

# Autonomie als voorwaarde tot legaliteit

Pauline Westerman

In zijn opstel 'Beginselen van legaliteit' dat in 2003 in *Themis* verscheen<sup>1</sup> en opgenomen werd in de postuum verschenen bundel onder redactie van Hage en Hol,<sup>2</sup> breekt Bob Brouwer een lans voor heldere en scherpe wetgeving die tegemoetkomt aan Fullers acht eisen van deugdelijk recht. Het argument waarop Brouwers pleidooi rust, is Kantiaans: alleen een overheid die de burger tijdig informeert over diens handelingsmogelijkheden betoont respect voor de autonomie van die burger. In een e-mail aan mij lichtte Brouwer deze Kantiaanse veronderstelling destijds nader toe:

'Respect is voor mijn gevoel een deel van waar het om gaat. Stel dat ik geen subsidie krijg voor onderzoek op grond van het gebruik van criteria waar ik van tevoren geen rekening mee heb kunnen houden. Dan ben ik niet alleen in mijn belangen geraakt maar voel ik me ook niet serieus genomen. Ik ben uitgeleverd aan de willekeur van een ander. Stel dat ik de subsidie wel krijg en niet in mijn belangen ben aangetast dan nog steeds is er het feit dat ik ben uitgeleverd aan de willekeur van anderen.'

Goedbeschouwd is deze gedachtegang niet direct evident, misschien zelfs een raadsel. Waarom zou men zich serieuzer genomen voelen als er duidelijke regels zijn dan wanneer dergelijke regels ontbreken? Waarom zouden regels bijdragen tot niet alleen het beschermen van belangen, maar tevens tot het gevoel niet gemanipuleerd te worden? Is dat eigenlijk wel zo? Voelen we ons niet juist door een overmaat van regels bedrukt en bekneld; is de hele roep om deregulering niet eigenlijk een oproep om bevrijd te worden van regels die juist als steeds manipulatiever worden ervaren? Als dat zo is, moeten we toch van goeden huize komen om het omgekeerde te beweren en te roepen dat regels juist autonomie bevorderen in plaats van ondergraven? Hoe kunnen we deze opvatting eigenlijk begrijpen en verdedigen?

## 1 Het nut van dobbelen

Ik denk dat veel afhankelijk is van het soort regels waarmee men van doen krijgt. Ter verduidelijking is het dan goed om Brouwers voorbeeld tot leidraad te nemen en aan NWO te denken, de subsidiegever waarmee wij allen wel eens te maken hebben gehad. Men kan zich voorstellen dat NWO zo vaak ervan beticht wordt een loterij te zijn, dat het zich met dubbele energie gaat inzetten om nu toch eens ernst te maken met Fullers legaliteitseisen. Willekeur moet worden uitgebannen en duidelijke en precieze regels moeten de al te grote discretie van jury's en beoordelaars

1 *RM Themis* 2003/2, p. 64-77.

2 A. Hol & J. Hage, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme. Verspreide opstellen van prof. mr. P.W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 241-267.

Pauline Westerman

beteugelen. Ruim van tevoren wordt aangekondigd dat alleen aanvragers die een certificaat van wetenschappelijke kwaliteit hebben, in aanmerking komen. Dat certificaat is – heel modern – verkrijgbaar bij een private internationale certificeringsinstantie. Daarin zitten tal van experts in kennisontwikkeling. Deze mensen hebben criteria opgesteld die de huidige vage noties als ‘originaliteit’ en ‘innoverend vermogen’ concreetiseren en verduidelijken. De criteria zijn zodanig verfijnd dat discretie door juryleden zo ver als mogelijk wordt ingedamd. Daarnaast zijn tal van commissies van experts bezig geweest met het bepalen van wat eigenlijk het doel, de missie is van NWO. In de *mission statement* van NWO werd weliswaar gewag gemaakt van het bevorderen van ‘een innovatieve kenniseconomie’, maar men is zich gaan afvragen waar dat eigenlijk uit bestaat. Welk soort onderzoek valt eronder en welk niet? De activiteiten van deze studiegroepen hebben geleid tot het opstellen van tal van thema’s waarvan de experts menen dat die onderzocht moeten worden, wil Nederland niet achterblijven op het terrein van kenniseconomische innovaties. Er is nu een grote rechtszekerheid bereikt, maar hebben we nu het gevoel dat we niet gemanipuleerd worden? Dat we gerespecteerd worden als serieuze burgers? Ik denk het niet. Integendeel: velen van ons zullen naar NWO gaan wijzen als een voorbeeld van overmatige bedilzuchtige regelzucht. Hoe komt dat? Door het soort regels dat door deze experts wordt opgesteld. Deze regels zeggen niet wat niet mag, maar specificeren juist wat moet.<sup>3</sup> Ze zijn alleen op te volgen door allerlei kwaliteiten en prestaties aan te tonen. Verder schrijven deze regels ons voor wat verstaan moet worden onder excellent onderzoek, en zij schrijven de thema’s voor die beslist onderzocht moeten worden. Het lijkt, kortom, erg op de situatie die nu al heerst bij NWO. Maar dan nog erger.

