in stelling waren gebracht.
- Factsheet, 3: Besteed meer aandacht aan de rechtsbescherming van kinderen en ouders bij een uithuisplaatsing.
- Factsheet, 3: Besteed aandacht aan het faciliteren van juridische ondersteuning van minderjarigen en hun ouders bij uithuisplaatsingen.
- Factsheet, 10: Ook wordt aandacht gevraagd voor de procespositie van ouders die zich in de procedure vaak alleen tegenover de overheid voelen staan. Gelet op het beginsel van equality of arms wordt bepleit dat ouders meer ondersteuning zouden moeten hebben tegenover de voor hen machtige uitvoeringsorganisaties (Raad voor de Kinderbescherming en gecertificeerde instelling)
- Factsheet, 15: Ten aanzien van de procespositie van minderjarigen wordt in de wetenschappelijke literatuur aandacht gevraagd voor de noodzaak tot separate vertegenwoordiging van de minderjarige in de uithuisplaatsingsprocedure. Onder de huidige wetgeving wordt de minderjarige in de procedure over zijn uithuisplaatsing vertegenwoordigd door zijn ouder(s). De belangen van de minderjarige en de ouder in deze procedure komen echter niet volledig overeen, waardoor betwijfeld kan worden of ouders de aangewezen persoon zijn om de minderjarige te vertegenwoordigen in de procedure en of minderjarigen niet beter juridische ondersteuning of een onafhankelijke steunpersoon kunnen hebben.
- Artikel 6 EVRM: er dient in juridische geschillen tussen de burger en de overheid sprake te zijn van equality of arms.

Aanbeveling 6A:

1. De (voor)onderzoeksrechter kan bepalen dat er een advocaat dient te worden toegevoegd aan een burger die zonder rechtsbijstand procedeeert in bestuursrechtelijke en in civiele zaken tegen de overheid. In het strafrecht is dit al geregeld in artikel 41, tweede lid, Sv. Als de (voor)onderzoeksrechter dat noodzakelijk acht, legt hij/zij de aangespannen procedure even stil en geeft hij/zij last aan het bestuur van de raad voor rechtsbijstand om een raadsman aan te wijzen. Als de toegevoegde advocaat rond is, wordt de procedure weer vervolgd.
2. De (voor)onderzoeksrechter is de enige beroepsinstantie tegen besluiten van de Raad voor Rechtsbijstand. Net zoals bij de bijzondere bijstand, is er nu soms de Kafka-situatie dat er over het niet krijgen van een toegevoegde advocaat wordt

³² <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/PublishingImages/WRT%20rapport%20Recht%20vinden%20bij%20de%20rechtbank%20DEF%20051021.pdf>

³³ <https://www.universiteitleiden.nl/nieuws/2022/05/factsheet-uithuisplaatsingen-kinderen-opgesteld>

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

doorgeprocedeerd tot aan de ABRvS³⁴. Als de (voor)onderzoeksrechter toch al bevoegd is om een toegevoegd advocaat te regelen, dan wordt gelijk een einde gemaakt aan deze tweede Kafka-situatie.

Aanbeveling 6B: Extra bevoegdheden voor de (voor)onderzoeksrechter in zaken van kindbescherming

- Factsheet, 7: Gezien de enorme impact van een uithuisplaatsing op het leven van zowel ouders als kinderen, de negatieve effecten die uithuisplaatsing ook kan hebben, en de problemen in de uitvoeringspraktijk, is het van uiterst belang dat dergelijke beslissingen weloverwogen worden genomen met daarbij het belang van het kind als uitgangspunt.
- Factsheet, 9: Op een aantal punten lijkt de uitvoeringspraktijk zich aan het zicht van de kinderrechter te onttrekken.
- Factsheet, 10: Ook wordt aandacht gevraagd voor de procespositie van ouders die zich in de procedure vaak alleen tegenover de overheid voelen staan. Gelet op het beginsel van equality of arms wordt bepleit dat ouders meer ondersteuning zouden moeten hebben tegenover de voor hen machtige uitvoeringsorganisaties (Raad voor de Kinderbescherming en gecertificeerde instelling)
- Artikel 8 EVRM: family-life en psychologische en fysieke/lichamelijke integriteit van ouder en kind

