UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Uitbested, het recht uitgeklee

[Bespreking van: P. Westerman (2018) *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*]

Schwitters, R.

DOI

[10.5553/RdW/138064242019040003006](https://doi.org/10.5553/RdW/138064242019040003006)

Publication date

2019

Document Version

Final published version

Published in

Recht der Werkelijkheid

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Schwitters, R. (2019). Uitbested, het recht uitgeklee: [Bespreking van: P. Westerman (2018) *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*]. *Recht der Werkelijkheid*, 40(3), 59-64. <https://doi.org/10.5553/RdW/138064242019040003006>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

RECENSIES

Uitbesteed, het recht uitgekleet

Rob Schwitters

Bespreking van Pauline Westerman, *Outsourcing the Law, A Philosophical Perspective on Regulation*, Northampton USA: Edward Elgar Publishing 2018, ISBN 978-1-78536-501-0

Dit boek vormt een bewerking van eerder gepubliceerde artikelen en bevat een aantal toegevoegde hoofdstukken. *Outsourced Law* (OL) is Westermans typering van een nieuwe stijl van wetgeving die vanaf de jaren tachtig in zwang is geraakt. Kenmerkend is dat de wetgever volstaat met het vaststellen van na te streven doeleinden en het aan andere (semi)publieke en private instanties overlaat nadere regulering in het leven te roepen, gericht op het realiseren van deze doeleinden. Deze stijl onderscheidt zich van een door haar als *Traditional Law* (TL) getypeerd model, waarin in de wet duidelijk bepaalde gedragsvoorschriften zijn opgenomen, die uitkomst zijn van een daaraan voorafgaande afweging van uiteenlopende waarden en doeleinden. OL wordt doorgaans geapprecieerd als leidend tot meer decentralisering en daarmee tot meer effectiviteit, flexibiliteit, alsmede de deur openend voor lokale expertise en een meer directe participatie van burgers. Westerman laat zien dat daar niets van terecht komt: OL leidt in de praktijk tot veel rigiditeit, fragmentatie van regulering en verantwoordelijkheden, vervreemdende rapportage- en verantwoordingsplichten, minder rechtsbescherming en tot een democratisch deficit.

Na drie hoofdstukken waarin de kenmerken van deze nieuwe stijl uiteen zijn gezet, wordt in het vervolg achtereenvolgens preciezer uit de doeken gedaan wat de implicaties zijn van deze stijl voor bij regelgeving betrokken actoren (hoofdstuk 4), voor democratische controle (hoofdstuk 5), voor rechterlijke toetsing (hoofdstuk 6), voor het rechtswetenschappelijk onderzoek (hoofdstuk 7) en hoe deze stijl van wetgeving moet worden gewaardeerd in het licht van de *Rule of Law* (hoofdstuk 8). Het slothoofdstuk (hoofdstuk 9) heeft vooral een samenvattend karakter.

In de eerste drie hoofdstukken worden de kenmerkende trekken van OL geschetst. De wetgever volstaat met het voorschrijven van ambities en doeleinden en onthoudt zich van het geven van concrete instructies die aangeven welk gedrag verboden of geboden is. Een voorbeeld vormt de Nederlandse Flora en Faunawet 1998 die bepaalt dat '(een ieder voldoende zorg in acht neemt) voor in het wild levende dieren, planten, alsmede voor hun directe leefomgeving'. Deze stijl van regulering kan met name worden aangetroffen in Europese kaderwetgeving. In dergelijke wetten zijn de geadresseerden diegenen aan wie nadere regelgeving wordt uitbesteed. De oriëntatie op doeleinden, op resultaat, is het bij uitstek onderscheidende kenmerk van OL.

