

RECHT EN REGULERING: SCHIJN OF WERKELIJKHEID?



De samenleving wordt steeds meer gereguleerd. Met het klassieke recht hebben al die regels over excellent onderwijs, zorgplichten et cetera weinig te maken, vindt hoogleraar rechtsfilosofie Pauline Westerman. Bovendien creëren ze vaak een schijnzekerheid die weinig met de werkelijkheid van doen heeft. Desondanks is de regulering een trein die niet te stoppen is. "Iedereen is bureaucraat geworden."

DOOR MIEK SMILDE FOTO'S CHANTAL ARIËNS

"JURISTEN BUIGEN
TE VEEL
HET HOOFD
VOOR
DE SOCIALE
WETENSCHAPPEN"

Haar tongval verraadt haar geboorte-
grond. Schiedam, onder de rook
van de grootste haven van Europa.
Haar vader was wijnhandelaar, haar moe-
der medisch analist. Pauline Westerman
is enig kind.
Ze studeerde aanvankelijk Frans, "maar
dat kwam omdat mijn leraar zo mooi over
Sartre kon vertellen. Ik zat gewoon bij het
verkeerde loket." Ze switchte naar filoso-
fie en promoveerde bij de faculteit Rechts-
geleerdheid op de teloorgang van het na-
tuurrecht. Bij die faculteit werd ze
aansluitend docent en later hoogleraar.

“De cultuurschok tussen filosofie en rechten was groter dan die tussen steden als Rotterdam en Groningen”, herinnert ze lachend. “Filosofen scheppen erg graag op, in ieder geval in de jaren zeventig waarin ik studeerde. De intellectuele controle was groot. Een intimiderende, gepolitiseerde cultuur. Het rode boekje van Stalin werd nog gelezen.” Bij rechten was de sfeer totaal anders. “Oplossingsgericht en pragmatisch”, zoals Westerman stelt. “De studenten waren ook veel ontspanner. Die konden gewoon een hele avond Risk spelen. Bij de filosofen was dat ondenkbaar.”

Filosofen hebben de neiging zich tegen anderen af te zetten en zoeken vooral de spanning op, zegt Westerman. Juristen bouwen eerder voort op wat voorgangers hebben gezegd en geschreven. Het voordeel daarvan is dat de juridische manier van denken rustiger is en minder confronteert. Nadeel is dat verschillen van mening minder snel duidelijk worden. “Het academische debat wordt daardoor wat suf.” Voor het recht zelf is het wel goed, vindt de hoogleraar. “Recht zoekt naar coherentie. Het gaat immers niet alleen om de theorie, maar ook om het recht zelf. Dan is continuïteit heel belangrijk.”

VREEMDE PARADOX

Het verbaast Westerman nog steeds – en in toenemende mate – dat maar weinig fi-

losofen in hun geschriften aandacht aan het recht besteden. “Filosofen schrijven over politiek, maatschappij, cultuur, macht, maar nooit over het recht. Ik weet niet hoe dat komt, maar het bevreemdt mij. Alsof het recht niets te maken heeft met macht of maatschappij.”

Misschien dat het aan de juridische wetenschappers zelf ligt. Die maken gewoon te weinig lawaai. “Juristen buigen te veel het hoofd voor de sociale wetenschappen. Zoals mannen in een vrouwengezelschap voortdurend feministisch gaan doen, zo zeggen juristen veel te snel dat hun wetenschap eigenlijk niet veel voorstelt. Terwijl de maatschappij in toenemende mate door het recht wordt bepaald. Dat is een vreemde paradox.”

Dat de wereld juridificeert staat voor Westerman vast. Wel maakt zij graag het onderscheid tussen het recht als systeem en de regels als middel. Dat laatste noemt Westerman regulering. “De maatschappij wordt steeds meer geformaliseerd”, legt ze uit. “Terreinen die voorheen buiten de reikwijdte van het recht lagen, zoals onderwijs of zorg, zijn inmiddels tot in het extreme gereguleerd. Van museumdirecteur tot fysiotherapeut, iedereen moet zich tegenwoordig verantwoorden volgens gestandaardiseerde protocollen, toetsingskaders en andere vormen van regulering.” Westerman wijt dit onder meer aan de internationale verplichtingen – *positive obligations* – die staten krijgen

WIE IS PAULINE WESTERMAN?

