

Recht en onrecht in het sociaal domein

De rol van het recht

Stavros Zouridis

Het kernprobleem in het sociaal domein

De groep-In 't Veld¹ heeft een analyse vervaardigd van de problemen in het sociaal domein, waarvoor de groep de kernbegrippen 'chaos' en 'onrecht' hanteert. Hun reconstructie van problemen in het sociaal domein levert een interessante redenering op. Heel kort door de bocht: in de uitvoering op het sociaal domein is sprake van chaos en onrecht, de oorsprong hiervan is te vinden 'in ontwerpfouten van de regelingen zelf' en deze worden op hun beurt veroorzaakt door 'een aantal componenten van de besturingstechnologie, in het bijzonder de ontmoetingen tussen zelfreferentiële beroepspraktijken'. Niet alleen is dit de diagnose van de onderliggende oorzaken voor de uitvoeringsproblemen, deze oorzaken belemmeren ook het 'effectief herstel' waardoor de kwalificatie 'systemisch falen' gerechtvaardigd is. In de rapportage van de groep-In 't Veld wordt de problemdiagnose geïllustreerd met het zogeheten 'toeslagenschandaal', dat kennelijk een pars pro toto is voor het hele sociaal domein.

In deze discussiebijdrage gaat het over de rol van het recht aan dit systemisch falen. De groep-In 't Veld stelt hierover:

'Het recht borgt waarden en stelt in staat tot sturen. Recent is de waarborgfunctie van het recht hier en daar op de achtergrond geraakt ten opzichte van een meer instrumentele functie waarbij het recht vooral sturing mogelijk maakt en ondersteunt. Het recht is een voorbeeld van een zelfreferentieel systeem: recht kan alleen veranderen door nieuw recht. Zelfreferentialiteit brengt met zich dat het juridische systeem op zichzelf bestaat, dus autonoom is ten opzichte van andere systemen. In de praktijk van het openbaar bestuur leidt dit tot een autonome juridische beroepspraktijk. De ontstane kloof in het sociaal domein tussen rechtmatigheid en rechtvaardigheid kon alleen ontstaan door de dominantie van de instrumentele functie van het recht.'

De analyse van de toeslagencasus en het sociaal domein in bredere zin moet volgens de groep-In 't Veld vanuit verschillende perspectieven worden gezien: het dienstverleningsperspectief, het systeemperspectief, het digitaliseringsperspectief en het burgerperspectief. In al deze perspectieven spelen regulering en wetgeving een hoofdrol, althans in de analyse van de groep-In 't Veld. Ook bij de achterliggende inzichten komt het recht terug. Eerst als probleem ('juridisering van de samenleving is onmiskenbaar een van

¹ Ik verwijs voor het gemak (en niet om polemische redenen) telkens naar de analyse van de Groep-In 't Veld om niet de hele tijd over het paper met daarin de hoofdanalyse te moeten noemen.

de belangrijkste oorzaken van het toeslagenschandaal' en 'bovendien een enorme belemmering in de afwikkeling ervan'), vervolgens als oplossing voor het probleem:

'Toegenomen juridisering is wel degelijk een groot probleem, maar voor rechtvaardig overheidshandelen is het juist essentieel dat het recht in zijn oorspronkelijke functie weer een centrale plek in het openbaar bestuur inneemt.'

Kortom:

'...er is dus iets aan het hand met het functioneren van het rechtssysteem in het openbaar bestuur. De huidige inrichting van de juridische functie bij de overheid is een kraamkamer gebleken voor doorgeslagen juridisering en onrechtvaardig handelen door diezelfde overheid'.

Hoe is dit zo gekomen? De groep-In 't Veld komt terecht bij het concept autopoïese dat door de Duitse rechtstheoreticus Günther Teubner vanuit de biologie naar de sfeer van het recht is gebracht:

'(...) de autopoïese van de cel, ofwel de 'zelforganisatie' van de cel. Wanneer onder de juiste omstandigheden alle componenten van een biologisch systeem aanwezig zijn, kan dat biologisch systeem vanzelf worden gevormd en zichzelf in stand houden.'

Het kernprobleem in het sociaal domein is, aldus de groep-In 't Veld, dat het zelfreferentiële systeem van het recht zich los heeft ontwikkeld van de andere zelfreferentiële systemen in het openbaar bestuur (zie ook Teubner 1989). Daardoor is chaos en onrecht ontstaan.

Tot zover de analyse van de groep-In 't Veld. In paragraaf twee van deze discussiebijdrage worden de analyse en de probleemdiagnose van de groep-In 't Veld onder de loep gelegd. Drie assumpties in deze analyse en probleemdiagnose worden in het bijzonder bevraagd:

- De assumptie dat de waarborgfunctie van het recht op de achtergrond is geraakt door de instrumentele functie.
- De assumptie dat juridisering te maken heeft met 'zelfreferentialiteit' in de beroepspraktijk (althans die van (wetgevings)juristen).
- De assumptie dat juridisering althans deels veroorzaakt wordt door de veranderde verhouding tussen de instrumentele en de waarborgfunctie van het recht.

Zoals blijkt uit paragraaf twee noopt kritische reflectie op deze drie assumpties tot een stevige verandering in de probleemdiagnose en logisch gezien dan ook de therapie. In paragraaf drie wordt daarom een alternatieve probleemdiagnose gepresenteerd, waarna de bijdrage wordt afgesloten met enkele stellingen als aanzet van de discussie over een alternatieve therapie.

Instrumentaliteit, zelfreferentialiteit en juridisering

In de redenering van de groep-In 't Veld is juridisering een uitdrukking van zelfreferentialiteit in de juridische beroepspraktijk en is de verdringing van de waarborgfunctie door de instrumentele functie van het recht daarvan een oorzaak. In hoeverre snijdt deze redenering hout? Eerst maar eens de (veranderende) verhouding tussen de instrumentele functie van het recht en de waarborgfunctie. Hoe staat het daarmee?

