

De gespleten opdracht van het recht

Autonomie en verbondenheid in het privaats-, straf- en staats- en bestuursrecht

Lukas van den Berge*

De nabijheid van anderen is voor volwaardig menszijn onontbeerlijk, maar kan ons ook tot stikkens toe benauwen. Het moderne recht tracht ons lucht te geven door scheidingen aan te brengen tussen individuen onderling. Maar tegelijk zal het moeten erkennen dat de mens een gemeenschapswezen is dat in afzondering van anderen niet volwaardig kan bestaan. Hoe kan het recht aan die gespleten opdracht het best voldoen? Dit artikel bespreekt aan de hand van de bijdragen aan dit Bijzonder Nummer hoe de spanning tussen idealen van autonome vrijheid en verbondenheid het gehele recht in haar greep houdt.

1 Inleiding

Wie vaak in de file staat, in spitstreinen rondrijdt of op voorspraak van zijn kinderen wel eens een pretpark bezoekt, zal het meteen beamen: de hel, dat zijn de anderen.¹ Een wensdroom waarmee wij innig vertrouwd zijn behelst de ontsnapping naar een onbewoond eiland, waar niemand voor je neus loopt, niets hoeft en lekker leven de leus is. Alle dagen zijn er fijn. De kokosnoten vallen uit eigen beweging uit de bomen en leveren de benodigde drank en spijs. Het is er tamelijk primitief, dat wel, maar je hoeft er met niemand rekening te houden en alles gaat vanzelf, zodat je de hele dag kunt luieren. Je kunt er helemaal jezelf zijn en loopt er desgewenst naakt rond, ongehinderd door de blik van anderen. Zou dat niet heerlijk zijn? Of zou een kokosdriet op den duur toch gaan vervelen? En zijn alle dagen echt wel zo fijn op een onbewoond eiland? Hoe weten we eigenlijk wie we zelf zijn wanneer er geen anderen in de buurt zijn tot wie wij ons kunnen verhouden? De nabijheid van de ander kan uiterst beklemmend zijn, dat is waar, maar is een afgezonderd menszijn überhaupt wel mogelijk? 'Wie niet in een gemeenschap leeft is een beest of een

god', schrijft Aristoteles in zijn *Politica*. Zoals een voet of hand niet kan overleven zonder het lichaam zou een volwaardig menselijk bestaan buiten de natuurlijke kringen van *oikos* (huishouden, familie) en *polis* (stadstaat) ondenkbaar zijn.² Buiten de gemeenschap rest hooguit een bestaan als een 'schets tot een mens', een snelle aanzet van menselijke mogelijkheden die verder oningevuld blijft.³ Maar toch: een ontsnapping naar een onbewoond eiland waar je met niemand iets te maken hebt, zelfs al is het maar tijdelijk, is dat niet ook heel aantrekkelijk? Want zeg nou zelf: verhoudingen tot anderen zijn dan misschien onontbeerlijk, maar kunnen ons ook tot stikkens toe benauwen.

Een wensdroom waarmee wij innig vertrouwd zijn behelst de ontsnapping naar een onbewoond eiland, waar niemand voor je neus loopt, niets hoeft en lekker leven de leus is

* Mr. L. van den Berge is universitair docent aan de Erasmus School of Law, vakgroep Sociologie, Theorie en Methodologie en oud-redacteur van dit tijdschrift. Dit artikel bouwt deels voort op L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016. Om redenen die geen van beide auteurs aan te rekenen zijn, is de bijdrage van Titiaan Keijzer niet meegenomen in deze aggregerende bijdrage.

1 Vgl. J.P. Sartre, *Huis Clos*, Paris: Gallimard 1947, p. 93: '[L]e souffre, le bûcher, le grill... Ah ! quelle plaisanterie. Pas besoin de grill: l'enfer, c'est les Autres.' (Zwavel, brandstapel, braadrooster – allemaal lachwekkend. Een braadrooster is helemaal niet nodig: de hel, dat zijn de Anderen.)

2 Aristoteles, *Politica* 1252a-1253b.

3 P. Ricoeur, *Le Juste*, Paris: Esprit 1995, p. 37-40; vgl. P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris: Éditions du Seuil 1990, p. 14: 'L'ipséité du soi-même implique l'altérité à un degré si intime que l'une ne se laisse penser sans l'autre.'



Het moderne recht creëert kleine onbewoonde eilandjes waarop losse individuen zich terug kunnen trekken, heerlijk met de billen bloot kokosmelk drinken en hun geluk kunnen najagen op de wijze waarop zij dat zelf juist achten.⁴ In feodale tijden was dat anders; het individu werd geacht op te gaan in een goddelijke orde als naadloos stelsel van onderlinge verhoudingen waarbinnen een ieder een vaste plaats heeft.⁵ In weerwil van dat stelsel ontwikkelde het moderne recht zich tot een ‘art of separation’ die individuen bevrijdt uit die verhoudingen en strakke grenslijnen trekt tussen mijn en dijn, publiek en privaat en recht en beleid. In de ‘world of walls’ die het moderne recht in het leven roept weet het individu zich steeds zeker van een autonome ruimte waarbinnen het zijn ongehinderde gang kan gaan, zich veilig wetend achter de hoge muren waarmee het recht hem buiten bereik van anderen plaatst.⁶ Contractsfilosofen beschreven de politieke en juridische orde in weerwil van Aristoteles niet als een *natuurlijk lichaam* dat conceptueel aan zijn leden voorafgaat, maar als een *artificieel construct* – een *kunstwerk* – dat door autonome burgers zelf in het leven is geroepen. Het staatskunstwerk maakt hen scheppers naast God, ‘authors to themselves in all, both what they judge and what they choose’, voortaan bevrijd van verhoudingen die hen voorheen als vanzelfsprekend beknelden.⁷ In zijn bevrijdingsdrift schrijft de contractsfilosofie een transformatie voor van een *natuurlijke* naar een *civiele* toestand waarin het individu zijn autonomie behoudt door zich nog slechts uit te leveren aan zichzelf als zijn eigen wetgever.⁸ De juridische en politieke orde geldt daarbij nog slechts als legitiem wanneer zij jegens elk afzonderlijk subject op rationele wijze kan worden gerechtvaardigd.⁹ Een hoogtepunt bereikt die gedachte wellicht bij Kant, die het recht beschrijft als het geheel van bepalingen dat ieders autonome sfeer van gelijke vrijheid zo veel mogelijk intact laat.¹⁰

