

NUDGING: EEN JURIDISCH RELEVANT FENOMEEN MET RECHTSSTATELIJKE IMPACT

Rebecca Zeilstra*

De Nederlandse overheid experimenteert met nudging: het aanpassen van keuzearchitectuur om op een voorspelbare manier gedrag te veranderen, zonder opties te verbieden of gebruik te maken van significante financiële prikkels. Momenteel is binnen de juridische wereld weinig aandacht voor dit nieuwe beleidsinstrument. Deze rechtstheoretisch ingestoken bijdrage agendeert nudging als een juridisch relevant fenomeen met fundamentele rechtsstatelijke impact.

1 Inleiding

De Nederlandse overheid experimenteert volop met een nieuw beleidsinstrument: nudging.¹ Wat is nudging? Volgens econoom Richard Thaler en jurist Cass Sunstein – schrijvers van het boek *Nudge* – is dit het aanpassen van keuzearchitectuur om op een voorspelbare manier gedrag te veranderen, zonder opties te verbieden of gebruik te maken van significante financiële prikkels.² Een pensioenformulier is een voorbeeld van keuzearchitectuur. Als de Nederlandse overheid besluit dat ze aan dit formulier een vooraf ingevulde optie, oftewel default-optie, toevoegt – zoals is gedaan bij proeven door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) – dan is ze aan het nudgen.³ Dat komt omdat een nudgee (de persoon die wordt genudged) vanwege de manier waarop het menselijk brein werkt, automatisch geneigd is de default-optie te volgen. De default-optie geeft de nudgee als het ware een psychologisch duwtje om een bepaalde keuze te maken. Door weerstand te bieden kan de nudgee echter ook voorkomen dat ze het psychologische duwtje volgt.⁴ Thaler en Sunstein stellen dat de overheid via nudging verstandige keuzes kan stimuleren, terwijl de nudgee haar autonomie behoudt, aangezien ze niet tot een bepaalde keuze wordt gedwongen.⁵

Nudging is geen onderdeel van traditionele regelgeving, van geboden of verboden, maar is wel juridisch relevant, aangezien de overheid via dit beleidsinstrument macht kan uitoefenen over burgers.⁶ De Wetenschappelijke Raad voor het Rege-

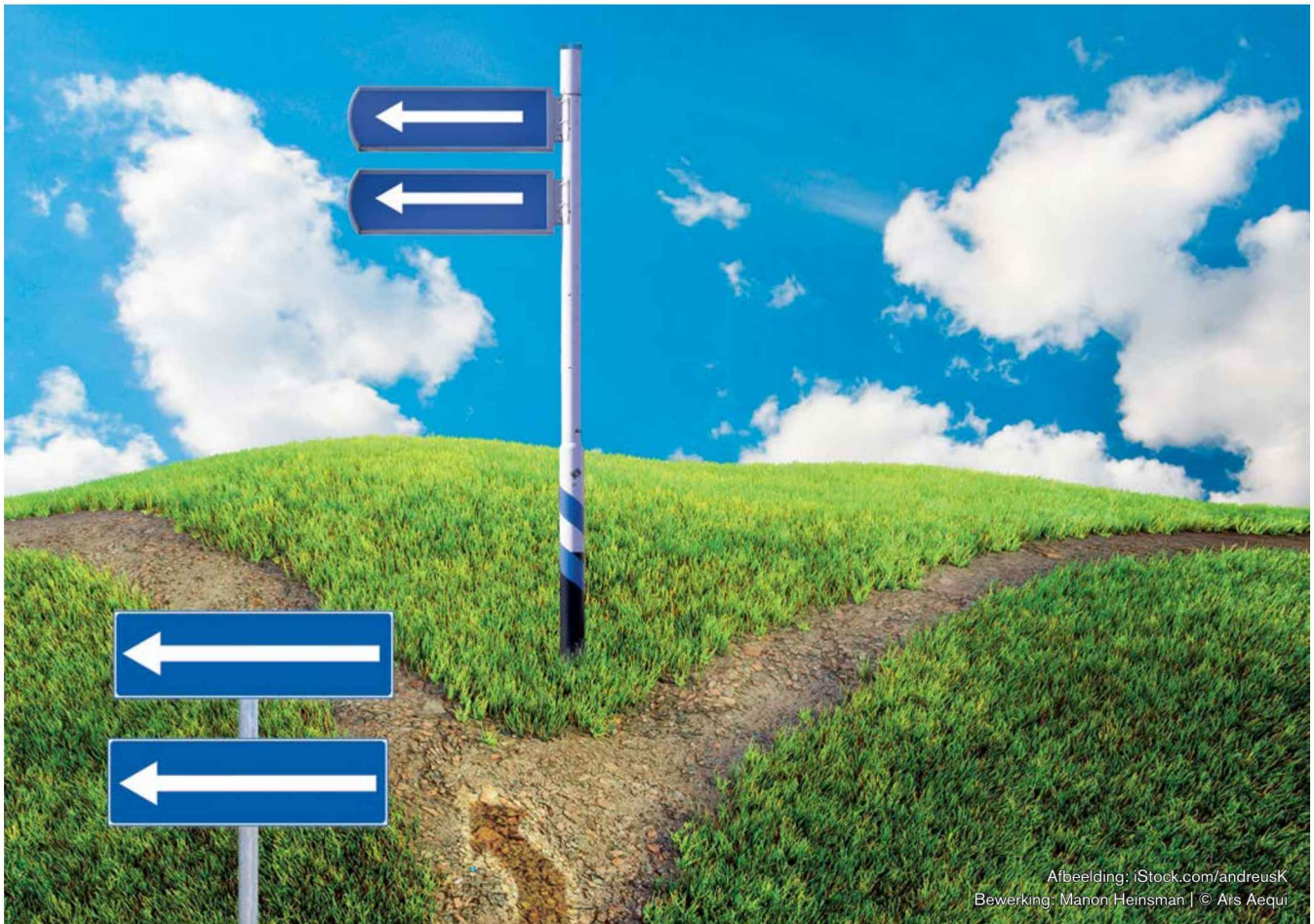
ringsbeleid (WRR) is in principe optimistisch over nudging als een dergelijk beleidsinstrument, maar roept ook op tot meer onderzoek over nudging en rechtsstatelijke waarborgen, zodat verkeerde vormen van machtsuitoefening via nudging kunnen worden voorkomen.⁷ De oproep van de WRR komt uit 2014, maar kreeg tot nu toe weinig gehoor: de hoeveelheid juridische literatuur over nudging en de rechtsstaat is nog steeds gering.⁸