Op grond van aanbeveling 6A kan al aan ouders en aan een minderjarige kind een advocaat worden toegevoegd. Toch lijkt mij de volgende aanvullende aanbeveling dringend noodzakelijk. Daarom aanbeveling 6B:

- De (voor)onderzoeksrechter krijgt bevoegdheden zoals een rechter-commissaris en een Officier van Justitie in het strafrecht. Een ouder en kind kunnen de (voor)onderzoeksrechter laagdrempelig benaderen. De (voor)onderzoeksrechter kan op verzoek of ambtshalve onderzoek verrichten. Als daartoe aanleiding is, kan de (voor)onderzoeksrechter een zaak op hoorzitting van de kinderrechter brengen waarbij de kinderrechter dan kan besluiten over bijvoorbeeld het terugdraaien van een uithuisplaatsing.

Aanbeveling 6C: de stadsmarinier binnen de rechterlijke macht

- Reflectierapport, 61: Juridische medewerkers spelen een belangrijke rol bij de signalering in een zaak. Het is goed als rechters juridisch medewerkers stimuleren en ruimte geven om hun visie op de zaak te geven en om zich uit te spreken als zij vinden dat een besluit voor de rechtszoekende onevenredig uitpakt. Juridisch medewerkers moeten (zich) durven uitspreken als een zaak bij hen een ongemakkelijk gevoel oproept en daaraan in hun instructie uitdrukkelijk aandacht geven.
- Reflectierapport, 62: Rechters behandelen het overgrote deel van zaken enkelvoudig en daardoor vindt kritische reflectie en uitwisseling van ideeën tussen rechters over concrete zaken beperkt plaats. Er is veel ruimte om van elkaar te leren die onbenut blijven. Rechters zouden meer het gesprek met elkaar moeten aangaan over hun dagelijkse werk, hun uitspraken en dilemma's in lopende "niet-pluis-zaken"
- Artikel 6 EVRM: "equality of arms" en het uitgangspunt van het EHRM dat de burger in Straatsburg alleen procedeert tegen Nederland als verdragspartij en dat alle gedragingen van de diverse overheids- en rechterlijke instanties in Straatsburg worden toegerekend aan Nederland als verdragspartij bij het EVRM (zie paragraaf 9: Het EVRM en de equality of arms)

³⁴ In bijvoorbeeld ABRvS 11 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1243 werd tot aan de hoogste bestuursrechter doorgeprocedeerd over een door de Raad voor Rechtsbijstand geweigerd toevoeging.

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Aanbeveling 6C:

- Richt de administratie van de rechterlijke macht zo in dat makkelijk te achterhalen is of er bij een toeslagouder meer rechtszaken zijn waar dan ook binnen de hele rechterlijke organisatie in Nederland. Koppel aan iedere toeslagouder één vast koppel juridisch medewerker/ (voor)onderzoeksrechter die als een stadsmarinier (op de achtergrond) de regie houden over alle lopende rechtszaken. Bevoegdheden van de juridisch medewerker-(voor)onderzoeksrechter-stadsmariniers kunnen zijn:
 - de toeslagouder dient in iedere procedure tegen de overheid griffierecht betalen en eventueel een eigen bijdrage rechtsbijstand. De (voor)onderzoeksrechter bepaalt dat er geen cumulatie van te betalen griffierechten en eigen bijdrage rechtsbijstand mag plaatsvinden;
 - in de diverse juridische procedures die de toeslagouder tegen de overheid heeft lopen, wordt bij voorkeur dezelfde advocaat toegevoegd;
 - ambtshalve kan de schuldenfunctionaris van de rechtbank worden ingeseind³⁵
 - (...)

Aanbeveling 6D: welke rechter is bevoegd?