Aan de gedachte van de rechtsorde als de kunstmatige schepping van autonome individuen werd vooral in de late negentiende eeuw vaak een nogal formalistische invulling gegeven

Aan de gedachte van de rechtsorde als de kunstmatige schepping van autonome individuen werd vooral in de late negentiende eeuw vaak een nogal formalistische invulling gegeven, die kort gezegd inhoudt dat de burger alles mag tenzij een voldoende specifieke wettelijke bepaling daaraan in de weg staat, terwijl de overheid alleen mag handelen op grond van bevoegdheden die haar door de wet zijn verleend. In een vermaarde studie spreken Nonet en Selznick in dit verband van ‘autonomous law’, waarvan de opkomst kan worden verklaard als een reactie op de ‘repressive law’ die premoderne samenlevingen kenmerkt.¹¹ Het autonome recht sluit dankbaar aan bij het beeld van vrije burgers die slechts gehoorzaamheid verschuldigd zijn aan principes die herleid kunnen worden tot hun eigen autonome keuze. De autonome staat kent een ‘government of laws and not of men’¹² die elke schijn van willekeur vermijdt en zonder aanzien des persoons toepassing geeft aan de algemene regels en principes. De autonome rechtsopvatting heeft ontegenzeggelijk enorme verdiensten, maar kan soms toch ook aanleiding geven tot grote problemen. In haar procedurele gedaante legt zij grote nadruk op abstracte normen en vermindert zij het aantal juridisch relevante feiten, zodat het autonome recht op grote afstand komt te staan van de sociale realiteit. In zijn gerichtheid op formele zuiverheid staat het autonome rechtsstatelijk denken vaak op gespannen voet met materiële doelen en behoeften. De autonome ‘rule of law, not men’ richt de blik immers in de eerste plaats op de rationeel-legale orde en niet zozeer op hetgeen nodig of wenselijk is binnen concrete sociale verhoudingen. Veel critici zien in het autonome denken daarom vooral een eenzijdige nadruk op een wereldvreemde ‘systemrationaliteit’ die het maatschappelijk leven ernstige schade heeft toegebracht – aanleiding gevend tot verschillende ‘sociale pathologieën’ die de gewone leefwereld van burgers ernstig hebben ontwricht.¹³

De moderne rechtstheorie laat zich voor een belangrijk deel beschrijven als een zoektocht naar een model waarin de uitwassen van het autonome recht worden teruggedrongen zonder de waardevolle elementen ervan geheel in te leveren.¹⁴ Anders dan cyclopen – de eenogige reuzen uit het epos van Homerus – zijn mensen geen onverbonden wezens die hun dagen slijten in totale afzondering van elkaar. Waarom zou het dan zinvol zijn de rechtsorde langs de abstracte maatstaf van een gedachte-experiment te leggen dat daar wel van uitgaat? In weerwil van de autonome

- 4 Vgl. o.a. S. Veitch, *Law and Irresponsibility. The Legitimation of Human Suffering*, London: Routledge 2007.
- 5 Vgl. o.a. M. van Creveld, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge: Cambridge University Press 1999, p. 51, waar Van Creveld de feodale orde beschrijft als ‘a seamless web in which each person [...] had his appointed place’.
- 6 M. Walzer, ‘Liberalism and the Art of Separation’, *Political Theory* 1984, p. 315-330.
- 7 J. Milton, *Paradise Lost* (1667), 3.122-123. Zie verder o.a. S. Sim & D. Walker, *The discourse of sovereignty, Hobbes to Fielding: the state of nature and the nature of the state*, London: Ashgate 2003, p. 13 e.v.
- 8 Het sociale contract van Rousseau bijvoorbeeld behelst een ‘aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté’ die een einde maakt aan het ‘droit du plus fort’ van de natuurtoestand en een transformatie teweeg brengt van een ‘état de nature’ naar een ‘état civil’ waarin het individu alleen nog gebonden is aan hetgeen hij wil of althans zou moeten willen. J.J. Rousseau, *Contrat social* (1762), 1.8. Zie voor een goede inleiding en vertaling en verdere verwijzingen onder meer G. van Roermund e.a., *Het maatschappelijk verdrag, of Beginselen der staatsinrichting*, Amsterdam: Boom 1995.
- 9 Vgl. o.a. J. Waldron, ‘Theoretical Foundations of Liberalism’, *The Philosophical Quarterly* 1987, p. 132.
- 10 Zie I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), 6.238.
- 11 Ph. Nonet & Ph. Selznick, *Law and society in transition. Toward responsive law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2001 [1978], p. 53 e.v.
- 12 Constitution of the Commonwealth of Massachusetts, deel 1, art. 30.
- 13 Van bijzondere importantie zijn A. Honneth, *Pathologien der Vernunft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2007 en A. Honneth, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2011.

leer kwamen rond 1900 verschillende stromingen op die de droom van het onverbonden individu wensten in te ruilen voor de notie van essentiële intersubjectieve verbondenheid als centraal vertrekpunt van de juridische en politieke orde. Onder de vlag van de *Interessenjurisprudenz* merkten Rudolf von Jhering en zijn navolgers bijvoorbeeld niet het individuele *recht*, maar het bovenindividuele *belang* aan als de ‘Schöpfer des ganzen Rechts’.¹⁵ Verwante opvattingen werden verkondigd door de Amerikaanse rechtsrealisten, die braken met de autonome fixatie op abstracte rechtshandhaving en in plaats daarvan primair geïnteresseerd waren in de sociale werking van het recht.¹⁶ Op die manier ontstond ruimte voor ‘relationele’ rechtsopvattingen volgens welke juridische regels niet per definitie ‘zonder aanzien des persoons’ worden toegepast, maar veeleer in het licht van de omstandigheden van het particuliere geval en de concrete hoedanigheid van de betrokken partijen. Niet anders dan de autonome leer herbergt de relationele zienswijze behalve voordelen ook gevaren. Hoe nu verder met de – op zichzelf toch waardevolle – autonome gedachte dat het recht het individu juist ten dienste staat om aan zijn concrete verbondenheid met anderen zo af en toe te ontsnappen en zijn eigen particulariteit te ontstijgen?