De uitbesteding van regelgeving aan andere instanties is een activiteit die zich doorgaans herhaalt: een met concretisering van regelgeving belaste instantie kan op haar beurt een volgende instantie opdragen regels nader te concretiseren. Dit patroon van uitbesteding heeft volgens Westerman ingrijpende gevolgen voor de oriëntatie op en de functie van de regels. Zij analyseert die transformatie in hoofdstuk 4 in termen van het *Principal-Agent* (P.A.)-model. P als opdrachtgever moet toetsen of A zijn opdracht adequaat uitvoert en A moet verantwoording afleggen over welke stappen zijn ondernomen om de opdracht adequaat uit te voeren en het beoogde doel te realiseren. Kortom, de rapportage en verantwoording aan P komen centraal te staan. Dit leidt ertoe dat A zich anders op de regels gaat oriënteren dan wanneer geen reguleringsoopdracht uit handen van een andere instantie zou zijn ontvangen. Het zet aan tot een proces van explicitering en formalisering van regels, opdat de handelingen controleerbaar worden. Dit manifesteert zich met name in de introductie van prestatie-indicatoren en protocollen. Een van de onwenselijke effecten is dat werkprocessen die niet kunnen worden geformaliseerd uit de documenten verdwijnen en worden vervangen door processen die beter te objectiveren en visualiseren zijn. Ambachtelijke vuistregels dienstbaar aan de kwaliteit van werkzaamheden worden al snel vervangen door strikte protocollen. Zo ontstaat uiteindelijk een rigiditeit die alle efficiëntie en effectiviteit frustreert.

In hoofdstuk 5 worden de implicaties van de nieuwe stijl van wetgeving voor democratische besluitvorming aan de orde gesteld. Westerman verwerpt de hoge verwachtingen van diegenen die in deze stijl van wetgeving – als manifestaties van *grass-roots*, deliberatieve democratie of responsief recht – een remedie zien voor de tekortkomingen van een representatieve democratie. Zij verwerpt de veronderstelling dat met deze regulering burgers directer bij regelgeving, handhaving en toezicht betrokken zouden worden. Een tekortkoming van OL vanuit democratisch gezichtspunt is met name dat de stem van burgers er pas toe doet als de eerste regelgever al beslist heeft over selectie en prioritering van doeleinden. Burgers participeren bovendien uitsluitend vanuit een functionele betrokkenheid, als *stakeholders*. Zij hebben niet de kans waarden en doeleinden volwaardig tegen elkaar af te wegen.

De rol van de rechterlijke macht staat centraal in het volgende hoofdstuk. Die wijkt bij OL wezenlijk af van die bij TL. Ten eerste komen zij indien zij moeten beslissen in moeilijke gevallen, anders dan bij TL, niet toe aan een volwaardige zoektocht naar en afweging van achterliggende waarden en doeleinden die ten grondslag liggen aan die regels. Daarmee wordt hun de gelegenheid ontnomen een bestaand compromis tussen die waarden en doeleinden open te breken of een nieuw doel of een nieuwe waarde toe te voegen. Ten tweede komt de rechter buiten spel te staan omdat hij nauwelijks de mogelijkheid heeft om in het proces van uitbesteding tot stand gekomen concrete normen te toetsen aan het oorspronkelijke abstracte doel, omdat bij nadere regelgeving betrokken instanties over veel discretionaire ruimte beschikken. Ten derde ontbreekt het rechters, indien regelgeving is uitbesteed aan instituties binnen specifieke sectoren, doorgaans eenvoudigweg aan de benodigde kennis om goed te kunnen toetsen. Ten vierde verschaffen regels die vrij concreet te bewerkstelligen doeleinden vastleg-

gen geen rechten aan de door die regels begunstigen. Westerman wijst daarnaast nog op een eigenaardigheid van normen die aspiraties vastleggen. De plichten die voortvloeien uit aspiraties zijn niet duidelijk bepaald en grenzeloos. De rechter zal dan op basis van het streven naar rechtszekerheid geneigd zijn om uit de regels slechts minimale verplichtingen voor regulerende instanties af te leiden. Al deze factoren gezamenlijk maken dat veel OL-regulering buiten het bereik blijft van rechterlijke toetsing. Daarnaast ziet Westerman de rechterlijke macht haar monopolie op het terrein van regeltoepassing en geschilbeslechting verliezen. OL brengt behalve een uitbesteding van regelgeving ook een uitbesteding van geschilbeslechting met zich mee (alternatieve geschilbeslechting), met name om beter te kunnen voorzien in sectorgebonden expertise.