Er zijn geschillen met de overheid waarin het op voorhand onduidelijk is wie de bevoegde rechter is: de burgerlijke rechter of de bestuursrechter? Twee voorbeelden:

- In de zaak van de ontslagen IJsselsteinse ambtenaar oordeelde de civiele rechter in rechtbank Midden-Nederland van 22 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5570 dat de gemeente IJsselstein haar vordering op de ontslagen IJsselsteinse ambtenaar had dienen te verhalen via een schadeclaim op grond van het toen nog geldende bestuursrechtelijke ambtenarenrecht³⁶:
- Een strandtenthouder die schade claimde van de gemeente, was van mening dat de schade via het bestuursrecht verhaald diende te worden. In Rechtbank Haarlem van 9 november 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY5385, oordeelde de bestuursrechter dat de schadeclaim toch thuishoorde bij de burgerlijke rechter³⁷.

³⁵ <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Rechtbanken-gaan-mensen-met-schulden-doorverwijzen-naar-hulpverlening.aspx>.

³⁶ De overwegingen rechtbank Midden-Nederland van 22 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5570: "2.10. De rechtbank is gezien het voorgaande van oordeel dat de CAR/UWO een exclusieve publiekrechtelijke regeling betreft.

2.11 Dit brengt mee dat wanneer de CAR/UWO een regeling biedt voor een bepaalde aangelegenheid, van die regeling gebruik dient te worden gemaakt. Er mag dan geen gebruik worden gemaakt van andere wettelijke regelingen, zoals het privaatrecht. Er is dan ook sprake van een impliciet verbod om gebruik te maken van een andere (wettelijke) regeling dan die daarvoor in de CAR/UWO is neergelegd. Dit klemmt in dit geval des te meer nu uit de stellingen van de gemeente volgt dat, althans volgens haar, de mogelijkheden om schade op een ambtenaar te verhalen via het privaatrecht ruimer zijn dan via het bestuursrecht.

2.12. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de gemeente de door haar gestelde schade niet door gebruikmaking van het privaatrecht op [gedaagde] mag verhalen. Zij zal daarvoor de publiekrechtelijke weg, zoals neergelegd in artikel 15:1:12 van de CAR/UWO dienen te bewandelen. Aan de beantwoording van de vraag of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising, en de in dat kader te maken belangenafweging, wordt daarom, anders dan in het tussenvonnissen door de rechtbank is overwogen, niet meer toegekomen."

³⁷ De overwegingen rechtbank Haarlem van 9 november 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY5385: 7. Samengevat komt het betoog van eiseres erop neer dat zij de gestelde schade het gevolg acht van enerzijds uitlatingen van een gemeenteambtenaar en anderzijds het handelen van verkeersregelaars en beveiligers op de dag van het evenement. De rechtbank is van oordeel dat in beide gevallen sprake is van feitelijk handelen, en niet van schade die is ontstaan in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding. Het betoog van eiseres dat de schade heeft kunnen ontstaan door verlening van de evenementenvergunning door verweerder, doet daar niet aan af. Gelet op de in de rechtsoverwegingen 3 en 4 aangehaalde jurisprudentie is niet

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

- Artikel 6 EVRM: rechtszaken mogen niet onnodig lang duren en dienen binnen een “redelijke termijn” te zijn afgerond

Hoewel beide uitspraken van de rechtbanken juridisch-dogmatisch kloppen, trekt de burger in beide voorbeelden aan het kortste eind. De burger blijft langere tijd in onzekerheid verkeren over de uiteindelijke afloop van de juridische procedure met de overheid. Om dit langer in onzekerheid verkeren voor de burger te voorkomen, doe ik de volgende aanbeveling 6D:

- De (voor)onderzoeksrechter bepaalt, na zowel de burger als de overheid (fysiek) te hebben gehoord, welke vervolgrichting de aanhangige procedure gaat hebben: de burgerlijke rechter of de bestuursrechter.