Relationele opvattingen van het recht bieden in vergelijking met het autonome rechtsdenken de mogelijkheid het juridische blikveld aanzienlijk te verruimen

2 Privaatrecht

Relationele opvattingen van het recht bieden in vergelijking met het autonome rechtsdenken de mogelijkheid het juridische blikveld aanzienlijk te verruimen. Vooral in het privaatrecht is daarvan sinds het interbellum dankbaar gebruik gemaakt. Vrouwe Justitia draagt er al lang geen blinddoek meer, maar geeft zich niet zelden expliciet rekenschap van de omstandigheden van het geval en de hoedanigheid van de bij het rechtsconflict betrokken partijen. Waar het onrechtmatiggedaadsrecht voorheen bepaalde dat een rechtssubject slechts verplichtingen heeft tot anderen voor zover die voortvloeien uit een voldoende specifieke wetsbepaling, is men naar huidige juridische maatstaven verplicht

de zorgvuldigheid te betrachten ‘welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed’.¹⁷ In het goederenrecht ontwikkelde het eigendomsrecht zich van een ‘droit inviolable et sacré’ tot een recht dat specifieke ‘betrekkingen (*relaties*) in zich sluit’.¹⁸ Dat wil zeggen: de eigenaar oefent zijn bevoegdheid niet uit in het luchtledige, maar in concrete, juridisch relevante verhoudingen tot anderen die de uitoefening ervan in bepaalde gevallen kunnen beperken. Een duidelijke relationele signatuur kwam verder tot uiting in het contractenrecht, dat een eenzijdige nadruk op partijautonomie verruilde voor de gedachte dat de rechtsband tussen contractanten in meest fundamentele zin wordt beheerst door het intersubjectieve beginsel van de ‘goede trouw’, ‘medebrennende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’.¹⁹ Die goede trouw (of ‘redelijkheid en billijkheid’, zo men wil) houdt naar moderne opvattingen bovendien in dat het privaatrecht niet blind kan zijn voor ongelijke machtsposities. Het contextuele contractenrecht gaat niet meer onverkort uit van het formele uitgangspunt van privaatrechtelijke horizontaliteit, maar geeft zich rekenschap van materiële verhoudingen en opereert op grond van het beginsel dat zwakkere partijen compensatoire bescherming verdienen.²⁰

De opkomst van het consumentenrecht is een voorbeeld bij uitstek van de wijze waarop het moderne contractenrecht tot vergaande ontmaskering is overgegaan

De twee privaatrechtelijke bijdragen aan dit Bijzonder Nummer snijden beiden problemen van modern relationeel contractenrecht aan. Het artikel van Mak gaat over het consumentenrecht, een rechtsgebied dat de afgelopen decennia een hoge vlucht heeft genomen, vooral ook op grond van Europese regelgeving en jurisprudentie. Volgens autonome principes geldt de sfeer van het contract als de ruimte bij uitstek waarin het rechtssubject zich kan onttrekken aan zijn bepaaldheid en zijn geluk mag najagen zoals hem dat zelf goeddunkt. De spil van het klassieke contractenrecht is de ‘persoon’, dat wil zeggen, het juridische *masker* waarachter het particuliere subject zich kan verschuilen en dat een sfeer van autonome vrijheid schept waarin

14 Vgl. o.a. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1992, p. 15 e.v.

15 Zie o.a. R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig: Breitkopf 1923 [1877]: ‘Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts’ (motto).

16 Zie o.a. B. Leiter, ‘American Legal Realism’, in: M.P. Golding & W.A. Edmundson (red.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell 2005, p. 50-66.

17 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum / Cohen*).

18 G.J. Wiarda, ‘De relativiteit van rechtsverhoudingen in het algemeen en van den eigendom in het bijzonder’, *WPNR* 1961, p. 583.

19 HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris / Riezenkamp*). Reeds ‘dengene die overeenkomt aan te gaan’ heeft jegens zijn wederpartij bepaalde juridische verplichtingen die niet voortvloeien uit specifieke geschreven bepalingen, maar uit hetgeen het ‘voorpositieve’ beginsel van de goede trouw in een bepaald geval vereist. Zie over de relativering van het overeenkomstenrecht verder met name J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking. Een rechtsvergelijkende studie* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1990.

20 Vgl. o.a. H.S. Taekema, ‘Private law as an open legal order. Understanding contract and tort as interactional law’, *NJLP* 2014, p. 140-149.

de formele gelijkheid van de rechtssubjecten voorop staat.²¹ Of hij man of vrouw, katholiek of protestant, christen of jood is maakt niets uit; evenmin is van belang of het gaat om een natuurlijke persoon of een rechtspersoon.²² Het autonome recht richt zich alleen op de onbepaaldheid van het uitwendige masker en niet op het bepaalde subject achter dat masker. De opkomst van het consumentenrecht is een voorbeeld bij uitstek van de wijze waarop het moderne contractenrecht tot vergaande ontmaskering is overgegaan. De *hoedanigheid* van contractspartijen – werkgever of werknemer, verzekeraar of verzekeringsnemer, handelaar of consument – maakt inmiddels integraal deel uit van de wijze waarop het recht onderling rechten en plichten toedeelt. Dat wil echter niet zeggen dat het contractenrecht voortaan geheel zonder uitwendige maskers toe kan. Mak legt in haar bijdrage uit hoe het consumentenrecht werkt met de ‘maatman’ van de ‘gemiddelde consument’, zodat het particuliere subject – consumenten zijn er in zeer veel verschillende hoedanigheden – opnieuw een eenvormig masker krijgt opgezet. De vraag is of dat kan worden voorkomen nu data-analyse en gedragseconomisch onderzoek het concrete subject achter die maatman steeds beter in beeld krijgt. Nooit helemaal, zou ik zelf denken. Het verlangen naar individuele gerechtigheid is onvervulbaar; ter vervulling van zijn coördinerende en regulerende functies zal het recht tot op zekere hoogte algemene regels moeten blijven stellen, zodat de opdeling van de werkelijkheid in grove categorieën nooit geheel zal kunnen worden voorkomen.²³

Zo blijkt nog maar eens hoe moeilijk het is tussen autonomie en solidariteit het juiste midden te vinden – een midden dat steeds aan definitieve bepaling ontsnapt, dat maakt de rechtsgeleerdheid nu juist zo interessant