Een zelfstandig hoofdstuk wordt gewijd aan de implicaties van OL voor rechtswetenschappelijk onderzoek. De in de laatste jaren groeiende belangstelling voor empirische benaderingen van recht schrijft Westerman toe aan deze nieuwe stijl van regulering. Deze leent zich niet voor traditioneel doctrinair juridisch onderzoek, waarin recht uitsluitend wordt gezien als een zelfreferentieel systeem dat gefundeerd is op een conditioneel ('als... dan') programma. Omdat OL gericht is op de realisering van sociale doeleinden, krijgt het de gedaante van een doelrationeel programma en is het aangewezen op empirische kennis. Westerman stelt echter dat binnen deze doelgerichte oriëntatie conditionele programmering nog wel een rol speelt. Met het oog op verantwoording en toetsing worden stappen die moeten leiden tot realisering van beoogde doeleinden vertaald in 'als... dan'-aanwijzingen. Deze zijn bijvoorbeeld te herkennen in in ziekenhuizen bestaande protocollen, zijnde voorschriften die aangeven welke handelingen vanuit het oogpunt van goede gezondheidszorg geboden zijn. Uiteindelijk laten overigens ook deze in protocollen neergelegde regels zich wel toetsen vanuit empirisch oogpunt: dragen de voorgeschreven handelingen werkelijk bij aan goede gezondheidszorg?

Dan volgt een hoofdstuk waarin Westerman de vraag stelt hoe OL gewaardeerd moet worden in het licht van de *Rule of Law*. Volgens haar doet OL wel recht aan waarden die doorgaans onderdeel uitmaken van de *thick description of the Rule of Law*, zoals mensenrechten en gelijkheid in materiële zin, maar staat deze stijl van wetgeving doorgaans op gespannen voet met de meer formele eisen die besloten liggen in de *thin description of the Rule of Law*.¹ Het voor OL kenmerkende streven om door middel van differentiatie, flexibiliteit en responsiviteit recht te doen aan lokale omstandigheden laat zich moeilijk verenigen met algemeenheid en bestendigheid; eisen waaraan traditionele wetgeving wel tegemoetkomt. Dit heeft zowel negatieve gevolgen voor het coördinerend vermogen van die regels als voor de rechtszekerheid. Overigens holt OL ook het normatieve gewicht van regels uit. Waar traditionele regels berusten op een compromis, op aan de regelgeving voorafgaande afweging van doelen en waarden, zijn OL-regels gericht op het realiseren van een enkel doel en meten ze slechts in welke mate dat doel is gerealiseerd.

1 Rechtstheoretici plegen twee concepten van de Rule of Law te onderscheiden: *a thin description* verwijzend naar formele kenmerken en *a thick description* verwijzend naar meer substantiële kenmerken. Zie met name: Tamanaha 2002.

Dit hoofdstuk eindigt met kanttekeningen bij de gevolgen van het feit dat Rule of Law een exportproduct is geworden naar landen met fragiele politieke regimes. Ook hier weer Westermans aandacht voor het feit dat regels een geheel andere functie krijgen wanneer de regels niet alleen dienen voor de ordening van de onderlinge verhoudingen (in dit geval in het ontvangende land), maar regels tegelijkertijd aangewend worden om verantwoording af te leggen aan de instanties of landen die als donor fungeren. Er worden dan al snel regels en instituties in het leven geroepen die een indicatie kunnen bieden van het feit dat er vooruitgang geboekt wordt maar die intern geen enkele betekenis hebben omdat zij niet gezamenlijk door bevolking en politiek verantwoordelijken in het ontvangende land worden gedragen.

Het slothoofdstuk heeft vooral een samenvattend karakter, maar er worden ook enkele nieuwe thema's aan de orde gesteld. Zo wijst Westerman op het feit dat deze nieuwe stijl van regulering de tendens heeft zich snel te verspreiden omdat het gedragen wordt door recentelijk rijkelijk beschikbare technieken, zoals *big data*, geavanceerde statistische methoden en *Human Resource Management*. Hiermee sluit zij aan bij Foucaults analysekader. In zijn werk is een leidend thema dat nieuwe disciplinerings technieken tot revolutionaire veranderingen kunnen leiden op het terrein van recht en regulering. Ook in het voetspoor van Foucault herkent Westerman in het gecombineerd effect van nieuwe technieken en de uitholling van het autonome recht een nieuw model van discipline. Heeft de voorkant van het recht een redelijk gezicht, want als generalistisch en symmetrisch beschouwd, de achterkant van het recht is asymmetrisch en particularistisch. OL is gericht op resultaat, efficiëntie en snelheid. Wat ontbreekt zijn door formele regels scherp afgebakende competenties en bevoegdheden, bovendien hebben normen geen duidelijk bepaalde betekenis.