Laten we ons nu het omgekeerde voorstellen. Stel dat NWO niet besluit om legaliteitseisen op te schroeven, maar besluit juist ernst te maken van het verwijt een loterij te zijn. Ze besluit de dobbelsteen te hanteren. Voortaan zullen alleen die voorstellen die een 6 gooien gehonoreerd worden. Zullen we hiertegen bezwaar aantekenen? Wellicht zal een levendige discussie in de kranten gaan ontstaan die parallel loopt aan de discussie over loting als middel tot toelating tot het hoger onderwijs. Meritocraten zullen bedroefd zijn, anderen zullen er positief tegenover staan en aanvoeren dat de kwaliteitseisen toch boterzacht zijn, dus dat je net zo goed kan dobbelen. Ondanks deze tegenstellingen zal er echter geen meningsverschil bestaan over de mate waarin de regel ons manipuleert. Iedereen zal het erover eens zijn dat de regel wellicht suboptimaal is omdat ze niet de besten in de prijzen laat vallen, maar de regel beknelt en manipuleert ons niet. Bij een loterij zijn wij vrij om, zolang we aan een aantal minimumkwalificatie-eisen voldoen, het onderzoek te doen dat we willen. Het is een kwestie van geluk of ons daarvoor financiën ter beschikking zijn gesteld.

Het lot biedt ons dus grotere vrijheid dan de regel. In de rechtszekere situatie is onze vrijheid aanzienlijk geslonken. Als ik me ergens speelbal voel, gemanipuleerd en niet serieus genomen, dan is het in NWO-achtige settings. Het gekke is dat dit gevoel

3 Voor een analyse van deze regels, zie P.C. Westerman, *The Emergence of New Types of Norms*, in: Luc J. Wintgens (ed.), *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, Aldershot: Ashgate 2007, p. 117-133.

enigszins onafhankelijk is van de kansen die we hebben op succes. Zelfs daar waar thema's worden voorgeschreven waarmee ik me bezighoud, zelfs daar waar prestatie-indicatoren worden opgesteld waaraan ik voldoe, houd ik er een bitter gevoel aan over. Een succesvolle marionet, maar nog steeds een marionet.

Het lijkt paradoxaal dat we ons minder gemanipuleerd voelen in een loterij dan in een geregelde situatie, maar ik geloof dat die paradox slechts schijn is. De rationale achter de legaliteitseisen zoals die door Fuller zijn opgesteld, is immers Kelsens wijsheid dat naarmate het verbod scherper en duidelijker wordt omschreven, we duidelijker weten waar onze vrijheid begint. Dat wat niet verboden is, dat mag. Maar juist die belofte van vrijheid is afwezig bij het soort regels dat subsidiegevers opstellen. Zij specificeren de resultaten die moeten worden behaald en de prestaties die moeten worden geleverd. Deze prestatie-indicatoren vergroten de vrijheid niet, maar perken deze in, omdat zij als het ware de uitkomst dicteren. Terwijl de dobbelsteenregel typisch een spelregel is die het *spel* mogelijk maakt.