In haar bijdrage over partijautonomie en de bescherming van kleine ondernemers stelt Houben zich de vraag of de bescherming van de zwakke partij in het contractenrecht niet te ver is doorgesloten. Daartoe geeft zij om te beginnen een korte historische schets van de beweging van autonomie naar solidariteit die het overeenkomstenrecht de afgelopen

eeuwen heeft doorgemaakt. De ontwikkeling van ‘laissez-faire’ en een eenzijdige nadruk op contractsvrijheid en partijautonomie naar een meer relationeel contractenrecht wordt door Houben op zichzelf toegejuicht. Maar wordt het huidige recht niet al te zeer beheerst door verstikkende bevoogding en betuttelend paternalisme? Met die vraag in het achterhoofd biedt Houben een genuanceerde bespreking van enkele recente juridische ontwikkelingen die ertoe tenderen kleine ondernemers in de uitoefening van hun bedrijf op soortelijke wijze te beschermen als consumenten. De verhalen over snackbarhouders, strandtent-eigenaren en kantoorboekhandelaren die ten onder gaan door renteswaps en andere ingewikkelde financiële producten hebben de laatste jaren tot veel verontwaardiging geleid.²⁴ Soortgelijke verhalen doen de ronde over wurgcontracten die franchisenemers met een onmogelijke opgave confronteren en goedgevolgige ondernemers die ergens een handtekening plaatsen en vervolgens worden bedolven onder nota’s voor niet of slechts half geleverde diensten. Rechter en wetgever zijn deze ondernemers op een aantal punten te hulp geschoten. Is dat onnodig bevoogdend? Ja en nee, stelt Houben in haar afgewogen conclusie. Burgers – en ondernemers niet in het minst – hebben belang bij bescherming, maar zeker ook bij een herkenbaar contractenrecht waarin partijautonomie het uitgangspunt blijft. Zo blijkt nog maar eens hoe moeilijk het is tussen autonomie en solidariteit het juiste midden te vinden – een midden dat steeds aan definitieve bepaling ontsnapt, dat maakt de rechtsgeleerdheid nu juist zo interessant.²⁵

3 Strafrecht

Terwijl het privaatrecht zich vanaf het interbellum sterk relationeel ontwikkelde, bleef het publiekrecht lange tijd goeddeels autonoom van aard. Het klassieke strafrecht werd beheerst door klassieke beginselen van *ultimum remedium* (‘laatste redmiddel’) en formele legaliteit, waarbij het zich bewust op een zekere afstand plaatste van de sociale realiteit. Het klassieke strafrecht oriënteerde zich vrij eenzijdig op het herstel van de abstracte publieke rechtsorde en bleef daarbij met opzet blind voor particuliere verhoudingen; de autonome gedachte dat het Openbaar Ministerie zich steeds in de eerste plaats jegens elk afzonderlijk individu in de samenleving *als geheel* dient te verantwoorden stond voorop. Pas recent is de autonome fixatie op

21 Th. Hobbes, *Leviathan* (1651), 16: ‘In Latin *persona* signifies the disguise or outward appearance of a man, counterfeited on the stage, and sometimes more particularly the part of it that disguises the face (such as a mask or visor); and the word has been transferred from the stage to any representer of speech and action, in tribunals as well as in theatres.’

22 Vgl. o.a. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820), § 209, waarin Hegel het abstracte recht dat in beginsel de sfeer van het contract beheerst beschrijft als het recht waarin ‘Ich als *allgemeine Person* aufgefaßt werde, worin *Alle* identisch sind. *Der Mensch gilt so, weil er Mensch ist*, nicht weil er Jude, Katholik, Protestant, Deutscher, Italiener usf. ist.’ Met andere woorden: het abstracte recht richt zich alleen op het onpersoonlijke juridische masker en niet op het subject *achter* dat masker. Zie ook L. Heyde, *De verwerkelijking van de vrijheid*, Leuven: Universitaire Pers 1987, p. 104.

23 M.L.P. Loenen, ‘Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid’, *RM Themis* 1996, p. 123-136.

24 Zie onder andere www.de-verleiders.nl over de theateervoorstelling *Door de bank genomen*, met onder meer Pierre Bokma en Victor Löw.

25 Vgl. P. Dews (red.), *Autonomy and Solidarity. Interviews with Jürgen Habermas*, London: Verso 1992.

de zuiverheid van de abstracte rechtsorde enigszins tot bedaren gekomen. Dat uit zich onder meer in de adversaire ontwikkeling van het strafrecht, dat zich in afwijking van het inquisitoire, op objectieve rechtshandhaving gerichte stelsel steeds meer toesnijdt op het rechtsconflict dat het Openbaar Ministerie en de verdachte als concrete partijen verdeeld houdt. Een goed voorbeeld is het *Zwolsman*-arrest, waarin de Hoge Raad bepaalt dat onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek alleen processuele consequenties dienen te hebben indien de verdachte daadwerkelijk in zijn belang is geschonden.²⁶ Een ander voorbeeld is de opkomst van de strafrechtelijke overeenkomst, door Crijns omschreven als 'systeembreuk' ten opzichte van het klassieke, op eenzijdige bevoegdheidsuitoefening geënte strafrecht.²⁷ Ook in de recente belangstelling voor strafrechtelijke mediation en herstelrecht komt de relationele ontwikkeling van het strafrecht duidelijk naar voren, zij het dat in dat verband niet de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte, maar die tussen dader en slachtoffer centraal staat. De tijd waarin slachtoffers op grond van een voor sommigen maar moeizaam te volgen autonome logica zorgvuldig uit de strafrechtelijke procedure werden geweerd is definitief voorbij.²⁸

Terwijl het privaatrecht zich vanaf het interbellum sterk relationeel ontwikkelde, bleef het publiekrecht lange tijd goeddeels autonoom van aard

Aan de relationele, meer op de sociale feiten georiënteerde wending die het strafrecht heeft doorgemaakt zijn behalve voordelen ook risico's verbonden. Een gevaar van het relationele strafrecht is onder meer dat het ruimte schept voor instrumentele benaderingen die de legitimiteit van het stelsel groten-deels of zelfs geheel afleiden van de sociale effecten ervan. Waar het autonome strafrecht ertoe neigt zich van de feiten te vervreemden, tendeeert onbehoedzame omarming van het relationele strafrecht er juist naar die feiten voor zaligmakend aan te zien, zodat de idee van strafrecht als *ultimum remedium* plaatsmaakt voor de kritiekloze toepassing van strafrecht als beleidsinstrument.²⁹ De doorwrochte, maar toch ook soepele bijdrage van De Jong aan dit Bijzonder Nummer is een belangrijk en urgent stuk dat ons terecht

voor dergelijke gevaren waarschuwt. Daartoe plaatst De Jong enkele actuele ontwikkelingen in het straf-, sanctie- en detentierecht in de sleutel van wat in navolging van Foucault wel wordt aangeduid als 'gouvernementaliteit': de neoliberale beheersbaarheidsmentaliteit die het gehele moderne maatschappelijke leven doortrekt en die de uitoefening mogelijk maakt van een diffuse politieke sturing op afstand, een 'conduite des conduites' waarbij de overheid niet langer fungeert als 'spin in het web', maar zich op strategische wijze uit het publieke domein terugtrekt om haar greep erop paradoxaal genoeg te versterken.³⁰ Onder het mom van horizontalisering en emancipatie doet de overheid daarbij vaak een expliciet beroep op actief en verantwoordelijk burgerschap en gedeelde 'normen en waarden'. Achter die façade gaan evenwel maar al te vaak allerlei beleidsdoelen schuil waaraan individuele rechtsposities *rücksichtslos* worden opgeofferd; de Rotterdamse sociologen Schinkel en Van Houdt spreken in dit verband wel van 'neoliberaal communitarisme'.³¹