In de laatste passage van het boek wordt het democratisch tekort dat eigen is aan OL nog eens belicht. De opmars van OL maakt dat het juridisch-politieke centrum steeds minder in staat is decentrale regulering te controleren. Volgens Westerman leidt dit tot een uitholling van de traditioneel democratische *checks and balances*. Zij ziet geen heil in een restauratie van de autoriteit van het centrum. Hoe dit proces dan te keren? Haar gedachten gaan in de richting van een versterking van democratische controle en rechterlijke toetsing van decentrale regulering. Dit thema wordt niet uitgewerkt, maar gereserveerd voor een volgend boek. Hoewel door een rechtsfilosofe geschreven en als filosofisch onderzoek gepresenteerd, zou *Outsourcing the Law* zo voor een sociaalwetenschappelijke studie kunnen doorgaan. Helder en subtiel worden markante trekken van twee contrasterende stijlen van wetgeving en regulering beschreven op een wijze die doet denken aan de ideaaltypische onderscheidingen van de socioloog Max Weber. Bovendien maakt Westerman in haar analyse rijkelijk gebruik van sociaalwetenschappelijke verklaringsmodellen als de ruiltheorie van Blau, de *Principal-Agent*-theorie en het door Luhmann gemaakte onderscheid tussen conditionele programma's en doelprogramma's. Verder vormt haar analyse een treffende illustratie van het in de sociale wetenschappen gebezigde begrip *goal-displacement*. Haar schroom om haar onderzoek als sociale wetenschap te afficheren, zal te maken hebben met haar overtuiging dat veel van haar observaties nader empi-

risch onderzoek vergen. Maar laat dat zo zijn. Het boek is inspirerend, want het brengt prangende ontwikkelingen betreffende recht, regulering, rechtsstaat en democratie in samenhang in kaart en analyseert een belangrijke oorzaak van de zo algemeen beleefde vervreemdende regeldruk en bureaucratie. Zo lokt het boek uit tot tal van onderzoeksvragen waar sociaalwetenschappers met behulp van empirische onderzoeksmethoden hun tanden in kunnen zetten.

Vanuit sociologische optiek gezien, zou iets dieper kunnen zijn ingegaan op de vraag waarom OL als stijl van wetgeving de afgelopen decennia zo in zwang is geraakt. Niet dat Westerman deze vraag eenvoudigweg negeert. In het slothoofdstuk stipt ze bijvoorbeeld de grote betekenis aan van het beschikbaar komen van nieuwe technieken zoals ICT en Human Resource Management. Die verklaring komt echter niet goed uit de verf, omdat in het boek verder weinig te vinden is over de werkelijke invloed van deze technieken. Ook refereert ze aan voor de hand liggende verklaringen als de groei van Europese en andere internationale wetgeving, waardoor het voor de centrale regelgevers steeds moeilijker wordt op basis van strikte gedragsnormen recht te doen aan lokale omstandigheden. Verder wijst ze op de steeds grotere betekenis van gespecialiseerde expertise, waardoor centrale regelgevers genoopt zijn een groot deel van hun taken uit handen te geven. Meer geraffineerde verklaringen waren mijns inziens mogelijk geweest door activiteitengebieden te onderscheiden waar OL meer of minder is doorgedrongen en door oog te hebben voor de bijzondere gedaante van deze stijl van regulering binnen die gebieden. Ontwikkelingen op het terrein van veiligheid, milieu, onderwijs en gezondheidszorg worden door Westerman over een kam geschoren. Ik vermoed echter een verschil tussen terreinen waar centrale regelgevers grenzen stellen aan de gulzige rationaliteit van de markt (bijvoorbeeld veiligheid en milieuzorg) en daar waar sprake is van door professionals verrichte publieke dienstverlening (onderwijs en gezondheidszorg). Met name zou preciezer kunnen worden nagegaan of met nadere regelgeving belaste instanties of rechters op al deze terreinen even sterk gebonden zijn aan het door de centrale regulerende instantie vastgestelde doel en of zij even weinig ruimte hebben om andere doelen en waarden bij de regelgeving en toetsing te betrekken.