Het kader waarin de instrumentele en waarborgfunctie van het recht worden onderscheiden, is ontleend aan een analyse die Focué en 't Hart (1990) ooit maakten van in het bijzonder het strafrecht. De instrumentele functie staat in dit kader tegenover de waarborgfunctie. De instrumentele functie van het recht verwijst naar het gebruik van het recht voor het nastreven van maatschappelijke of politieke doelen. Ook buiten het strafrecht vervult het recht een instrumentele functie. Denk bijvoorbeeld aan het verbeteren van de arbeidsomstandigheden (met het Arbobesluit), het versterken van de positie van consumenten, huurders en werknemers in het Burgerlijk wetboek (ten opzichte van producenten, verhuurders en werkgevers) of het stimuleren van de energietransitie in het belastingrecht. Tegenover de instrumentele functie van het recht plaatsen Focué en 't Hart de waarborgfunctie ervan. Zo kan strafvervolgning in Nederland alleen plaatsvinden op de wijze zoals omschreven in het Wetboek van strafvordering (dat is in artikel 1 van dat wetboek expliciet opgenomen), met daarin tal van waarborgen voor verdachten om te voorkomen dat de overheid bij het straffen onrechtmatig te werk gaat (door bijvoorbeeld bewijs te gebruiken dat in strijd met de regels is verkregen). Ook buiten de strafvordering heeft het recht waarborgfuncties. Sterker nog, tegenover de meeste instrumentele functies (die doorgaans een grondslag voor een bevoegdheid of een instrument van een bestuursorgaan creëren) staan waarborgfuncties. De burgemeester kan bijvoorbeeld drugspannen sluiten, maar alleen op specifieke in de wet omschreven gronden, volgens de regels van het bestuursrecht, en met beroep op de bestuursrechter als sluitstuk.

Het kader dat Focué en 't Hart eind jaren tachtig van de vorige eeuw presenteerden, is tegenwoordig minder gangbaar. Voor wat betreft het bestuursrecht worden ook twee andere functies onderscheiden, namelijk de legitimerende functie (het bestuursrecht legitimeert tot bijvoorbeeld een publieke taak) en de normerende functie (het bestuursrecht normeert het bestuurlijk handelen) (bijvoorbeeld Schlössels en Zijlstra 2010). Belangrijker dan uitbreiding van het kader is het debat over deze functies en hun onderlinge verhouding. Dit debat over heeft namelijk nog twee andere cruciale inzichten opgeleverd. Ten eerste is duidelijk geworden dat het recht per definitie instrumenteel is; althans recht zonder instrumentele doelstelling is nog niet waargenomen. De Duitse rechtsgeleerde Rudolph von Jhering benadrukte aan het eind van de negentiende eeuw al 'der Zweck im Recht' (Von Jhering 1877). Zelfs het creëren van waarborgen is op de keper beschouwd een instrumentele functie van het recht, bijvoorbeeld om meer gelijke rechtsposities tussen bijvoorbeeld verdachten en officieren van justitie te realiseren, of de machtsverschillen tussen verhuurders en huurders, werkgevers en werknemers juridisch te compenseren. Het probleem kan dus niet zitten in de instrumentaliteit van het recht als zodanig, maar om zogeheten 'instrumentalisme' of instrumentele ideologie: een zuiver instrumentele houding naar het recht. Brian Tamanaha (2006: 1) omschrijft dit als volgt:

‘An instrumental view of law – the idea that law is a means to an end- is taken for granted in the US... This operates in various ways: as an account of the nature of law, as an attitude toward law that professors teach students, as a form of constitutional analysis, as a theoretical perspective on law, as an orientation of lawyers in their daily practice, as a strategic approach of organized groups that use litigation to further their agendas, as a view toward judges and judging, as a perception of legislators and administrators when enacting laws or regulations. ... people see law as an instrument of power to advance their personal interests or the interests or policies of the individuals or groups they support. Today, law is widely viewed as an empty vessel to be filled as desired, and to be manipulated, invoked, and utilized in the furtherance of ends.’

Het is dus niet zo dat er in de verhouding tussen instrumentele en waarborgfuncties van het recht iets is veranderd, maar de hele juridische en politieke gemeenschap (of wellicht zelfs de hele samenleving) is ten prooi gevallen aan rechtsinstrumentalisme, een pathologische ideologie waarin het recht door iedereen wordt geïnstrumentaliseerd. Het vertrouwde kader van Fouqué en 't Hart volstaat niet om deze beweging te begrijpen, want de waarborgfunctie is even goed geïnstrumentaliseerd door bijvoorbeeld advocaten van drugsbazen. Of denk maar eens aan de zeer vermogende particulieren bij de belastingheffing en hun fiscaal adviseurs, die zelf een propositie aanleveren, waarop de belastingdienst mag reageren. Of het nu gaat om de top van de drugshandel of het internationaal bedrijfsleven dat van ‘tax planning’ een sport heeft gemaakt, om de politicus en bestuurder die het recht wil veranderen om weer een nieuw probleem op te lossen, of de burger die zijn bezwaarmogelijkheid in het omgevingsrecht gebruikt om er slapend rijk van te worden, de ideologie van rechtsinstrumentalisme is alomtegenwoordig. De Bulgaren of de frauderende gastouderbureaus die aan de basis stonden van het ‘toeslagenschandaal’ hebben zich niet minder rechtsinstrumentalistisch gedragen dan de wetgever die opnam dat bij terugvordering het gehele bedrag aan uitgekeerde toeslagen moet worden teruggevorderd. Kortom, de tegenstelling tussen instrumentele en waarborgfunctie moet worden vervangen door een ander kader, namelijk tussen het rechtsinstrumentalisme vis-a-vis de houding dat het recht iets ‘groters’ of ‘hogers’ belichaamt waaraan het eigen belang ondergeschikt is. Weer in de woorden van Tamanaha: tegenover rechtsinstrumentalisme staat ‘the set of ideals that law consists of fundamental principles that even the sovereign law-maker is bound to obey’. Kortom, het gaat niet om de tegenstelling tussen de instrumentele en de waarborgfunctie van het recht maar om de tegenstelling tussen alomtegenwoordig rechtsinstrumentalisme en de brede acceptatie in een samenleving van de fundamentele rechtsbeginselen waaraan iedereen moet gehoorzamen. Juist op deze tegenstelling heeft zich een verschuiving voorgedaan weg van de acceptatie van fundamentele rechtsbeginselen door iedereen (ook als het niet direct in het eigen belang is). De vraag is hoe deze verschuiving te duiden is.