16. Aanbeveling zeven: hoe om te gaan met een vaste lijn in de jurisprudentie van de hogere rechter

Reflectierapport, 60: De bestuursrechter is niet gebonden aan de jurisprudentie van de hoger-beroepsrechter en moet zich vrij voelen om af te wijken van een vaste lijn als de zaak daarom vraagt en het wettelijk kader daarvoor aanknopingspunt biedt.

Het EHRM heeft in haar rechtspraak met betrekking tot artikel 6 van het EVRM vastgelegd dat een juridische procedure vanaf de start bij de rechter in eerste aanleg tot de dag van uitspraak door de hoogste rechter binnen een redelijke termijn dient te geschieden. De criteria waar het EHRM aan toetst³⁸ zijn de volgende (de onderstreping is van mij): *“The reasonableness of the length of proceedings coming within the scope of Article 6 par. 1 (art. 6-1) must be assessed in each case according to the particular circumstances. In respect of criminal matters, the Court has for this purpose had regard, inter alia, to the complexity of the case and to the conduct of both the applicant and the competent authorities (...). The Court has taken account of the same criteria, as well as the defendant’s behaviour and what is at stake in the litigation for the plaintiff, in cases concerning proceedings brought before administrative courts in connection with civil rights (mij: in zowel civiele als in bestuursrechtelijke geschillen) It considers that it should adopt a similar approach in the present case. The Court would add that only delays attributable to the State may justify its finding, in appropriate instances, a failure to comply with the requirements of “reasonable time”. The Government have drawn attention to the uncontested fact that as the result of an economic recession there was a significant increase in the volume of litigation in the field of employment, resulting in an abnormally heavy burden of business before the courts, including the Hamburg courts. The Court points out that the Convention places a duty on the Contracting States to organise their legal systems so as to allow the courts to comply with the requirements of Article 6 par. 1 (art. 6-1), including that of trial within a “reasonable time”. Nonetheless, a temporary backlog of business does not involve liability on the part of the Contracting States provided they have taken reasonably prompt remedial action to deal with an exceptional situation of this kind. Accordingly, the Court must examine, on the basis of the criteria and factors set out above, the course of the proceedings before each of the three courts which were in turn called on to deal with the case.”*

Als een belastingplichtige in hoger beroep gaat, zoals in het geval in Hof Leeuwarden-Arnhem van 25 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:488, dan is het de eigen verantwoordelijkheid van de belastingplichtige dat de hele procedure langer duurt. Als het

de bestuursrechter, maar de burgerlijke rechter bevoegd kennis te nemen van het verzoek om schadevergoeding, nu het in het onderhavige geval gaat om schade als gevolg van feitelijk handelen. Verweerder heeft eiseres derhalve ten onrechte in haar bezwaar ontvangen.

³⁸ Overwegingen 49 tot en met 52 in CASE OF BUCHHOLZ v. GERMANY, 7759/77, van 6 mei 1981.

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

initiatief om in hoger beroep te gaan echter bij de belastingdienst ligt, dan doet zich de volgende situatie voor:

1. de belastingdienst is ervoor verantwoordelijk dat de hele procedure langer duurt;
2. de belastingdienst zorgt ervoor dat de belastingplichtige tegen diens zin nog (jaren)lang door moet procederen tegen een procespartij die ook veel machtiger is dan de belastingplichtige. Dit heeft geen positief effect op de psychologische en fysieke/lichamelijke integriteit van de belastingplichtige;
3. waarom wil de belastingdienst eigenlijk zo graag haar gelijk in hoger beroep halen ten koste van de belastingplichtige van wie de rechtbank de rechten en plichten van de belastingdienst al heeft vastgesteld? Een vaststelling door de rechtbank waarin de belastingplichtige heeft berust;
4. In het civiel recht speelt de problematiek onder drie ook. De Staat der Nederlanden is een machtige organisatie met een rijksadvocaat en een landsadvocaat om de Staat der Nederlanden bij te staan in procedures tegen de burger. Door de Staat der Nederlanden kan er worden doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad om daar het gelijk van de Staat der Nederlanden te halen ten koste van de burger. Een overduidelijk voorbeeld van een zeer overrijverige Staat der Nederlanden is HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2789: De kantonrechter had bepaald dat de eigenaar van een bedrijfspand recht had op een schadevergoeding van € 6.537,60 te betalen door de Staat der Nederlanden. De Staat der Nederlanden stelde tegen de uitspraak van de kantonrechter hoger beroep in bij het gerechtshof, kreeg daar ongelijk en stelde vervolgens cassatie bij de Hoge Raad in. Gelukkig voor de eigenaar van het bedrijfspand werd het hoger beroep van de Staat der Nederlanden in cassatie afgewezen;
5. de belastingdienst en de Staat der Nederlanden hadden er ook voor kunnen kiezen om de belastingplichtige/de eigenaar van het bedrijfspand te ontzien en om af te zien van het instellen van hoger beroep/beroep in cassatie. Om een eventuele nieuwe jurisprudentielijn mogelijk te maken, had de belastingdienst/Staat der Nederlanden aan de PG-HR kunnen verzoeken om een vordering tot cassatie in het belang der wet bij de HR in te stellen. De HR had dan in een principiële uitspraak een (nieuwe) jurisprudentielijn kunnen vaststellen zonder dat die rechtsgevolgen heeft voor de belastingplichtige die berustte in de uitspraak van de rechtbank/voor de eigenaar van het bedrijfspand die berustte in de uitspraak van de kantonrechter en in de uitspraak van het gerechtshof.

Een systeemtheoretische benadering van de toelagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet en de rechtsgevolgen voor partijen staan als volgt omschreven op de website van de Hoge Raad:

Home → Over ons → Bijzondere taken Hoge Raad en Procureur-Generaal → Cassatie in het belang der wet

Cassatie in het belang der wet

Een vordering tot cassatie in het belang der wet is een buitengewoon rechtsmiddel. Het is een instrument in handen van de procureur-generaal bij de Hoge Raad om een beslissing van de Hoge Raad te verkrijgen over een rechtsvraag die in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling moet worden beantwoord en die niet of niet tijdig via een gewoon cassatieberoep aan de Hoge Raad kan worden voorgelegd.

Het kan voorkomen dat lagere rechters over een bepaald juridisch onderwerp verschillend denken. Er treedt dan 'rechtsongelijkheid' op: verschillende rechters wijzen over een vergelijkbaar juridisch onderwerp verschillende vonnissen. Zo'n kwestie wordt niet altijd langs de normale weg aan de Hoge Raad voorgelegd. Het kan namelijk voorkomen dat de partijen in die zaken niet doorprocederen en dus geen cassatieberoep bij de Hoge Raad instellen of dat cassatieberoep niet openstaat.

Cassatie in het belang der wet heeft geen rechtsgevolgen voor de betrokken partijen. De beslissing van de Hoge Raad is in deze gevallen alleen bedoeld om duidelijkheid te geven met het oog op andere gevallen.

”

Hier wordt heel duidelijk dat het belang van cassatierechtspraak niet alleen te vinden is in de juiste toepassing van het recht in de gegeven zaak, maar ook in het geven van juridische oordelen met het oog op andere zaken, waarbij het ook mogelijk is dat nieuw recht wordt gevormd (rechtsontwikkeling).

Vordering tot cassatie in het belang der wet instellen

Gemotiveerde verzoeken tot het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet kunnen bij de procureur-generaal worden ingediend door een ondertekende en ingescande brief te e-mailen naar: PG@hogeraad.nl met onderwerp vermelding: "CW-verzoek". Het is ook mogelijk een brief per gewone post te sturen of te faxen. [Zie hier de contactgegevens](#)

Vereist is dat het verzoek betrekking heeft op een onherroepelijke uitspraak (zie art. 78 lid 7 Wet op de Rechterlijke Organisatie) waarin een rechtsvraag aan de orde is waarvan de beantwoording uit een oogpunt van rechtseenheid of van rechtsontwikkeling wenselijk is.