Outsourcing the Law kan in de traditie geplaatst worden van kritische benaderingen van instrumentalisering van recht, waarin vooral de uitholling van de intrinsieke waarde van recht geproblematiseerd wordt. Westerman zoekt zelf nadrukkelijk aansluiting bij de opvattingen van Foucault die het recht ziet ontwikkelen tot een disciplinerings technologie.² Zij levert een originele bijdrage aan deze kritische benaderingen door een scherpzinnige analyse te geven van de logica waarop een zich recent voordoende stijl van wetgeving gefundeerd is.

Dat Foucault inspiratiebron is geweest, laat zich niet alleen aflezen uit de nadrukkelijke vergelijking van OL met de door hem gethematiseerde disciplinerings technieken. Westermans analyse is ook verwant met zijn denken, in die zin dat de analyse eerder gespist is op discontinuïteit dan op de continuïteit van ontwikkelingen. Zij schetst OL alsof het een zelfstandig discours is dat met een rechtlijnige en onverbiddelijke logica het karakter van wetgeving en rechterlijke toet-

2 Foucault 1991.

sing in een klap transformeert, met verstrekkende gevolgen: het bindt regelgevers en rechters aan de realisering van een enkel doel, de regels ontsnappen aan democratische controle, alsmede een volwaardige rechterlijke toetsing, het leidt tot vervreemdende regeldruk en vormt de voedingsbron van de recente *empirical turn* in de rechtswetenschappen. Door het eigen karakter en de verstrekkende betekenis van OL zo sterk te benadrukken wordt de voorgeschiedenis van een al aan het einde van de negentiende eeuw aangevangen proces van instrumentalisering van het recht uit het oog verloren. Toen traden er al effecten op die door Westerman nu categorisch aan OL worden toegeschreven, zoals de groeiende belangstelling voor empirische benaderingen van het recht.³ Weber constateerde ruim honderd jaar geleden al dat een meer doelrationeel wordend recht steeds ontoegankelijker zou worden voor leken, en slechts inzichtelijk voor experts.⁴ In feite voorzagt hij het probleem van democratische controle. Met deze verwijzing naar verwante ontwikkelingen in vroegere perioden is overigens niet gezegd dat er met OL niets nieuws onder de zon is. Maar we worden niet geconfronteerd met een nieuw discours dat zomaar uit de lucht komt vallen. Wel met een intensivering van de problematische aspecten van instrumentalisering.

Hoewel Westerman bescheiden is over de empirisch gesproken robuustheid van haar observaties, kan haar analyse toch bijdragen aan het in de sociale wetenschappen gekoesterde ideaal van zo objectief en neutraal mogelijke waarneming. In de sociaalwetenschappelijke bestudering van het recht bestaat een sterke tendens om bottom-up benaderingen, zoals co-regulering en zelfregulering, te omarmen. Aanvankelijk was dit een terechte kritiek op de traditionele, vooral onder juristen levende, gedachte dat recht vanuit een centrale regelkamer top-down in de samenleving geïmplementeerd wordt. Westermans ontmaskering waarschuwt tegen een naïeve koestering van idealen van zelfregulering en bottom-up benaderingen: regulering die geïnspireerd is door dergelijke idealen kan verworden tot een disciplinerings technologie, tot meer vervreemdende regeldruk, bureaucratie en tekortschietende democratische en rechterlijke controle. De werkelijkheid is te ingewikkeld om zich zomaar in begrippen als top-down en bottom-up te laten vangen.

Referenties

- Foucault, M., *Discipline and Punish, The birth of the Prison*, London: Penguin Books 1991.
 Tamanaha, B., 'The Rule of Law for Everyone?', *Legal Problems* 2002(55).
 Tamanaha, B.Z., *Law as a Means to an End, Threat to the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.
 Schuyt, C.J.M., *Recht en Samenleving* (2^e druk), Assen: Van Gorcum 1983.
 Weber, M., *Economy and Society, An Outline of Interpretive Sociology*, Volume II, Berkeley and Los Angeles: University of California Press 1978.

3 Zie met name: Schuyt 1983, p. 155; Tamanaha 2006.

4 Max Weber, Volume 2, Ch. VIII, 1978, p. 895.