Een begin van een antwoord vinden we bij een ander onderscheid waarmee veel rechtsgeleerden vertrouwd zijn. Het gaat om het onderscheid tussen het recht als

codificatie en het recht als modificatie van de Nederlandse rechtsgeleerde Koopmans (1970). Van oudsher worden breed in de samenleving levende waarden in het recht gecodificeerd (ook voor instrumentele doelen, bijvoorbeeld proportioneel bestraffen van wat als misdadig wordt beschouwd). Moord en diefstal als rechtsnormen zijn bijvoorbeeld al te vinden in de vroegste rechtsbronnen uit de Westerse geschiedenis zoals de Babylonische code van Hammurabi die meer dan 1700 jaar voor Christus is opgetekend. Hedendaagse voorbeelden van codificatie zijn er ook, zoals de gelijkheid van mannen en vrouwen of de openstelling van het huwelijk voor andere stellen dan een man en vrouw (beide veranderingen in de Nederlandse wetgeving weerspiegelen robuuste breed gedragen waarden, ondanks nogal ‘vocale’ tegengeluiden die bij een pluralistische samenleving horen). Breed in de samenleving levende normen kunnen worden vastgelegd in rechtsnormen. Het bijkomend voordeel van codificatie is ooit fraai samengevat door de Schotse rechtsgeleerde MacCormick (2007: 53), die onder een rechtsstaat verstaat een staat waarin ‘most of the people most of the time refrain from the things that the law stigmatizes as wrongdoing’. Bij codificatie is naleving voor het overgrote deel vanzelfsprekend omdat deze waarden door de meeste mensen al gepraktiseerd worden. Drugshandel in Sneek is bijvoorbeeld makkelijker te handhaven dan drugshandel in Ciudad Juarez in Mexico, omdat meer mensen uit zichzelf de norm al naleven en ‘compliance’ dus minder inspanning kost. Naleving is niet vanzelfsprekend bij modificatie, waarbij het recht gebruikt wordt om juist maatschappelijke verandering te stimuleren. Zowel de wetgever als de rechter dragen bij aan modifierend recht, de wetgever met een stroom wetten en regels (in vijftig jaar tijd is het recht geëxplodeerd net als het aantal veranderingen in wet- en regelgeving) en de rechter met uitspraken (met soms wel erg exotische interpretaties van grondrechten). Koopmans zag uitbreiding van het kiesrecht naar algemeen kiesrecht als belangrijkste oorzaak van deze verandering, want door deze uitbreiding kregen groepen die belang hebben bij verandering invloed op de wetgeving. Weer vertaald naar hedendaagse voorbeelden: voor emanciperende groepen, van LHGBTI+’ers tot Nederlanders met een migratieachtergrond, is modifierend recht de snelste en makkelijkste route naar het stimuleren van de gewenste maatschappelijke verandering; hetzelfde geldt voor belangengroepen zoals milieuorganisaties en het georganiseerde bedrijfsleven. De ‘werdegang’ die grondrechten of fundamentele rechten de afgelopen decennia in Westerse samenlevingen (de VS en Europa) hebben doorgemaakt, is hiervan een uitdrukking. Met en via grondrechten lijken allerhande politieke doelstellingen te realiseren, van het aanpakken van klimaatverandering tot en met het tegenhouden van pogingen migratie aan banden te leggen.

Zoals gesteld, ziet de groep-In ’t Veld juridisering niet alleen als een gevolg van de veranderende verhouding tussen de instrumentele en de waarborgfunctie van het recht maar ook als een uitdrukking van zelfreferentialiteit. Juristen die eenmaal gaan regelen, worden uitgelokt om steeds meer het detail of de uitzondering op te zoeken en deze vervolgens ook juridisch dicht te timmeren. Met als gevolg ‘chaos en onrecht’, want in het woud van regelingen is er geen burger die er doorheen kan komen en nog de rechtvaardigheid kan beargumenteren. Toch is het maar de vraag of zelfreferentialiteit hier aan de orde is. Als het opkomend rechtsinstrumentalisme en de nadruk op modifierend in plaats van codificerend recht als vertrekpunt wordt genomen, is van zelfreferentialiteit immers geen sprake. Sterker nog, het zijn bij deze vertrekpunten niet de

juridisch-interne krachten die juridisering veroorzaken (juristen die met elkaar alles maar verder en detail willen regelen), maar de externe krachten die op het recht in werken. Deze externe krachten variëren van belangengroepen tot en met politici en van topcriminelen tot en met internationaal opererende ondernemingen. De in de media zeer uitgesproken vertegenwoordigers van ‘slachtoffers’ van het ‘toeslagenschandaal’ versterken juridisering net zo goed als de rechter die zich ineens veel vrijer voelt om besluiten te toetsen aan ‘evenredigheid’ of de minister die de energietransitie wil versnellen met weer nieuwe fiscale wetgeving. Natuurlijk zijn het juristen die deze krachten moeten vertalen naar regels, normen, rechten, procedures en structuren, maar ze zijn niet de bron en worden door deze krachten juist gedwongen om steeds legalistischer te werk te gaan omdat ze weten dat er altijd wel iemand is die de mazen in de wet weet te vinden én te benutten. Omdat burgers, ondernemingen, maatschappelijke organisaties en politici het recht en de rechter ondergeschikt maken aan en inzetten voor hun eigen doelstellingen, zetten ze de wetgever en de rechter steeds verder vast en wordt de discretionaire ruimte steeds verder uit het rechtssysteem gedrukt. Redelijkheid en billijkheid zijn nog niet helemaal uit het privaatrecht verdwenen, maar de beginselen van behoorlijk bestuur en van behoorlijke strafrechtpleging zijn wel steeds meer vervat in ‘harde’ rechtsregels.² Howard (1994) liet in de vorige eeuw al zien hoe ‘common sense’ in het recht steeds meer vervangen werd door met name procedurele regels en voorschriften. Dat is geen kwestie van zelfreferentialiteit, maar een direct gevolg van (extreme) externe druk. Een illustratieve historische parallel voor deze ontwikkeling schetst de historicus Porter aan de hand van twee casus: Franse ingenieurs en Amerikaanse accountants (Porter 1995).