Pauline Westerman is hoogleraar rechtsfilosofie aan de Rijksuniversiteit Groningen. Ze promoveerde in 1997 cum laude op het proefschrift *The Disintegration of Natural Law Theory* waarin ze afrekenet met het idee dat recht een door God of de natuur gegeven, in de kern onveranderlijk en bovenmenselijk verschijnsel zou zijn. Van moraal moet ze niet veel hebben, van de praktische werking van het recht des te meer. De afgelopen jaren hield Westerman zich intensief bezig met de steeds verdergaande regulering van de samenleving en de bijbehorende indicatoren, *benchmarks* en andere formaliteiten. Met het klassieke recht hebben al die regels over excellent onderwijs of zorgplichten weinig te maken,

vindt de hoogleraar. Bovendien creëren ze vaak een schijnzekerheid die weinig met de werkelijkheid van doen heeft. Desondanks is de regulering een trein die niet te stoppen is. “Iedereen is bureaucraat geworden.”

Naast haar professoraat is Westerman onder meer programma-manager van de Academie voor Wetgeving en lid van de KNAW. Ze is redacteur van het tijdschrift *Theory and practice of legislation* (Hart publishers Oxford) en van *Themis*. Vorig jaar verscheen de herziene versie van haar inleiding in de rechtsfilosofie *Het recht als raadsel*. Deze herfst verschijnt het boek in het Zweeds. Pauline Westerman woont samen en heeft twee kinderen.

opgelegd: een goed familieleven, degelijk onderwijs, toegankelijke zorg, men kan het zo gek niet bedenken of het moet worden afgedwongen. Waar het klassieke recht vooral was bedoeld om negatieve gevolgen te vermijden, is de moderne regulering gericht op het bereiken van positieve doelen. “Je kunt zeggen: wie zich als arts misdraagt, moet voor de tuchtrechter verschijnen. Je kunt ook zeggen: een arts moet maximaal op de hoogte zijn van alles wat met de uitoefening van zijn vak te maken heeft. Dat laatste is de manier waarop de samenleving in toenemende mate wordt geordend. Dat noem ik regulering.”

HYPE

Regulering voldoet zelden aan de eisen waaraan het klassieke recht voldoet, vervolgt Westerman haar uitleg. Reguleringsregels worden dikwijls niet opgesteld door democratisch gekozen organen, zijn lang niet altijd voor iedereen kenbaar en zijn veranderlijk waardoor ze minder zekerheid bieden. De impact van dergelijke regels kan echter heel groot zijn.

Als voorbeeld noemt ze de Nederlandse-Vlaamse Accreditatie Organisatie NVAO. Deze organisatie is in het leven geroepen om de kwaliteit van het hoger onderwijs te beoordelen. Afgelopen zomer bleek dat 26 universitaire opleidingen in de geesteswetenschappen een onvoldoende scoorden volgens de NVAO. “Er waren eerst vijftig indicatoren die werden teruggebracht tot drie standaarden: leeromgeving, eindtermen en eindresultaten”, legt Westerman het probleem uit. “Indicatiestellingen als dit zijn waanzinnige exercities die aan de tekentafel worden bedacht, maar goed. Degenen die dit hebben verzonnen, zijn niet democratisch ter verantwoording te roepen, we hebben geen idee wie het zijn. Maar vervolgens wordt wel een van die indicatoren ingevuld door een aantal scripties te bekijken. En vervolgens wordt geconcludeerd dat de hele opleiding niet deugt. Dan gaan de media er mee aan de haal en je hebt een hype. Deze vorm van *naming and shaming* is geen juridische sanctie zoals een boete, maar heeft een veel grotere impact. De opleidingen staan nu als

zwak te boek en er wordt bedreigd de bekostiging in te trekken. En dat allemaal op basis van regelgeving die nauwelijks beantwoordt aan juridische maatstaven; het was onduidelijk wie de beslissing heeft genomen om van vijftig naar drie indicatoren te gaan, de procedure was ondoorzichtig en er was weinig tegen in te brengen: bezwaren van de betrokken faculteiten werden niet eens beantwoord! Daarnaast wisten de beoordeelde instellingen niet dat de eindresultaten doorslaggevend zouden zijn en ook niet dat daarbij vooral naar scripties zou worden gekeken. De manier waarop de scripties werden geselecteerd en beoordeeld was een verrassing.”