## 2 Democraten en experts

Het verschil tussen dobbelsteenregels en prestatie-indicatoren hangt met een ander belangrijk verschil samen. De verhouding tussen deze regels en de wijze waarop ze tot stand komen, is namelijk een geheel andere. Ik heb de indruk dat het type spelregels als dat van de dobbelsteen precies het soort regels is dat de uitkomst is van een democratisch beslisproces, terwijl de positieve regels van het prestatie-indicator-type typisch het soort regels zijn dat door experts worden opgesteld.<sup>4</sup> Het eerste soort regel, de dobbelsteen, is een vrij precieze afspiegeling van de machtsverhoudingen in de groep die besloten heeft deze regel in te voeren. Als er bijvoorbeeld meer vrouwen in de beslisgroep zitten, dan kunnen we verwachten dat de dobbelsteenregel zo wordt opgesteld dat vrouwen drie keer mogen gooien. De regel is als het ware een gestolde vorm van de machtsverhoudingen. Ik zeg dus niet dat dobbelsteenregels altijd beter zijn, want dobbelsteenregels kunnen zeer onrechtvaardig zijn omdat ze afhankelijk zijn van de machtsverhoudingen in de groep. Wel is het zo dat naarmate meer belangen zijn vertegenwoordigd in de beslisgroep, de resulterende regels aan rechtvaardigheid zullen winnen. Dobbelsteenregels hebben een directe link naar het proces waarin zij tot stand zijn gekomen. Zij zijn typisch het soort regels dat in Rawls-achtige settings tot stand komt. De uitkomst is *fair* naarmate de condities van totstandkoming *fair* zijn.

Dat is heel anders bij de prestatie-indicatoren. Deze komen tot stand door zich af te vragen waar het doel uit bestaat. In dit geval wordt het doel (innoverende kenniseconomie) uitgesplitst en geanalyseerd. Het belangwekkende daarbij is dat bij die analyse de stem van de expert de dominante is. Het is denkbaar dat deze expert tevens degene is die als professional onderworpen is aan de aldus geformuleerde normen en standaarden – zoals bijvoorbeeld aan de universiteiten gebruikelijk is – maar dat is geenszins noodzakelijk en zeker waar het Europese regelgeving betreft,

4 Nadere argumentatie ter staving van deze indruk geef ik in: P.C. Westerman, *From Democracy towards Accountability*, in: E. Kofmel (ed.), *Anti-Democratic Thought*, Exeter: Imprint Academic 2008, p. 125-145.

Pauline Westerman

komen regelgeving, standaardisatie en certificering tot stand in een veelvoud aan commissies die zich vaak aan het publieke oog onttrekken en ook voor de normadressaat ontoegankelijk zijn.<sup>5</sup>

### 3 Reders en piraten

Het verschil tussen dobbelsteenregels en prestatie-indicatoren en de wijze waarop beide soorten regels worden ontwikkeld, behoeft misschien enige verduidelijking en ik kan geen beter voorbeeld verzinnen dan het voorbeeld van Hugo de Groot die, in een geheel ander verband, refereert aan de kleine Hollandse rederijen die zich tot de admiraliteit aaneengesloten hadden om zich zo effectiever te verdedigen tegen piraten.<sup>6</sup> Ze waren niet aan elkaar gelijk, deze rederijen, maar hadden onderling afgesproken dat degene die het meeste risico liep (de meeste schepen zond) het grootste aandeel van de winst zou krijgen. Grotius merkt op dat hoewel de contracterende partijen niet precies aan elkaar gelijk zijn, ze niettemin een redelijke en billijke verdeling hadden gevonden. De constructie was succesvol en groeide uit tot de VOC die zo'n tweehonderd jaar floreerde. De piraten werden verslagen en ook minder nobele doelen werden bereikt.