In de strafrechtelijke participatiemaatschappij verwacht de overheid van verdachten en veroordeelden dat zij zelf voor een deel de verantwoordelijkheid dragen voor de strafrechtelijke procedure en de tenuitvoerlegging van hun sanctie.

De mode van 'responsabilisering' in het strafrecht die De Jong beschrijft is van dergelijk neoliberaal communitarisme een uitgelezen voorbeeld. In de strafrechtelijke participatiemaatschappij verwacht de overheid van verdachten en veroordeelden dat zij zelf voor een deel de verantwoordelijkheid dragen voor de strafrechtelijke procedure en de tenuitvoerlegging van hun sanctie. Dat gebeurt maar al te vaak onder de vlag van nobele beleidsvoornemens omtrent procedurele rechtvaardigheid en 'empowerment' van gedetineerden, maar daarachter schuilt naar De Jong betoogt vaak een cynischer werkelijkheid. Naar de ervaring leert bevinden zich juist onder verdachten en veroordeelden verhoudingsgewijs veel burgers die de hun toebedeelde verantwoordelijkheid

26 HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249 (*Zwolsman*).

27 J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grenslak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 291 e.v.

28 Zie voor een handzaam overzicht van de relationele ontwikkeling van het strafrecht verder o.a. J.H. Crijns & R.S.B. Kool, 'Afscheid van de klassieke strafrechtelijke procedure?', in: *Afscheid van de klassieke procedure?* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2017), Deventer: Kluwer 2017, p. 255-367, met verdere verwijzingen.

29 Zie ook reeds F. de Jong, 'A Reciprocal Turn in Criminal Justice? Shifting Perceptions of Legitimate Authority', *Utrecht Law Review* 2013, p. 1-23; F. de Jong & L. van Lent, 'The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle', *Utrecht Law Review* 2016, p. 32-49.

30 F. Ewald & A. Fontana (red.), *M. Foucault: Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris: Seuil/Gallimard 2004, p. 191 e.v.

31 W. Schinkel & F. van Houdt, 'The double helix of cultural assimilationism and neo-liberalism: citizenship in contemporary governmentality', *British Journal of Sociology* 2010, p. 696-715; F. van Houdt, *Governing citizens: The government of citizenship, crime and migration in the Netherlands* (diss. Rotterdam), Rotterdam: s.n. 2014.

helemaal niet aankunnen, zodat het concept van responsabilisering in de praktijk nauw is verbonden aan de in- en uitsluiting van burgers. Wie zich ontvankelijk toont voor de door de overheid uitgezonden prikkels ver- toont het door de overheid gewenste gedrag en wordt daarvoor in wederkerigheid beloond. Met behulp van zijn raadsman toont hij zich een verantwoordelijke, liefst ook coöperatieve maar toch ook assertieve procespartij, zodat de meer adversaire opzet van de procedure in zijn voordeel uit kan werken. Na een eventuele veroordeling neemt hij zelf verantwoording voor zijn resocialisatie, zodat hij wordt beloond volgens het 'promotie-en- degradatiesysteem' zoals dat in moderne gevangenis wordt gehanteerd. Maar wie die verantwoordelijkheden niet aankan, wordt door het neoliberale strafrecht keihard afgerekend en maar al te vaak definitief op een maatschappelijk zijspoor gezet. Het is wat mij betreft nog het meest opvallend hoe kritiekloos die gang van zaken in het huidige tijdsgewricht door velen wordt geaccepteerd.³² In een samenleving waarin de werkelijkheid maar al te vaak wordt gereduceerd tot mooie kleurenfolders, opgepimpte Facebookprofielen en Brintareclames lijkt onze tolerantie voor het sociaal deviate en het ons onwelgevallige er niet groter op te zijn geworden.

In een samenleving waarin de werkelijkheid maar al te vaak wordt gereduceerd tot mooie kleurenfolders en opgepimpte Facebookprofielen lijkt onze tolerantie voor het sociaal deviate en het ons onwelgevallige er niet groter op te zijn geworden

4 Bestuursrecht

De Jongs waarschuwing tegen de gevaren van een al te zeer op wederkerige verhoudingen en zelfredzame burgers toegesneden strafrecht is ook relevant voor de recente ontwikkeling van het bestuursrecht. Traditioneel is het Nederlandse stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming sterk georiënteerd op klassiek-rechtsstatelijke principes van legaliteit, het abstracte algemeen belang en strikte machtenscheiding. Lange tijd gold het bestuursrecht als een soort kunstmatig, door van bovenaf uitgevaardigde formele regels

beheerst uitzonderingsgebied ten opzichte van het organische, van onderop tot ontwikkeling gekomen privaatrecht als het 'gemene' (= algemene) recht; voor zover beginselen in het bestuursrecht een rol speelden, bonden die alleen het bestuur en niet de burger. Pas betrekkelijk recent is de van oudsher sterk autonome identiteit van het bestuursrecht onder druk komen te staan. Zo introduceerde de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Awb de figuur van de 'wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking'. Waar het autonome bestuursrecht ongeschreven juridische plichten van burgers jegens het bestuur geheel uitsloot, houdt het wederkerige, op onderlinge verhoudingen toegesneden bestuursrecht in dat tussen bestuur en burger een voorpositieve juridische betrekking bestaat die niet alleen voor het bestuur, maar ook voor de burger niet zonder consequenties kan blijven.³³ De 'Awb-mens' is een mondig en zelfredzaam individu en als zodanig ook tegen die plichten opgewassen.³⁴ Maar bestaat de Awb-mens eigenlijk wel? Daarover rijzen steeds meer twijfels, zeker nu de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid in april van dit jaar een rapport heeft gepubliceerd waarin aandacht wordt gevraagd voor de kloof tussen wat in de moderne publieke ruimte van burgers wordt verwacht en wat zij in de regel daadwerkelijk aankunnen.³⁵