In zijn studie *Trust in numbers* vergelijkt Porter (1995) de twintigste-eeuwse ontwikkeling van de accountancy in de Verenigde Staten met de Franse ingenieurscultuur in het Corps des Ponts et Chaussées. Waar de accountants en legeringenieurs in de Verenigde Staten steeds transparanter, ‘objectiever’ en extern controleerbaar werden, bleef de Franse ingenieurscultuur er een van beslotenheid, gedeelde ervaring en persoonlijk vertrouwen. De Franse ingenieurs voelden geen noodzaak ‘*to engage in the elaborate justificatory ritual of formal quantitative decision making procedures unless threatened from outside by controversy and political procedures*’. In tegenstelling tot de Franse ingenieurs is bij de Amerikaanse accountants vanwege de ‘*public exposure*’ en de ‘*absence of trust*’ iedere vorm van ‘*personal discretion*’ verdwenen en is het accountantsvak geheel dichtgetimmerd. Deze ontwikkeling van het accountantsvak is volgens Porter geen gevolg van de ‘*logic of finance*’ of ‘*unchecked power on the part of professional experts*’, maar is veroorzaakt door het ‘zelfverheffend uitwissen’ van zichzelf door de professionals die anders nog minder ruimte hadden kregen voor hun vak. De controleerbaarheid op basis van protocollen is volgens Porter het equivalent van grijze pakken; jezelf onzichtbaar maken door te objectiveren, uniformeren en standaardiseren. De

² Hard staat hier tussen aanhalingstekens omdat door de omvang van regels in een ‘multi-level’ en ‘multi-layered’ rechtsorde er eigenlijk nauwelijks nog rechtszekerheid van uit gaat in de zin van voorspelbaarheid en betrouwbaarheid, simpelweg omdat er zo veel recht is dat er altijd wel ergens een bepaling of uitspraak te vinden is die gebruikt kan worden als onderbouwing van een juridisch standpunt, en dan is het maar weer wachten of de (hoogste) rechter hierin meegaat.

toenemende externe druk op de professie heeft een tamelijk verwoestend effect gehad.

Hoe staat het dus, gezien deze inzichten, met de assumpties van de Groep-In 't Veld die in deze paragraaf kritisch onder de loep zijn gelegd.

- Ten eerste de assumptie dat de waarborgfunctie van het recht op de achtergrond is geraakt door de instrumentele functie. De claim die hierin zit (het op de achtergrond raken van de waarborgfunctie) is in Nederland nooit empirisch onderzocht, voor zover deze sowieso empirisch te onderzoeken is (het recht heeft immers altijd óók een instrumentele functie, dus het is lastig zo niet onmogelijk om op empirische gronden een grens te trekken tussen de gezonde instrumentele functie van het recht en de pathologische variant daarvan). Een blik op het strafrecht en het bestuursrecht leert dat de waarborgfunctie de afgelopen decennia eerder op de voorgrond is geraakt dan op de achtergrond. Daarvoor zijn ten minste drie indicaties. Ten eerste zijn zowel het aantal als de invulling van individuele grondrechten (ook Europees) de afgelopen decennia uitgebreid. Bovendien worden grondrechten extensiever en in toenemende mate zelfs 'positief' (tot rechtsplicht voor de staat dwingend) geïnterpreteerd. Ten tweede is de bescherming in het strafrecht verder toegenomen. Verdachten (en slachtoffers) van strafrechtelijke delicten zijn beter beschermd dan ooit in de geschiedenis, en grondrechten spelen daarin zeker een rol (bijvoorbeeld in Nederland de toegang tot een advocaat bij het eerste verhoor, een gevolg van de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens). Ten derde is de waarborgfunctie van het bestuursrecht de afgelopen decennia versterkt. Studenten in de jaren tachtig van de vorige eeuw leerden nog dat er in Nederland geen (onafhankelijke) administratieve rechtspraak was. Waarborgen zijn onder meer gecreëerd door steeds meer bestuurlijke instrumenten in de Algemene wet bestuursrecht te reguleren en van waarborgen te voorzien (inclusief regels van behoorlijk bestuur), door juridische insnoering van de discretionaire ruimte van het bestuur (met strakke normering) en door de versterking van bestuursrechtspraak. Juist de versterking van de waarborgfunctie noopt tot nadere doordinking van het kader dat Foqué en 't Hart ooit introduceerden. Niet alleen blijkt dat het recht meer functies vervult (ook legitimering en normering), belangrijker dan de functies van het recht is de houding tegenover het recht. De rechtsinstrumentalistische houding bij al diegenen die bij het recht betrokken zijn (van bestuurders tot burgers en van ambtenaren tot en met juridisch adviseurs, advocaten en belangenorganisaties, van slachtoffers tot verdachten en van welvarende én van de overheid financieel afhankelijke burgers) heeft de betekenis van het recht als bindend en boven een ieder gesteld kader ondermijnd. Het versterken van de waarborgfunctie van het recht is evenzeer onderdeel van het rechtsinstrumentalisme dan bijvoorbeeld de uitbreiding van de bevoegdheden van de burgermeester of de introductie van de strafbeschikking van de officier van justitie.
- Ten tweede is de assumptie bekeken dat juridisering te maken heeft met 'zelfreferentialiteit' in de beroepspraktijk (althans die van (wetgevings)juristen). Juridisering heeft ten minste twee betekenissen. Ten eerste verwijst juridisering