Regulering mag dan geen klassiek recht zijn, iedereen beschouwt het wel als zodanig. Het verschil tussen beide vormen van regelgeving is dan ook niet meer helder te trekken, vreest Westerman. “Een rechter die moet beoordelen of aan een bepaalde zorgplicht is voldaan, moet toch bij allerlei zelfregulerende organen en brancheorganisaties te rade gaan om te weten te komen wat gebruikelijk is in het veld. En in plaats van onschuldig te zijn tot het tegendeel is bewezen, moeten mensen in toenemende mate zelf bewijzen dat ze actief bepaalde dingen hebben gedaan. Staten moeten laten zien dat ze maatregelen hebben genomen in de vorm van regelgeving, instellingen moeten laten zien dat ze de regels hebben geïmplementeerd en professionals moeten laten zien dat ze aan die regels hebben voldaan. Zie daar onze realiteit.”

ABSURDE PROPORTIES

Die gereguleerde werkelijkheid kan absurde proporties aannemen. Westerman noemt het programma *De integere overheid* dat tot doel heeft ambtenaren integer te laten functioneren. “Overheidsorganen krijgen de plicht opgelegd om een nobel doel – integriteit – te verwezenlijken en moeten verantwoorden welke concrete maatregelen ze daartoe hebben genomen. Maar hoe bewijs je dat ambtenaren integer zijn? Dat kan helemaal niet. Dus wordt er een orgaan in het leven geroepen, het BIOS (Bureau Integriteitsbevor-

“HOE BEWIJS JE
DAT
AMBTENAREN
INTEGER ZIJN?
DAT KAN
HELEMAAL NIET”

“IK BEN BLIJ DAT IK BIJ DE JURIDISCHE FACULTEIT WERK. HIER IS VAN ALLES TE BELEVEN. BIJ DE FILOSOFEN HELEMAAL NIKS”

dering Openbare Sector, red.) dat cursussen gaat aanbieden. Als een ambtenaar zo'n cursus heeft gevolgd en het werk van Thomas van Aquino heeft bestudeerd, dan is hij integer. Hoe idioot is dat? Bovendien, wat dit jaar voldoende is, is dat volgend jaar niet meer, dus dan moet hij een nieuwe cursus volgen.” Westerman schiet er zelf van in de lach. “Of neem de export van de *rule of law*, dat is ook zo'n lekkere industrie. Daar hebben ze ook van die *benchmarks* voor die bepalen wanneer de rechtstaat nou wel of niet goed is geëxporteerd. Dat is ongelooflijk! Als je dat allemaal moet geloven, is er zowel in de Gazastrook als in de Oekraïne niets aan de hand, omdat er een paar advocaten zijn getraind en er scholing is aangeboden aan de rechterlijke macht...”

Hoe lachwekkend de voorbeelden ook zijn, ze zijn bittere realiteit in de hedendaagse samenleving. De zekerheid die regels als deze suggereren – en waar miljoenen euro's mee zijn gemoeid – is in werkelijkheid schijn. Is het gat tussen schijn en werkelijkheid te dichten? Westerman betwijfelt het. “Het klassieke recht is altijd een abstractie van de werkelijkheid en dat moet ook. Je kunt niet voor elke mevrouw die gaat scheiden eigen regels opstellen. Het probleem is dat er tegenwoordig veel meer actoren zich met de ontwikkeling en toepassing van regels bemoeien. Iedereen is bureaucraat geworden en iedereen is medeplichtig. Bij die NVAO werken allemaal wetenschappers die medeplichtig zijn aan het afserveren van die wetenschappelijke opleidingen. Dat is misschien wel het ergste; heel veel mensen geloven oprecht in de werking van dit soort regelgeving. De regulering zelf wordt dan de werkelijkheid. In zoverre geloof ik dat het proces

van regulering onomkeerbaar is. We hebben het leven onwaarschijnlijk geformaliseerd en dat draai je niet meer terug. Dat is een sombere conclusie, maar theoretisch is het interessant. Die arme fysiotherapeut moet zich tot diep in de nacht verantwoorden en ik mag er mooie lezingen over houden.”