Waar het mij hierom gaat, is de verdelingsregel die op ieders instemming beruiste. Die verdelingsregel ontleent zijn legitimiteit niet aan het feit dat ze aan Fullers eisen voldeed, maar dat zij het product was van alle contracterende partijen, ondanks het feit dat de machtiger rederijen wel degelijk een grotere vinger in de pap zullen hebben gehad. De verdelingsregel is vergelijkbaar met de dobbelsteenregel. Zij weerspiegelt geen eeuwige rechtvaardigheid. Als de kleine rederijen met elkaar hadden samengespannen, hadden ze misschien niet risico als verdeelsleutel gekozen, maar arbeid, wie weet. Maar het is wel een spelregel die het spelen mogelijk maakt.

Stel nu dat we die rederijen op 21ste-eeuwse wijze hadden georganiseerd, 'gereguleerd' zouden we nu zeggen. Hoe zou zich dat dan hebben afgespeeld? Men zou vooral gefocust hebben op het gemeenschappelijke doel van de onderneming, het bevechten van piraten, het zeventiende-eeuwse equivalent van de innovatieve kenniseconomie. Om die zo efficiënt mogelijk te verslaan, zouden er experts zijn geraadpleegd over hoe dat doel bereikt moet worden. Experts zouden hebben gespecificeerd hoe de boten eruit moesten zien, de maten van het tuigage, de hoeveelheden kanonnen aan boord, de hoeveelheid manschappen, alsmede hun onderlinge taakverdeling, de werkuren, de etenstijden, de kwaliteit van het voedsel alsmede het maximum aantal dagen dat zij in het want mogen verkeren, alles zou berekend en gespecificeerd zijn volgens de geavanceerdste wetenschappelijke normen. De

5 Voor een indrukwekkende analyse van de manier waarop en in welke gremia gesleuteld wordt aan het Europese beleid en de regelgeving inzake arbeidsomstandigheden, zie de uitvoerige analyse van Stijn Smismans, *Law, Legitimacy, and European Governance: Functional Participation and Social Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2004. Zie tevens Rob van Gestel, *Zelfregulering en democratie: koningskoppel of gevecht om de troon?*, in: M. Adams en P. Popelier (red.), *Recht en democratie: de democratische verbeelding in het recht*, Antwerpen: Intersentia 2004.

6 H. Grotius [1625], *The Rights of War and Peace, including the Law of Nature and of Nations*, translated from the Original Latin of Grotius, with Notes and Illustrations from Political and Legal Writers, by A.C. Campbell with an introduction by David J. Hill, New York: M. Walter Dunne 1901, Ch. XII.

machtigste rederij zou hebben uitgevaardigd dat alleen diegenen mee mogen doen die zich een certificaat weten te verwerven bij de Nederlandse accreditatiemaatschappij. De piraten zijn dan ook nooit zo doeltreffend verslagen als in deze 21ste-eeuwse versie van de VOC. Maar hoe hadden de rederijen, zeker de kleinere, zich gevoeld? Als rechtssubject of als speelbal? De vraag stellen, is haar beantwoorden. Van de coördinatie tussen vrije en autonome rechtssubjecten komt in een dergelijke constructie immers weinig terecht.

#### 4 Binnen en buiten

Niet alleen dreigen deze moderne reguleringsinstrumenten de autonomie van partijen te ondergraven; zij stellen ook vast wie rechtssubject mag zijn. In het voorbeeld van Grotius zijn de scheidslijnen gegeven en is er een scherpe markering tussen binnen en buiten. Binnen zitten de contractanten die via zelfgemaakte afspraken onderling regelen hoe ze met elkaar zullen omgaan en aan welke verdeling tussen rechten en plichten en lusten en lasten zij zich zullen onderwerpen. Zij zijn de rechtssubjecten die met elkaar de rechtswerkelijkheid scheppen. Daarbuiten zitten degenen die zich helemaal niet in het normatieve discours ophouden van rechten en plichten: de piraten. De piraten doen in het hele plaatje niet mee, zij zijn het externe risico dat bevochten moet worden, voorlopers van de Taliban van nu.