Pas betrekkelijk recent is de van oudsher sterk autonome identiteit van het bestuursrecht onder druk komen te staan

Waar het klassieke autonome bestuursrecht evenals het strafrecht sterk inquisitoir was ingericht en zich nogal eenzijdig oriënteerde op abstracte handhaving van de objectieve publieke rechtsorde, richt het relationele en meer adversaire bestuursrecht zich in de eerste plaats op de vaststelling van de rechtsposities van bestuur en burger onderling.³⁶ Een goed voorbeeld van die ontwikkeling is de introductie van de bestuursrechtelijke relativiteitseis. Voorheen was de gedachte dominant dat de abstracte rechtsorde zo veel mogelijk gezuiverd dient te blijven van onrechtmatige besluiten. Naar de klassieke autonome logica van het bestuursrecht voorschrijft, hebben burgers een abstract recht gevrijwaard te blijven van de gevolgen van een onrechtmatig overheidsbesluit. Dat gold bijvoorbeeld ook voor de bewoners van een villawijk die op-

³² Vgl. ook De Jong 2013, waar hij spreekt over enkele opvallende 'blind spots' in het nationale en internationale strafrechtelijke discours.

³³ *Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3, p. 12.*

³⁴ L.J.A. Damen, 'Bestaat de Awbmens?', in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten. Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 109-130.

³⁵ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid* (WRR-rapport nr. 97), Den Haag: WRR 2017, beschikbaar via www.wrr.nl.

³⁶ Vgl. o.a. L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016.

kwamen tegen een gepland woonwagenkamp met als argument dat de woonwagenbewoners te veel geluidsoverlast zouden ondervinden van een nabij gelegen zwembad.³⁷ Waar het specialiteitsbeginsel sinds jaar en dag inhoudt dat het bestuur bevoegdheden alleen mag gebruiken voor de doelen waarvoor die bevoegdheden zijn verleend, gold andersom dat de belanghebbende burger steeds het recht heeft op vernietiging van onrechtmatige overheidsbesluiten, zelfs wanneer een beroep op dat recht in een bepaald geval hoogst onredelijk en volgens sommigen zelfs ‘tenenkrommend’ voorkomt. Met het relativiteitsvereiste is aan die autonome logica een einde gekomen en geldt voortaan dat de bestuursrechter een besluit niet langer vernietigt op de grond dat het in strijd is met een regel die kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich erop beroept. Met andere woorden: het verbod op misbruik van bevoegdheid van overheden jegens burgers wordt nu gecompliceerd door een verbod op misbruik van recht van burgers jegens overheden.³⁸ Ook de veelbesproken jurisprudentie over ‘misbruik van bestuursrecht’ in Wob-zaken volgt dat stramien. De in artikel 3:13 BW neergelegde regel dat een recht niet kan worden ingeroepen voor zover het wordt misbruikt bindt de burger sinds kort ook in rechtsbetrekkingen die bestuursrechtelijk van aard zijn; de ten opzichte van het vermogensrecht ‘bijzondere aard’ van het bestuursrecht staat daartoe niet langer in de weg.³⁹

De relationele wending die het moderne bestuursrecht heeft doorgemaakt roept ook veel kritiek op

Hoewel weinigen terugverlangen naar het onpraktische en in zijn fixatie op abstracte zuiverheid nogal wereldvreemde autonome bestuursrecht van weleer, roept de relationele wending die het moderne bestuursrecht heeft doorgemaakt toch ook veel kritiek op. Een scherp criticus van het bestuursrechtelijke wederkerigheidsdenken is Damen, die aan de perverse uitwerkingen ervan in *Ars Aequi* reeds vele annotaties wijdde⁴⁰ en zich ook in dit Bijzonder Nummer niet onbetuigd laat. Met het recente rapport van de WRR over de gebrekkige ‘denk- en doenvermogens’ van veel burgers in handen herhaalt Damen zijn kritiek dat het moderne, onder de Awb tot ontwikkeling gekomen bestuursrecht te eenzijdig

uitgaat van de rationeel handelende, geëmancipeerde en assertieve burger die zonder problemen door de overheid ‘in zijn eigen kracht’ kan worden gezet. De *homo juridicus* die het wederkerige bestuursrecht in de burger ziet is gepokt en gemazeld in de techniek van het bestuursrecht en begrijpt bijvoorbeeld dat het verstandig is voor de zekerheid tegen gerechtelijke beslissingen in beroep te gaan die hem in wezen gelijk geven, maar zijn juridische betoog op bepaalde punten weerspreken.⁴¹ Wanneer hij als hoogbejaarde zorgbehoevende een fijn ‘keukentafelgesprek’ voert met een ‘zorgconsulent’ van de gemeente en op grond daarvan een maatwerkvoorziening toebedeeld krijgt voor een ‘schoon en leefbaar huis’, begrijpt hij meteen dat hij tegen die voorziening in het geweer moet komen; tegen de concrete, vaak nogal magere invulling van die vage doelstelling door een private partij kan hij bij de bestuursrechter immers niet procederen.⁴² De echte burger denkt en handelt natuurlijk heel anders.⁴³ Naar Damen terecht opmerkt wordt het tijd dat het moderne relationele bestuursrecht zich daarvan rekenschap geeft. Een lonkend perspectief ziet hij daarbij in een ‘humane rechtsbetrekking’ die gedroomde burgerbeelden terzijde schuift en de daadwerkelijke menselijke maat voortaan centraal stelt.⁴⁴

Waarom zou de mens van nature eigenlijk vrij zijn?

5 De paradox van de autonomie

Ook in de bijdrage van Westerman over de subtiele vorm van overheidssturing die wel wordt aangeduid als ‘nudging’ en het artikel van Pennings over het sociaizekerheidsrecht speelt de spanning tussen autonome en relationele rechtsopvattingen een belangrijke rol. In haar beschouwing over nudging richt Westerman onder meer haar pijlen op de gedachte van de primordiale mens als de schepper van de rechtsorde zoals die volgens de lange autonome traditie – zeg: van Hobbes tot Rawls – voor de juridische orde maatgevend wordt geacht. ‘De mens is vrij geboren maar alom geketend’, verzucht Rousseau ter opening van zijn verhandeling over het sociale contract.⁴⁵ Door in te stemmen met een maatschappelijk verdrag kan de mens zijn natuurlijke vrijheid volgens hem behouden en is hij alleen onderworpen aan de regels die hij zichzelf heeft opgelegd. Maar waarom zou de mens van nature eigenlijk vrij zijn? Meteen als hij ter wereld komt blijkt dat hij voor zijn bestaan

37 ABRvS 19 maart 2003, *AB* 2003/191.

38 L. van den Berge, ‘Rechtmatig tegenover den een, onrechtmatig tegenover den ander.’ Relativiteit in privaat- en bestuursrecht’, *RM Themis* 2017, p. 43-55.