naar een toenemend beroep op het recht en de rechter (denk aan bureaus die in plaats van hun eigen conflict op te lossen naar de rechter stappen of bezwaar/beroep aantekenen tegen een vergunning); daarnaast verwijst juridisering naar het in toenemende mate gieten van bestuurlijk instrumentarium in een juridische vorm en het met wetten en regels insnoeren van de discretionaire ruimte van het bestuur. Beide uitdrukkingsvormen van juridisering zijn geen interne, zelfreferentiële aangelegenheid, maar worden door externe krachten in stand gehouden. Natuurlijk interpreteren juristen externe krachten vanuit hun juridisch kader en wordt elk extern signaal opgepakt als juridisch signaal, dus in die zin is ook de beroepspraktijk van juristen zelfreferentieel (zoals een levende cel externe energie – protongradiënten - eerst moet omzetten in ATP). Maar daarmee is de vertaling naar het recht nog niet de oorzaak van jurisering; dat is immers de externe druk. Externe druk dwingt tot een legalistische juridische praktijk waarin oordelen (van rechters, van uitvoerders, van officieren van justitie) consequent vervangen worden door algemene en zo operationeel mogelijk toepasbare regels. Anders gaan partijen immers door tot en met een beroep op de (hoogste) rechter, die gedwongen wordt een algemene regel te formuleren (waarmee antwoord op een ‘rechtsvraag’ wordt gegeven). Alleen al vanuit het oogpunt van juridisch risicomanagement is legalisme een logische reactie; kijk bijvoorbeeld maar eens naar de praktijk van het vreemdelingenrecht waarin zich iets vergelijkbaars heeft voorgedaan als bij de Amerikaanse accountants, simpelweg als gevolg van het feit dat veel vreemdelingenzaken bij de rechter terecht komen (en daar ook financiële prikkels voor zijn). Zelfreferentialiteit of autopoïese is dus niet de oorzaak van juridisering; net zomin als een cel kan overleven zonder externe kracht (in de vorm van energie), kan juridisering zich voordoen zonder de voeding van externe, maatschappelijke of politieke druk.

- De analyse van de eerste twee assumpties geeft ook aan dat bij de derde assumptie van de groep-In 't Veld grondige twijfel gepast is. Die assumptie luidde dat juridisering althans deels veroorzaakt wordt door de veranderde verhouding tussen de instrumentele en de waarborgfunctie van het recht. Juridisering is echter geen gevolg gebleken van de veranderde verhouding tussen instrumentele en waarborgfunctie, maar een gevolg van rechtsinstrumentalisme als externe kracht die op het recht inwerkt en zowel de instrumentele als de waarborgfunctie heeft uitgebreid. Instrumentalisering van de waarborgfunctie is ten minste zo belangrijk geweest (zo niet belangrijker) voor het maatschappelijk proces van juridisering als het creëren van nieuwe bevoegdheden en instrumenten voor bestuursorganen.

In plaats van de oorzaken die de groep-In 't Veld aanwijst is het dus eerder de mix van rechtsinstrumentalisme, modificerend recht en externe druk met een legalistisch paradigma tot gevolg dat juridisering verklaart. De vervolgvraag is waardoor deze mix wordt veroorzaakt. Zouden we hiervoor niet juist buiten het recht moeten zoeken?

Een alternatieve probleemdiagnose

Uitgaande van de analyse in de vorige paragraaf is de vervolgvraag waar het alomtegenwoordig rechtinstrumentalisme vandaan komt dat zo'n belangrijke rol speelt als aanjager van juridisering, ook in het sociaal domein waar het zich van oudsher nauwelijks voordeed (bijvoorbeeld als het gaat om subsidies, welzijnswerk of het individualiseringsbeginsel dat nog steeds een papieren bestaan leidt in de bijstandssfeer). Vanuit een statisch perspectief is dit de vraag naar de hoofdoorzaken voor rechtinstrumentalisme en juridisering. Ten minste drie hoofdoorzaken voor rechtinstrumentalisme en juridisering worden in de literatuur gesuggereerd:

1. Doorbroken lotsgemeenschappen

In de sfeer van het omgevingsrecht is bijvoorbeeld gewezen op doorbroken lotsgemeenschappen als oorzaak voor juridisering. In Nederland, en zeker in verstedelijkt gebied, leven burgers dicht op elkaar. In zekere zin delen ze de lusten en lasten van het samenleven: burgers werken bij bedrijven en verdienen er hun brood, bedrijven sponsoren de lokale sportvereniging, burgers komen elkaar tegen bij de school van hun kinderen, enzovoort. Samen vormen ze zoals Van Gunsteren (1998) dat ooit noemde een 'community of fate', oftewel een lotsgemeenschap. Juridisering ligt in een lotsgemeenschap in deze context niet voor de hand. Deels is dat omdat het simpelweg niet aan de orde is in een lotsgemeenschap waarin problemen eerder onderling worden opgelost dan via een formeel-juridische weg (dat geldt net zo goed voor een gezin als voor een motorbende). Een analyse van een aantal casus van juridisering van omgevingsbesluitvorming door Zouridis, Wolf en Herkes (2022) liet zien dat in veel casus de lotsgemeenschap doorbroken is: de belangen van een bedrijf en de belangen van omwonenden lopen uiteen en zijn niet verbonden, de belangen van de ene burger zijn losgekoppeld van de belangen van een andere burger. Met als gevolg dat iedereen voor zijn of haar eigen belang gaat staan, dat de wederkerigheid in de relatie verdwijnt en dat partijen houvast zoeken in hun juridische positie. Ergo, juridisering. Voorbeelden uit de studie van Zouridis, Wolf en Herkes maken dit abstract idee duidelijk. Het belang van de landelijke supermarktketen, die op een internationaal speelveld opereert, is niet meer congruent met het belang van de lokale gemeenschap die behoefte heeft aan een goed voorzieningenniveau. En dus treedt de landelijke supermarktketen niet in contact met de lokale gemeenschap voor het vestigen van een nieuwe supermarkt, maar dient deze direct een vergunningaanvraag in op basis van de eigen juridische analyse. Het belang van een fastfoodketen is niet (meer) congruent met het belang van de wijk waarin deze (toevallig) gelegen is en dus leidt de vergunningaanvraag tot bezwaar en beroep. En het belang van de veehouder is losgekoppeld van het belang van de burens, waardoor in een casus meer dan een decennium in beslag wordt genomen door juridische procedures waarin beide partijen tegenover elkaar staan. Kortom, de lusten voor de een worden dan de lasten voor de ander en als een lotsgemeenschap ontbreekt, is er zowel geen enkele reden voor wederkerigheid en geen enkele drempel voor juridisering meer.