Maar in de 21ste-eeuwse variant ligt de situatie heel anders, want de regels en bepalingen aangaande tuigage, aantallen wapens en manschappen, enzovoort, kortom de regels op grond waarvan een certificaat wordt uitgedeeld, worden zoals hiervoor al werd aangegeven, vaak niet opgesteld door de reders zelf, maar door experts, soms in dienst van de branche, maar soms ook in dienst van overheid of toezichthouder, of actief in Europese commissies van allerlei soort. Er zijn dus geen twee lagen: partners en piraten, maar drie: partners, experts en piraten. Het bijzondere van deze drielagige constellatie nu is dat de regels die worden opgesteld door deze experts zelf de voorwaarden vormen waaraan men moet voldoen, wil men überhaupt als partner worden beschouwd en niet als buitenstaander. Degenen die niet voldoen aan de eisen voor certificatie, degenen die zich onttrekken aan de standaarden die gebruikelijk zijn in een bepaalde branche, of degenen die er niet in slagen de prestaties neer te zetten die worden vereist, die worden eenvoudigweg niet erkend, zij *bestaan niet* voor dit regulerende recht. Gechargeerd gezegd: zij zijn zulke ongeschikte instrumenten ter bestrijding van de piraten geworden dat ze zelf piraten zijn geworden.

De vele regels waaraan de partners moeten voldoen, dienen dus niet alleen tot effectieve en efficiënte doelbereiking, maar vormen tevens de grenspalen tussen binnen en buiten. En die grenspalen worden niet opgericht na een politiek debat, maar na een technocratisch debat, gevoerd door experts.

#### 5 Conclusie

De beginselen van legaliteit komen pas aan bod als aan een eerdere meer fundamentele voorwaarde is voldaan, namelijk die van inclusiviteit en reciprociteit. Auto-

Pauline Westerman

nomie is alleen mogelijk als de geadresseerde wordt gezien als mogelijke rechtsvormer; iemand die waarlijk rechtssubject is en die in staat is contracten te sluiten, testamenten na te laten en zich te uiten via het recht. Het is alleen in die hoedanigheid dat men ook kan spreken van reciprociteit. Rechtssubjecten maken deel uit van de normatieve ruimte waarin men gebonden is aan *wederzijdse* rechten en plichten. Alleen op basis van die inclusiviteit en daarmee gepaard gaande reciprociteit is autonomie mogelijk. Daar waar de burger slechts wordt gezien als een te bestrijden kwaad of als een te verhelpen probleem, is autonomie onbereikbaar. En daar waar hij slechts gezien wordt als een instrument ter bestrijding van het kwaad of als slechts een middel om het probleem te verhelpen, daar is eveneens zijn autonomie in het geding. Hij is weliswaar onderworpen aan regels en misschien zijn die regels zo duidelijk en helder als wat, maar de gecertificeerde wetenschapper of gekwalificeerde rederij is in feite niks meer waard dan een koffiezetapparaat met ISO9000-certificaat.

Wij komen hier dicht in de buurt van het Kantiaanse argument dat Brouwer aanhaalt voor legaliteit. De Kantiaanse gedachte dat de mens doel op zich is en nooit als instrument mag worden ingezet teneinde een ander doel te bewerkstelligen, is immers de ontbrekende schakel die nodig is om legaliteit met autonomie te verbinden. Pas als we mensen zien als meer dan een middel, erkennen we hen als medespelers, als mensen die 'binnen' zitten; en pas als dat zo is, kunnen we iets gaan ontwaren van procedurele rechtvaardigheid. Die schuilt er dan niet in dat de regels duidelijk zijn of niet tegenstrijdig of niet al te veranderlijk. Die schuilt puur en alleen in het feit dat de regels de wederzijdse betrekkingen tussen rechtssubjecten weerspiegelen en regelen en dat we er bij waren toen die regels werden opgesteld.

Daarmee komt de verhouding tussen legaliteit en autonomie, zoals Brouwer die kenschetst, wel anders te liggen. Fullers eisen van deugdelijk recht zijn geen voorwaarden die moeten worden vervuld wil men elkaar als rechtssubject serieus nemen. Het is andersom: inclusiviteit is een voorwaarde voor het ontstaan van goed recht. Besteedt men besluitvorming over regelgeving uit aan experts, dan loopt men het risico dat meer en meer mensen buiten het normatieve discours worden geplaatst en alleen nog een rol vervullen als geschikt instrument ter bereiking van doeleinden.