39 Zie ook Van den Berge 2016, p. 1-3, met verdere verwijzingen.

40 De verzamelde annotaties van Damen in *Ars Aequi* zijn onlangs gebundeld in een monumentaal naslagwerk. Zie L.J.A. Damen, *Jurisprudentie bestuursrecht 1992-2015*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2015.

41 Zie o.a. L.J.A. Damen, ‘Ius vigilantibus in het bestuurs(proces)recht?’, *Ars Aequi* 2004, p. 40-45 (AA20040040).

42 Zie over enkele recente ontwikkelingen omtrent deze problematiek onder meer B.J. van Eettekoven, ‘Herrie rond de keukentafel. Over de WMO 2015 en maatschappelijk adequate rechtsbescherming’, *NTB* 2016/50.

43 Zie ook M. Scheltema, ‘De burger in de rechtsstaat: Alice in Wonderland?’, *NTB* 2016/33.

44 Vgl. o.a. A. Tollenaar, ‘Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat’, in: G. Vonk (red.), *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*, Groningen: RUG 2016, p. 27-62.

45 Rousseau, *Contrat social* 1.1: ‘L’homme est né libre et partout il est dans les fers.’

aan anderen is overgeleverd en welbeschouwd verandert daar de rest van zijn leven weinig aan. Achtervolgd door het hardnekkige *frame* van het sociale contract zijn wij nog steeds geneigd ons voor te stellen dat er een natuurtoestand bestaat waarin wij onze vrijwel volledig ongehinderde gang kunnen gaan, hooguit belemmerd door natuurrechtelijke vereisten als ‘beloften vereisen nakoming’ of ‘ieder het zijne’. Meer concrete verplichtingen kunnen volgens de autonome traditie pas ontstaan in een rechtsorde die zij aanmerkt als menselijk maaksel en slechts deel zou uitmaken van een culturele ruimte die de mens op de natuur zou hebben veroverd. Maar waarom zou de door onszelf gecreëerde rechtsorde niet ook onderdeel uitmaken van de natuur, net zoals een mierenhoop of een vogelnest dat doen? En waarom zou onderlinge gebondenheid minder natuurlijk zijn dan onbelemmerde vrijheid? Het zal sommigen wellicht moeite kosten te breken met de autonome westerse vooronderstellingen waarmee wij van oudsher vertrouwd zijn, maar naar Westerman terecht betoogt is de klassieke autonome ‘mindset’ allesbehalve vanzelfsprekend.

Autonomie ligt niet ten grondslag aan onze rechtsorde, maar onze rechtsorde ligt – geheel andersom – juist ten grondslag aan onze autonomie

Volgens Westerman is een zekere autonomie – dat wil zeggen: de mogelijkheid dat de individuele burger zelf zijn leven vormgeeft door een bedrijf op te zetten, te trouwen, contracten te sluiten en zo meer – slechts mogelijk bij de gratie van heteronomie, zodat wij zullen moeten inzien dat de autonome droom van wezenlijk onverbonden individuen die slechts zichzelf de wet stellen een gevaarlijk drogbeeld is. Autonomie ligt niet ten grondslag aan onze rechtsorde, maar onze rechtsorde ligt – geheel andersom – juist ten grondslag aan onze autonomie. Er is geen ‘natuurlijke juridische leegte’ die door autonome individuen verder wordt ingevuld en in cultuur wordt gebracht; in plaats daarvan is er een op bepaalde wijze vormgegeven rechtsorde die ons meer of minder autonoom laat. De vraag in hoeverre nudging als slimme sturing in die orde een rol zou moeten spelen, moet volgens Westerman in dat licht worden beantwoord. Nudging houdt in dat de overheid de burger met behulp van gedragspsychologische

inzichten verleidt ‘het juiste’ te doen en gaat er op zichzelf terecht van uit dat burgers slechts beschikken over een ‘bounded rationality’ op grond waarvan zij niet altijd kiezen voor de gedragsalternatieven die op rationele gronden te prefereren zouden zijn. Voor de beperkte rationaliteit van de overheid zelf hebben veel aanhangers van nudging echter weinig oog. Naar Westerman betoogt hangt dat samen met een neoliberale stijl van reguleren waarbij de unilaterale gedragsbeïnvloeding van burgers door de overheid in feite niet verschilt van de wijze waarop supermarkten het klantgedrag beïnvloeden door de duurste producten op ooghoogte te plaatsen. In plaats daarvan pleit zij voor een stelsel van bilaterale nudging dat evengoed ruimte geeft aan gedragsbeïnvloeding van overheden door burgers; alleen onder die voorwaarde is nudging volgens Westerman normatief verdedigbaar.

De paradox van de autonomie – dat wil zeggen: het inzicht dat autonomie alleen kan bestaan bij de gratie van heteronomie – komt ook naar voren in de boeiende bijdrage van Pennings, waarin onder meer een korte schets wordt gegeven van de organisatie van de sociale zekerheid zoals die in Nederland vanaf de late negentiende eeuw gestalte kreeg. Een belangrijke mijlpaal was de Ongevallenwet uit 1901, die een verzekering tegen de gevolgen van arbeidsongevallen voor werknemers in bepaalde gevaarlijke industrieën voortaan verplicht stelde. Maar hoe kan zo’n verplichte verzekering eigenlijk worden gelegitimeerd? Tot 1901 waren arbeiders aangewezen op de civiele procedure om hun schade wegens ongevallen te verhalen; wanneer de schuld van de werkgever niet kon worden bewezen of zij zelf onvoorzichtig waren geweest konden zij vergoeding van hun schade doorgaans vergeten. Met de invoering van de Ongevallenwet wordt erkend dat de menselijke conditie nu eenmaal inhoudt dat de een door pech wordt getroffen en de ander niet, zodat het in de rede ligt ongevallen die tot het normale bedrijfsrisico behoren collectief te verzekeren.⁴⁶ Destijds riep die erkenning hevige weerstand op, die vergelijkbaar is met de commotie rondom de invoering van Obama’s Affordable Care Act in de Verenigde Staten. De totstandkoming van die wet bracht aldaar de politieke en juridische gemoederen hevig in beweging en verklaart voor een belangrijk deel het politieke sentiment dat vruchtbare aarde biedt voor radicale politici als Donald Trump. ‘In a free society, people should have the right to refuse health insurance’, zo luidt bijvoorbeeld