2. *Onthiërarchisering en polarisatie*

Het doorbreken van lotsgemeenschappen is dus een eerste hoofdoorzaak voor rechtsinstrumentalisme en juridisering. Een tweede hoofdoorzaak (die deels met het doorbreken van lotsgemeenschappen overlapt) is het eroderen van stabiele breed gedeelde normatieve kaders. Halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw observeren de politicologen Van Gunsteren en Andeweg (1994) een trend die ze duiden als onthiërarchisering. Onthiërarchisering verwijst naar een samentrekking van ontzuiling en individualisering. De zuil was een metafoor voor een min of meer duurzaam 'verticaal' maatschappelijk verband dat burgers in alle maatschappelijke strata met elkaar verbindt. In de katholieke zuil werden burgers van hoog tot laag verbonden: ze sportten in katholieke sportclubs, lasen katholieke kranten, waren lid van een katholieke politieke partij en vakbond en keken op televisie naar de KRO. In deze 'filter bubble' vormden de katholieke burgers hun opvattingen en dat leverde maatschappelijke tegenstellingen op. De verbinding op hoog politiek niveau tussen de zuilen zorgt voor stabiliteit ondanks tegenstellingen. Vanaf de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw zijn de zuilen geleidelijk afgebrokkeld als maatschappelijke verbanden en dat heeft geleid tot het idee van de geïndividualiseerde burgers die los van de zuil keuzes maakt en ideeën vormt. Vandaar het concept van 'onthiërarchisering': burgers zijn losgekomen van de hiërarchie in de zuilen. Het idee dat al die losgekomen burgers vervolgens zelf hun opvattingen zijn gaan vormen, is door Duyvendak en Hurenkamp (2004) overtuigend weerlegd. Burgers blijken immers nogal wat kuddegedrag te vertonen en de zuilen zijn vervangen door zwermen. Burgers groeperen en hergroeperen zich voortdurend spontaan al naargelang de omstandigheden (modes, opinieleiders, hypes), zoals een zwerm spreeuwen. Wordt een meisje bruuft verkracht en vermoord door een tbs'er met verlof, dan groeperen burgers zich spontaan in een online petitie, zien we een plotselinge migratiestroom naar Europa, dan slaat de angst toe en schiet de hele zwerm naar de roep om harde migratiepolitiek, maar als Arjen Lubach de 'sleepwet' in een zondagavonduitzending op de agenda zet, dan hergroeperen de burgers zich weer om een referendum af te dwingen. Het vervangen van zuilen door zwermen heeft geleid tot een erosie van stabiele breed gedeelde normatieve kaders. Juridisering in beide betekenissen is hiervan het resultaat. Juridisering als een toenemend beroep op het recht is het resultaat omdat burgers geen 'tacit' overeenstemming hebben en het recht en de rechter er aan te pas moet komen om tot een vreedzame oplossing te komen. Juridisering als vastleggen in regels is nodig omdat niet meer op impliciete, breed gedeelde gedragsregels kan worden vertrouwd. Alleen al de coronatijd in Nederland biedt van beide voldoende illustraties.

3. *De gemediatiseerde flipperkast*

Een derde oorzaak voor rechtsinstrumentalisme is te vinden in de hedendaagse modus waarin politiek, bestuur en media zich tegenwoordig bevinden. Zo'n tien jaren terug heeft Zouridis (2014) deze modus geduid als 'flipperkastpolitiek'. Flipperkastpolitiek verwijst naar een politieke modus operandi met een aantal kenmerken die In 't Veld eerder beschreef als kennisdemocratie. Een eerste