CONFORMISTISCHE MUIZEN

Momenteel houdt Westerman zich vooral bezig met de vraag naar rechtsgelding. “We zijn geneigd om een regel pas geldig te noemen als ze op een bepaalde manier tot stand is gekomen en aan bepaalde voorwaarden voldoet”, herhaalt Westerman nog eens. “Veel van die *soft law* krijgt echter een werking alsof het recht is, terwijl het niet aan de formele geldigheidsvereisten voldoet. Hoe kan dat en hoe werkt dat? Dat wil ik graag weten.” Daarnaast is de hoogleraar gefascineerd door de enorme controle die mensen inmiddels op elkaar uitoefenen. “Vroeger behoorde reputatie niet tot het juridische domein, maar had het meer te maken met normen en waarden die mensen er in een bepaalde buurt op na hielden. Tegenwoordig heeft naming and shaming wel degelijk juridische werking. Dat kan ik nog niet helemaal overzien, maar het is wel interessant om te onderzoeken. Ik ben dus erg blij dat ik bij de juridische faculteit werk. Hier is van alles te beleven. Bij de filosofen helemaal niks.”

Wat Westerman verder intrigeert, is de vraag waarom mensen zich eigenlijk aan het recht houden. In de rechtsfilosofie is het gebruikelijk om de binding aan het recht te verklaren uit ofwel het feit dat recht een ‘dwangorde’ is ofwel vanuit de morele legitimiteit van het recht. In het

eerste geval houden mensen zich aan het recht omdat ze bang zijn voor straf, in het tweede zijn ze het moreel eens met het recht. Westerman vindt het verwonderlijk dat stelselmatig een derde mogelijkheid over het hoofd wordt gezien, namelijk het voordeel dat mensen hebben bij het recht. “Dan doel ik niet zozeer op de omstandigheid dat het recht zorgt voor veiligheid of iets dergelijks, maar eerder op de rechten en bevoegdheden die mensen hebben. Als mensen deze bevoegdheden niet krijgen, is de binding aan het recht minder groot.” Ze geeft een voorbeeld uit de internationale actualiteit. “De laatste jaren heeft premier Maliki van Irak (inmiddels afgetreden, red.) alleen de sjiëten baantjes gegeven en aan die banen zijn rechten en bevoegdheden verbonden. De soennieten hebben geen enkele hoop op enig voordeel van het bestaande rechtssysteem. Op zo'n moment verliezen mensen het gevoel zich aan het systeem te moeten conformeren. Niet omdat ze het moreel verwerpelijk vinden, maar omdat ze gewoon een baantje willen. Bij ons is het min of meer omgekeerd, want iedereen krijgt maar bevoegdheden. Misschien zijn wij daarom van die conformistische muizen geworden die keurig op de trein van de regulering stappen.”

GOEDE REGEL

Of met het recht, bijvoorbeeld door toezichtwetgeving, bepaald sociaal of economisch wenselijk gedrag is af te dwingen, betwijfelt Westerman. “Het hangt af van de functie die men het recht toedicht. Ik maak altijd een onderscheid tussen het recht als instructie – de *do's and don'ts* – en het recht als reden; een reden om een bepaalde beslissing te rechtvaardigen, te bekritisieren, of om gedrag op elkaar af te stemmen. Een goede regel dient beide functies. Ik leg het mijn studenten vaak uit met het schrijven van een paper. Stel dat ik hen verplicht dat ze een literatuurlijst moeten opnemen. Dat is een instructie. Maar het is tegelijk meer dan dat. Door het tot een regel te maken, fungeert het voor mij als een reden om een cijfer te rechtvaardigen. Andersom kan de regel voor de student een reden zijn om mijn



beoordeling te kritisieren, bijvoorbeeld als hij een laag cijfer krijgt ondanks de literatuurlijst.

Regels die deze laatste functies niet goed vervullen, bijvoorbeeld omdat ze steeds worden veranderd of vaag zijn, dienen alleen als tijdelijke instructie. Die regels slaan er nooit in om verwachtingen goed op elkaar af te stemmen. En uiteindelijk zou dat toch een functie van het recht moeten zijn; een manier om verwachtingen en vaak strijdige belangen op elkaar af te stemmen.” ■

LOYALE WETGEVINGSJURISTEN

Westerman is behalve hoogleraar ook programma-manager bij de Academie voor Wetgeving. “Het venster op de werkelijkheid”, noemt ze deze nevenfunctie. Wetgevingsjuristen zijn een slag apart, vindt Westerman. Niet alleen beschikken ze over een grote inhoudelijke expertise, ook zijn ze gevoelig voor politiek-bestuurlijke

ke verhoudingen en kunnen ze uiterst diplomatiek opereren. “Ik zou dat helemaal niet kunnen. Een wetgevingsjurist ziet bijvoorbeeld dat iets juridisch gezien suboptimaal is, maar als de minister het wil, heeft hij het toch te implementeren. Die loyaliteit, daarvoor moet je in de wieg zijn gelegd.”