⁴⁶ Zie verder met name R.J.S. Schwitters, *De risico’s van de arbeid, Het ontstaan van de Ongevallenwet 1901 in sociologisch perspectief* (diss. Utrecht), Groningen: Wolters-Noordhoff 1991.

het transparante motto van de van de 'Anti-Universal Coverage Club' onder leiding van de conservatieve publicist Michael Tanner.⁴⁷ Maar in hoeverre berust de onverzekerde status van veel Amerikanen daadwerkelijk op een vrije keuze?⁴⁸

In hoeverre valt nog vol te houden dat particuliere verzekeringen en pensioenregelingen voor zzp'ers een vrije keuze betreffen?

Ook hier te lande zijn dergelijke discussies nog steeds actueel. Denk bijvoorbeeld aan de beperkte sociale bescherming van zzp'ers, die in de praktijk soms functioneren als gewone werknemers maar niet onder verplichte pensioenregelingen en werknemersverzekeringen vallen. Voor sommige zzp'ers die wollige maar goedbetaalde adviezen geven inzake management en marketing is dat misschien logisch, zeker wanneer hun zzp'erschap berust op hun eigen beredeneerde keuze en hun financiële situatie het toestaat zich particulier te verzekeren. Maar hoe te oordelen over de preciaire situatie van veel mensen die zzp'er zijn omdat zij anders werkloos thuis zouden zitten? Volgens onderzoek (van alweer enkele jaren terug, dat wel) leeft ongeveer 15% van de zzp'ers onder de armoedegrens en heeft 25% van de zelfstandigen geen financiële buffer om inkomsterving op te vangen. Veel zzp'ers hebben geen inzicht in hun eigen financiën, meer dan de helft van de zzp'ers is afhankelijk van één opdrachtgever en een flink deel (de schattigen lopen uiteen) van de zzp'ers valt aan te merken als schijnzelfstandige.⁴⁹ In hoeverre valt tegen die achtergrond nog vol te houden dat particuliere verzekeringen en pensioenregelingen voor zzp'ers een vrije keuze betreffen? Misschien geldt ook hier wel de schijn tegenstelling waarop Westerman wijst en kan de daadwerkelijke keuzevrijheid van zzp'ers paradoxaal genoeg juist worden vergroot door verzekeringen en pensioenregelingen voor hen verplicht te stellen. Desalniettemin hechten organisaties van zzp'ers zelf in dit opzicht juist sterk aan onbelemmerde vrijheid. Maar komt dat standpunt echt wel voort uit een principiële gehechtheid aan 'de vrijheid van iedereen om ondernemer of werknemer te zijn', zoals Stichting ZZP Nederland op haar website meldt?⁵⁰ Of is de stichting eigenlijk bevreesd

dat verplichte verzekeringen en pensioenen de zzp'er uit de markt prijzen, zodat zijn situatie er wellicht nóg precairder op wordt?

Het recht lijdt aan een fundamentele gespletenheid tussen autonome en relationele uitgangspunten – tussen autonomie en heteronomie – die nooit geheeld zal kunnen worden

6 Conclusie

Een *tour d'horizon* zoals geboden in dit Bijzonder Nummer laat zien dat de spanning tussen autonome en meer relationele rechtsopvattingen het recht over de hele breedte in haar greep houdt. In Hegels *Hoofdpijnen van de rechtsfilosofie* wordt individuele vrijheid vrij vertaald begrepen als 'met zichzelf bij de ander zijn'.⁵¹ Dat wil zeggen: vrijheid kan alleen bestaan wanneer de op zichzelf eenzijdige idealen van het autonome en het relationele recht elkaar vinden op het hogere niveau van een synthese waarop zij beide worden verlost van hun eenzijdigheid. Maar zelfs Hegels uitzonderlijk diepzinnige boek kan de innerlijke tegenstrijdigheid van die idealen niet geheel wegnemen. Realistischer lijkt het in te zien dat het recht lijdt aan een fundamentele gespletenheid tussen autonome en relationele uitgangspunten – tussen autonomie en heteronomie – die nooit geheeld zal kunnen worden. Om zich niet te vervreemden van de werkelijkheid zal het recht aansluiting moeten zoeken bij de sociale feiten, maar om daadwerkelijk recht te kunnen zijn zal het tegelijkertijd van die feiten moeten abstraheren. Het recht zal een 'art of separation' moeten zijn, 'a world of walls' die scheidingen aanbrengt tussen individuen onderling. Tegelijkertijd zal het recht moeten erkennen dat de mens een gemeenschapswezen is dat op een onbewoond eiland en op een kokosdieet alleen aan zijn menszijn geen invulling kan geven. Over de wijze waarop het recht aan die gespleten opdracht het best zal kunnen voldoen, zullen we het wel nooit eens worden. En dat is maar goed ook, want op die manier kunnen we er gerust op zijn dat ons gesprek over het recht – zoals dat in dit tijdschrift vaak zo vurig en gloedvol wordt gevoerd – tot in lengte van dagen zal voortduren.

47 Voor de missie van de Anti-Universal Coverage Club, zie www.cato.org/blog/anti-universal-coverage-club-manifesto. Zie verder www.cato.org voor een niet-aflatende stroom van woedende commentaren op Obamacare.

48 Zie voor een mooie analyse van dit probleem verder onder meer M. Soyer, 'Hervorming Amerikaans zorgstelsel in rechtsfilosofisch perspectief', *NJB* 2012, p. 2608-2615.

49 Zie o.a. E.J.C. Josten e.a., *Bevrijd of beklemd? Werk, inhuur, inkomen en welbevinden van zzp'ers* (rapport SCP), Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2014, onder meer te raadplegen via www.scp.nl. Inmiddels lijkt de situatie van veel zzp'ers iets rooskleuriger; zie Kamer van Koophandel, *Zzp'ers en hun opdrachten*, Utrecht 2017, beschikbaar via www.kvk.nl.

50 www.zzp-nederland.nl, onder actueel/verkiezingen 2017 (geraadpleegd op 10 juni 2017).

51 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* § 7.