kenmerk is medialogica. Uit onderzoek van het Ministerie van Binnenlandse Zaken (2010) bleek dat 55 procent van de schriftelijke vragen van Kamerleden (direct) ontleend is aan kranten, televisie, radio en persagentschappen. Medialogica vormt en geleidt tegenwoordig in hoge mate het politieke debat. Niet alleen worden politici voortdurend ter verantwoording geroepen, ze worden ook permanent gedwongen om de aandacht van massamedia te trekken. De concurrentie om aandacht is nog eens versterkt door nieuwe sociale media als X. Een tweede kenmerk van flipperkastpolitiek is de voortdurende druk van stemmingen. Over van alles en nog wat wordt gestemd al verschilt de vorm van opiniepeilingen tot 'likes'. Hendriks (2012) beschrijft de opkomst van de stemmingendemocratie, de combinatie van steeds meer mogelijkheden om te stemmen en het steeds meer bepalend worden van de publieke stemming over een onderwerp. Politici en bestuurders worden door instant peilingen over hun besluiten direct van feedback van hun kiezers voorzien. Een kras voorbeeld daarvan deed zich voor bij de start van het kabinet-Rutte II over de inkomensafhankelijke zorgpremie. Binnen enkele dagen na de presentatie van het regeerakkoord ontstond er door de directe feedback (versterkt door medialogica) een bijna voor regeringspartij VVD onhoudbare situatie, hetgeen uitmondde in een aanpassing van het zojuist gesloten regeerakkoord. De groei van lokale referenda is een uitdrukking van deze ontwikkeling in gemeenten. Een derde kenmerk van flipperkastpolitiek is de incidentgestuurdheid van het debat. Politieke incidenten en 'ongelukken' hebben ideeën en ideologie als brandstof voor het politieke debat aangevuld of zelfs verdrongen. Dagelijkse gebeurtenissen die plotseling voorwerp van politiek debat vormen en daarin razendsnel in politieke zin escaleren zijn usance geworden. Soms is het een medische fout of een misstand in een ziekenhuis, dan is het weer een reeks afgeluisterde gesprekken, een relletje in een stad dan wel de bonnetjes van een minister of hoge ambtenaar. Incidenten zijn eerder beschreven als alledaagse gebeurtenissen die plotseling opduiken in de arena van pers en politiek en daarin razendsnel escaleren waardoor ze politieke kansen of risico's veroorzaken (Zouridis 2006). Tussen de kenmerken van de gebeurtenis en de vraag of het een incident wordt, is nauwelijks een verband. Het lijkt meer van de context af te hangen of een specifieke gebeurtenis uitgroeit tot incident. Collectieve vreugde en positieve spanning als een Europees kampioenschap voetbal kan voorkomen dat een gebeurtenis een incident wordt, maar ook het tegenovergestelde zoals een ramp als MH-17. Een vierde kenmerk van flipperkastpolitiek is de volatiliteit van de kiezer. Omdat partijtrouw afneemt, neemt de concurrentie toe en worden partijen gedwongen zich voortdurend te profileren. De voortdurende prikkel tot profilering, de toename van zwevende kiezers en de afname van het aantal zekere stemmen hebben ertoe geleid dat de kiezersmarkt volatiel is en van week tot week veranderingen laat zien. Aangezien de Nederlandse kiezersmarkt tot een van de meest volatiele kiezersmarkten in West-Europa behoort, is de behoefte aan een onderscheidend profiel sterk gegroeid, inclusief de volgens Van Holsteyn en Walter niet per se negatief te duiden polariserende campagnes. Afnemende partijtrouw en een groeiende groep zwevende kiezers heeft tot vehemente competitie geleid. Meer dan ooit moet het eigen profiel permanent worden benadrukt, bevestigd en bevochten. Een laatste kenmerk van flipperkastpolitiek is wat ooit omgekeerd

monisme is genoemd, waarbij de volksvertegenwoordiging (Tweede Kamer, maar ook gemeenteraad) op de stoel terecht is gekomen van het bestuur. De dagelijkse beslommeringen van de regering zijn steeds meer ook de dagelijkse beslommeringen van de volksvertegenwoordiging. Kamerleden willen 'instant' (of binnen enkele dagen) tot in detail worden geïnformeerd over incidenten, maar ook over andere zaken die al dan niet toevallig opborrelen in het politiek debat. Ook willen kamerleden direct kunnen 'sturen', soms zelfs tot in detail. Systematisch empirisch onderzoek hiernaar ontbreekt nog, maar van een parlement dat voor een volle regeringsperiode een regering het vertrouwen geeft en van tijd tot tijd verantwoording vraagt is geen sprake meer. Het is niet alleen mogelijk, door realtime informatie, maar ook gebruikelijk om dagelijkse beslommeringen van het regeren ook direct te bediscussiëren in het parlement. Voor de mate van detail van parlementaire bemoeienis hoeft slechts naar moties en kamervragen te worden verwezen, waarin een individuele uitspraak van een rechter, een weggepest gezin in een grote stad of een andere dagelijkse gebeurtenis voorwerp worden gemaakt van politiek debat. Het gevolg van flipperkaspolitiek is juridisering, want over veel meer repertoire of instrumentarium dan het inzetten van nieuwe of het veranderen van bestaande wet- en regelgeving beschikken politici en bestuurders niet. Het instrument is eenvoudig te bedienen en het past naadloos in de vertrouwde Haagse routines. Met als gevolg rechtsinstrumentalisme dat aangewakkerd wordt door de flipperkastpolitiek waarin wet- en regelgevers moeten opereren.

Deze drie hoofdoorzaken, die deels overlappen, vormen de externe krachten die inwerken op het recht, dwingen tot legalisme en hebben juridisering tot hebben. Toch is dit niet het complete verhaal, want de statische analyse van hoofdoorzaken negeert de dynamica van rechtsinstrumentalisme. Als in een samenleving eenmaal rechtsinstrumentalisme ontstaat, houdt het zichzelf niet alleen in stand maar versterkt het zichzelf ook. Rechtsinstrumentalistisch gedrag wordt immers beantwoord met rechtsinstrumentalistisch gedrag van andere partijen. Als een college van burgemeester en wethouders het recht naar z'n hand zet om een vergunningaanvraag of een uitkering te weigeren, is het waarschijnlijk dat dit gedrag wordt beantwoord door rechtsinstrumentalistisch gedrag van de aanvrager van de vergunning of uitkering. Als een bedrijf het recht naar z'n hand zet om juridisch weg te komen met het vervuilen van de omgeving, lokt dat bij de omwonenden het gedrag uit om het recht evenzeer naar hun hand te zetten om het bedrijf aan te pakken. Als een internationale onderneming met 'tax planning' belastingen ontwijkt, lokt dat bij de betrokken overheden nieuwe regels uit om belastingontwijking tegen te gaan. Juridiseren lokt met andere woorden juridiseren uit, wat weer verder juridisering uitlokt, enzovoort. Dit sociaal-psychologisch, sociologisch of economisch mechanisme (afhankelijk van de invalshoek) is in de sociale wetenschappen op tal van manieren beschreven en geanalyseerd: als collectieve actieprobleem (met als 'oervoorbeeld' het 'prisoners dilemma'), als probleem van sociaal kapitaal of prosociaal gedrag en als het probleem van 'predatory behavior' of als 'race to the top/race to the bottom'. Maar het netto-effect is dat rechtsinstrumentalisme alleen maar meer rechtsinstrumentalisme uitlokt.