Verzoeken die betrekking hebben op civielrechtelijke uitspraken kunnen worden ingediend bij de Commissie cassatie in het belang der wet.

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Mijn aanbeveling aan de rechters die oordelen in hoger beroep (in cassatie) = CRvB, ABRvS en de hoven en de Hoge Raad in belastingzaken en in civiele zaken is om, gelet op bovenstaande, de volgende twee dingen te doen:

1. ontwikkel een jurisprudentielijn dat als de overheid hoger beroep (in cassatie) instelt in zaken waar het alleen gaat om individuele belangen³⁹, dit hoger beroep niet-ontvankelijk is op grond van de rechtstreekse werking van de artikelen 6 en 8 van het EVRM. De rechter in eerste/tweede aanleg kan dan vrijelijk het maatwerk leveren dat de rechter in eerste/tweede aanleg noodzakelijk acht. De rechter in eerste/tweede aanleg weet dan namelijk dat hoger beroep (in cassatie) tegen zijn/haar uitspraak ingesteld door de overheid niet mogelijk is;
2. in Hof Leeuwarden-Arnhem van 25 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:488, is het betreffende echtpaar in hoger beroep gegaan om hun recht te krijgen. Hun recht hebben ze gekregen, echter wel tegen betaling van een hoge persoonlijk prijs: één van de echtelieden is onder medische behandeling voor burn-outverschijnselen. Voor dit soort op de burger grote impact hebbende zaken lijkt het mij gerechtvaardigd dat er op grond van de rechtstreekse werking van de artikelen 6 en 8 van het EVRM een jurisprudentielijn wordt ontwikkeld die inhoudt *“toekenning van een naar redelijkheid en billijkheid vast te stellen immateriële schadevergoeding te betalen door een overijverige overheid”*.

In de gevallen dat er door de overheid hoger beroep wordt ingesteld bij de CRvB en bij de ABRvS en het hoger beroep is niet-ontvankelijk, dan bestaat er in de huidige wetgeving voor de overheid niet de mogelijkheid om aan de PG-HR te verzoeken om een vordering tot cassatie in het belang der wet bij de HR in te stellen. Hier kan op drie manieren mee worden omgegaan, namelijk:

1. de huidige wetgeving laten zoals die is of;
2. de CRvB en de ABRvS gaan op in de Gerechtshoven of;
3. de CRvB en de ABRvS blijven bestaan, maar in de wet wordt opgenomen dat de overheid aan de PG-HR kan verzoeken om een vordering tot cassatie in het belang der wet bij de HR in te stellen.

In verband met mijn “aanbeveling 6C: de (voor)onderzoeksrechter als stadsmarinier binnen de rechterlijke macht” weet ik niet welke van de drie opties de wijste is. Over de tweede en derde optie schrijft Ellen Pasman⁴⁰ wel het volgende:

“Direct nadat in “Ongekend onrecht” de ABRvS onder vuur was genomen, pleitten een voormalig president van de HR, oud-rechters uit andere colleges en (oud-)hoogleraren in kranten voor opheffing en afsplitsing van de ABRvS en inlijving bij de gerechtshoven. De hoogste algemene bestuursrechter ondergebracht bij een hof: met “onderbrengen” is onderbrengen in de meest letterlijke en hiërarchische zin bedoeld. Fysiek indelen in een gewoon paleis van justitie onder de Hoge Raad als hoogste rechter.”

en

“Bestuursrechtspraak kan het beste een zelfstandig onderdeel van de rechterlijke macht worden, maar niet als onderdeel van een hof.”

Mijn aanbeveling aan de Commissie Rechtsstaat is de volgende:

3. adviseer aan de wetgever over de CRvB en de ABRvS wat u het meest wijs acht.