Conclusie en stellingen

De problemdiagnose van de groep-In 't Veld vormde voor deze discussiebijdrage het vertrekpunt. In de diagnose van deze groep wordt het sociaal domein gekenmerkt door chaos en onrecht, veroorzaakt door ontwerpfouten in de regelgeving die weer het gevolg zijn van de besturingstechnologie. Deze problemen worden in stand gehouden door de zelfreferentialiteit (autopoiese) van het recht en de verdringing van de waarborgfunctie van het recht door de instrumentele functie.

In deze discussiebijdrage is de analyse van de groep-In 't Veld kritisch bezien, met twee conclusies als resultaat:

1. Van verdringing van de waarborgfunctie van het recht is allerm minst sprake, wel van alomtegenwoordig rechtsinstrumentalisme dat juist tot versterking van de waarborgfunctie van het recht heeft geleid. Het alomtegenwoordig rechtsinstrumentalisme is ten koste gegaan van de betekenis van het recht als bindend 'hoger' kader en heeft een zichzelf versterkende beweging naar verdere juridisering in gang gezet.
2. Het alomtegenwoordig rechtsinstrumentalisme hangt niet samen met de zelfreferentialiteit van het recht, maar heeft juist buiten het recht gelegen oorzaken. De combinatie van doorbroken lotsgemeenschappen, erosie van maatschappelijk gedeelde gedragscodes en een politieke modus die 'flipperkastpolitiek' is genoemd, heeft rechtsinstrumentalisme en juridisering aangewakkerd en houdt deze in stand. Juridisering aan de oppervlakte aanpakken door ofwel het woud van regels aan te pakken ofwel ontwerpfouten te herstellen zal dus per definitie, ook in het sociaal domein, een kwestie worden van 'kurieren am Symptom'.

Op basis van de discussie tijdens de conferentie zullen deze conclusies worden aangescherpt en zal een meer uitgeschreven therapie worden vervaardigd. Het gaat in deze bijdrage op dit moment om het prikkelen van de juiste discussie. Daarom wordt volstaan met enkele afsluitende discussiestellingen.

De volgende discussiestellingen kunnen worden afgeleid van deze alternatieve diagnose en analyse:

1. Het recht is niet het probleem dat chaos en onrecht in het sociaal domein veroorzaakt en kan dus ook niet de oplossing zijn. (aanbeveling voor de praktijk: bouw buffers in het wetgevingsproces zodat de regelproductie wordt gehinderd; of sterker nog: versterk de autonomie van het recht door de constitutionele positie van juristen/het juridisch-interne perspectief en wellicht de minister van justitie als 'hoofdjurist' te versterken; en annex: maak het recht vooral minder responsief en stop met het 'responsief maken van het recht' voortdurend als wenselijk te zien, zoals recent de staatscommissie rechtsstaat weer doet; dat maakt telkens het probleem alleen maar groter, versterkt juridisering en garandeert dat de 'chaos en onrecht' in het sociaal domein nog lang zullen blijven bestaan!)

2. In plaats van zelfreferentieel of ‘autopoietisch’ recht nader te onderzoeken zouden de externe krachten onderzocht moeten worden die (wetgevings)juristen dwingen tot een legalistische interpretatie van hun vak. (aanbeveling voor de praktijk: ontstatelijk verzorgingsarrangementen of het sociaal domein waar mogelijk zo snel mogelijk, niet door ‘terug’ te gaan maar door het nieuwe publieke domein te benutten en maatschappelijke organisaties te responsabiliseren)
3. Het terugdringen van rechtsinstrumentalisme kan alleen als ook de waarborgfunctie van het recht stevig wordt teruggedrongen. (aanbeveling voor de praktijk: begin met het opzeggen van het EVRM en ter discussie stellen van de EU grondrechtencatalogus)

Literatuur

Duyvendak, J.W. & M. Hurenkamp (red.), *Kiezen voor de kudde. Lichte gemeenschappen en de nieuwe meerderheid*, Amsterdam: Van Gennep 2004.

Foqué, R. & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Gunsteren, H.R. van (1998). *A Theory Of Citizenship: Organizing Plurality In Contemporary Democracies*. Routledge.

Gunsteren, H.R. van & R. Andeweg, *Het grote ongenoegen. Over de kloof tussen burgers en politiek*, Haarlem: Aramith 1994.

Hendriks, F., *Democratie onder druk. Over de uitdaging van de stemmingendemocratie*, Amsterdam: Van Gennep 2012.

Holsteyn, J. van & A. Walter, *Ook de afbreker bouwt op. Negatieve verkiezingscampagnes en hun mogelijke waarde*, in: Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling (red.), *Polarisatie. Bedreigend en verrijkend* (p. 171-187), Amsterdam, SWP 2009.

Howard, P.K., *The Death of common Sense. How Law is Suffocating America*, New York: Random House 1994.

Jhering, R. von, *Der Zweck im Recht*. Leipzig: Breitkopf & Härtel 1877.

Koopmans, T., ‘De rol van de wetgever’, in: Schoordijk (red.) 1970, p. 1-15.

MacCormick, N., *Institutions of Law. An essay in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Porter, T.M. (1995). *Trust in numbers. The pursuit of objectivity in science and public life*. Princeton (NJ): Princeton University Press.

Schlössels, R.J.N. & S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, zesde, geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2010.

Schoordijk, H.C.F. (red.), Honderd Jaar Rechtsleven, Jubileumboek Nederlandse Juristen Vereniging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970.

Tamanaha, B.Z., Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

Teubner, G., Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1989.

Zouridis, S., 'Het incident als bestuurlijke uitdaging', Openbaar Bestuur, 2006, 16, 9, p. 2-4.

Zouridis, S., 'Democratische politie in een tijdperk van flipperkastpolitiek', in: Cahiers Politiestudies, 2014, 32, 3 p. 33-47.

Zouridis, S., E. Wolf, F.J. Herkes. Ontbindend en bindend besturen van de omgeving. Juridisering in de praktijk van omgevingsbesluitvorming. Den Haag: Boom Bestuurskunde 2022.

Stavros Zouridis is hoogleraar bij de Tilburgse School voor Politiek en Bestuur bij de Universiteit van Tilburg.