³⁹ Rechtszaken met individuele belangen zijn in ieder geval die waarbij het om alleen een individueel financieel belang gaat, zoals belastingzaken, sociale zekerheid, arbeidszaken en schadeclaims. Een grensgeval zijn zaken op grond van de WOO: de burger heeft weliswaar een individueel belang om de gevraagde documenten te krijgen, maar er is wel een algemeen belang voor openbaarheid of juist geen openbaarheid van de gevraagde documenten.

⁴⁰ Pasman, E., Kafka in de rechtsstaat. De gevolgen van een leesfout: de toeslagenaffaire ontleed, Prometheus, Amsterdam, 2021, 24 en 186

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

17. Aanbeveling acht: op grond van inzichten uit de systeemtheorie en uit de toeslagenaffaire gaan voor een nieuw artikel één van de Grondwet

Artikel 1 van onze Grondwet bepaalt dat allen die zich in Nederland bevinden, in gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.

Naar mijn mening dient het eerste artikel van een Grondwet "HET ARTIKEL" te zijn waar iedereen zich in kan vinden en dat nooit enig onderwerp van discussie zou moeten kunnen zijn. Artikel 1 van de Nederlandse Grondwet is echter wel degelijk onderwerp van discussie.

In hoofdstuk 8 van mijn publicatie "Een werkelijkheid van (sociale) systemen: filosofie en de polyvagaaltheorie" heb ik een toelichting gegeven op wat simpele, gecompliceerde en complexe (sociale) systemen zijn. Vanuit systeemtheoretisch perspectief is de eerste zin van artikel 1 van de Grondwet uitstekend toepasbaar in een simpel sociaal systeem van apartheid:



De blanke gevallen worden gelijk behandeld, namelijk: u neemt de trap rechts. De niet-blanke gevallen worden ook gelijk behandeld: u neemt de trap links. Gelukkig verhindert de tweede zin in artikel 1 van de Grondwet een rechtsregime van apartheid: er wordt in een simpel sociaal systeem van apartheid gediscrimineerd op grond van huidskleur/ras en de tweede zin van artikel 1 van de Grondwet staat dat niet toe.

Drie andere gevallen waarin het gelijkheidsbeginsel als eerste artikel van de Grondwet onderwerp van discussie is, is hoe het College voor de Rechten van de Mens⁴¹ (hierna: CRM) in de volgende sociale systemen het gelijkheidsbeginsel beoordeelt:

1. Het CRM nuanceert voor complexere sociale systemen het gelijkheidsbeginsel in het maken van direct en/of indirect onderscheid. Het CRM toetst dan of er een objectieve rechtvaardiging is voor het gemaakte onderscheid;
2. Onder omstandigheden gaat het CRM in complexere sociale systemen akkoord met een voorkeursbeleid voor bepaalde personen;
3. Het CRM gaat terecht zeer behoedzaam om met oordelen over het al dan niet geschonden zijn van het gelijkheidsbeginsel in complexe sociale systemen van organisaties en scholen met een godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag. Het gaat hier dan om een mogelijke "botsing" van het gelijkheidsbeginsel met de vrijheid van godsdienst/meningsuiting.

⁴¹ <https://www.mensenrechten.nl/mensenrechten-voor-jou/discriminatie-en-gelijke-behandeling>.

Een systeemtheoretische benadering van de toeslagenaffaire en van het EVRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

Uit onderstaand citaat uit de factsheet, 6, blijkt uit de door mij onderstreepte passages dat een familie **alle** kenmerken heeft van een complex sociaal systeem:

“Gezien de enorme impact van een uithuisplaatsing op het leven van zowel ouders als kinderen, de negatieve effecten die uithuisplaatsing ook kan hebben, en de problemen in de uitvoeringspraktijk, is het van uiterst belang dat dergelijke beslissingen weloverwogen worden genomen met daarbij het belang van het kind als uitgangspunt. Wetenschappelijk onderzoek laat zien dat het nemen van uithuisplaatsingsbeslissingen zeer ingewikkeld is. De problematiek in gezinnen waarbij uithuisplaatsing wordt overwogen is vaak zeer complex en het is moeilijk te voorspellen hoe de problemen binnen een gezin zich verder zullen ontwikkelen. Uithuisplaatsingsbeslissingen worden dan ook altijd binnen een bepaalde marge van onzekerheid genomen. Het is van groot belang die marge zo klein mogelijk te laten zijn. Diverse wetenschappelijke studies laten zien dat er vaak weinig overeenstemming bestaat tussen professionals over uithuisplaatsingsbeslissingen. Belangrijk om te noemen is dat de onzekerheid waarbinnen deze beslissingen worden genomen nooit volledig tot nul te reduceren zal zijn. Uit onderzoek blijkt echter dat een aantal onwenselijke vormen van bias een rol spelen in uithuisplaatsingsbeslissingen. Samengevat weten we dat de volgende aspecten, naast de ernst van de situatie, van invloed zijn op besluitvorming: externe factoren, zoals de politieke context en maatschappelijke normen en waarden rondom uithuisplaatsing en individuele eigenschappen van de professionals die de beslissing nemen of advies daarover uitbrengen, zoals hun persoonlijke opvattingen over uithuisplaatsing.”

Bij complexe sociale systemen zijn er zoveel factoren van invloed dat ik eigenlijk niet kan bepalen of het gelijkheidsbeginsel wel of niet is geschonden als het ene kind uit familie A wel uit huis wordt geplaatst en een ander kind uit familie B niet. Zoals veel schrijvers die ik heb gelezen ook aangeven, zeker de sociale werkelijkheid is er één van (zeer) complexe aard die moeilijk met wiskunde is te beschrijven, laat staan te verklaren of te voorspellen.

Wat de toeslagenaffaire ons heeft geleerd is wat we moeten beschermen, namelijk het sociale systeem van de familie en de psychologische en fysieke/lichamelijke integriteit van ouder en kind. Een dergelijke taak voor de overheid staat omschreven in artikel één van de Duitse Grondwet:

“Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

Vertaald:

“De menselijke waardigheid is onschendbaar. Ze respecteren en beschermen is de plicht van alle staatsmachten.”

Mijn aanbeveling aan de Commissie Rechtsstaat is de volgende:

4. adviseer aan de wetgever om artikel één van de Grondwet te wijzigen naar Duits voorbeeld en om het huidige artikel één van de Grondwet een andere plaats in de opsomming van grondrechten in de Grondwet te geven.

18. Ter afsluiting

“De rechter zou de actieve werkwijze weer ter hand moeten nemen bij de uitvoering van zijn taak, en niet op voorhand van de rechtmatigheid van handelen van de overheid overtuigd moeten zijn, maar dat uitgangspunt steeds op zijn waarheidsgehalte moeten toetsen. Nog is niet alles verloren Als die omslag daadwerkelijk plaatsvindt, dat zal het vertrouwen in de rechtspraak en in de overheid kunnen herstellen. Dan is het werk van Kafka weer literatuur.”
Ellen Pasman⁴²

⁴² Pasman, E., Kafka in de rechtsstaat. De gevolgen van een leesfout: de toeslagenaffaire ontleed, Prometheus, Amsterdam, 2021, 55

Een systeemtheoretische benadering van de toelagenaffaire en van het ECRM als theoretische grondslag onder een nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid

In deze publicatie heb ik een aantal aanbevelingen op hoofdlijnen op papier gezet voor een heel nieuw procesrecht in de relatie burger-overheid met een zeer actieve rol weggelegd voor de rechter. Ongetwijfeld zullen er nog vele andere schrijvers hun input gaan leveren aan de Commissie Rechtsstaat. Het is nu aan de Commissie Rechtsstaat om alle input te verzamelen en om aan de wetgever wijze aanbevelingen te gaan doen.

Daarna is de wetgever aan zet: blijft het bij "*politiek geouwehoer waar de burger in zijn rechtsbescherming tegen de overheid niets aan heeft*" of komt er nu ook echt de noodzakelijke omslag waar Pieter Omtzigt, Ellen Pasman en ik voor pleiten? De tijd zal het leren.