Nudging is geen onderdeel van traditionele regelgeving, van geboden of verboden, maar is wel juridisch relevant, aangezien de overheid via dit beleidsinstrument macht kan uitoefenen over burgers

Het doel van deze bijdrage is om vanuit een rechtstheoretisch perspectief te laten zien dat nudging een juridisch relevant fenomeen is, aangezien dit gedragspsychologische beleidsinstrument een fundamentele impact heeft op de rechtsstaat. Ten eerste wordt aan de hand van de ideeën van Thaler en Sunstein verder toegelicht wat nudging is. Vervolgens wordt een uitstapje gemaakt naar discussies over nudging binnen de ethiek, een aan de rechtswetenschap verwante discipline waarin

* Mr.dr.s. A.R.M. Zeilstra is werkzaam als docent-promovendus staatsrecht en rechtstheorie bij de Universiteit Utrecht. In haar onderzoek ontwikkelt zij een rechtsstatelijk perspectief op nudging met speciale aandacht voor de waarde van autonomie.

- 1 Voor een overzicht van belangrijke experimenten met gedragspsychologie – waaronder ook experimenten met nudging – van alle ministeries gezamenlijk, zie: *Rijk aan gedragsinzichten editie 2021* (BIN NL-rapport), Den Haag: Ministerie van Economische Zaken en Klimaat november 2021, te downloaden via <http://binnl.nl/kennisbank/publicaties/default.aspx>.
- 2 Niet iedere auteur houdt dezelfde definitie van nudging aan. In deze bijdrage wordt de definitie van Thaler en Sunstein gehanteerd, aangezien zij het concept van nudging hebben geïntroduceerd en andere auteurs Thaler en Sunsteins definitie in eerste instantie vaak als uitgangspunt gebruiken. R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Londen: Yale University Press 2008, p. 6.
- 3 *Rijk aan gedragsinzichten editie 2021*, p. 110-115.
- 4 Thaler & Sunstein 2008, p. 83-87.
- 5 Thaler & Sunstein 2008, p. 5.
- 6 A. Alemanno & A. Spinna, 'Nudging Legally. On the Checks and Balances of Behavioral Regulation', *International Journal of Constitutional Law* 2014, afl. 2, p. 443-444.
- 7 WRR, *Met kennis van gedrag beleid maken* (WRR rapport nr. 92), Amsterdam: Amsterdam University Press 2014, te downloaden via



Afbeelding: iStock.com/andreusK
Bewerking: Manon Heinsman | © Ars Aequi

www.wrr.nl/publicaties/rapporten/2014/09/10/met-kennis-van-gedrag-beleid-maken.

- 8 Voor korte bijdrages in het huidige juridische debat die wel over nudging gaan, zie: T. Bouwman, 'Een nudge in de juiste richting om consumenten te beschermen', AA 2020, afl. 10, p. 977-983 (AA20200977). P.C. Westerman, 'Nudging en de paradox van autonomie', AA 2017, afl. 7/8, p. 582-590 (AA20170582). G.H. Evers, 'In de schaduw van de rechtsstaat. Profileren en nudging door de overheid', *Computerrecht* 2016, afl. 3, p. 167-171.
- 9 D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, Londen: Penguin Books 2011, p. 20-22.
- 10 Kahneman 2011, p. 21-22.
- 11 Kahneman 2011, p. 7, 23-25. A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under Uncertainty. Heuristics and Biases', *Science* 1974, afl. 4157, p. 1124.
- 12 Kahneman 2011, p. 246, 385.
- 13 Kahneman 2011, p. 282-283, 122-123.

veel onderzoek naar nudging gedaan is. Daarna wordt uitgelegd waarom ethische discussies over nudging problemen behandelen die ook uitermate relevant zijn voor uiteenlopende rechtstheoretische perspectieven op de rechtsstaat. In de conclusie wordt ten slotte kort aangestipt dat een rechtstheoretische benadering van nudging ook gevolgen kan hebben voor het positieve recht.

2 De nudgingstheorie van Thaler en Sunstein

Thaler en Sunstein zijn geïnspireerd door inzichten uit de gedragspsychologie, waaronder het onderzoek van de auteur van *Thinking Fast and Slow*: Daniel Kahneman. Kahneman stelt dat mensen twee manieren van denken kunnen gebruiken om op prikkels uit hun omgeving te reageren. Ten eerste kunnen mensen volgens hem gebruikmaken van Systeem 1, van automatische, onvrijwillige en snelle reflexen op de omgeving. Een voorbeeld van zo'n reflex is de angst die veel mensen ervaren bij het zien van een spin.⁹ Ten tweede noemt Kahneman dat mensen gebruik kunnen maken van Systeem 2, van bewuste, niet-automatische en langzame reflectie. Aandachtig nadenken over de juistheid van een ingewikkelde logische redenering is een voorbeeld van het gebruik van Systeem 2.¹⁰

Omdat het gebruik van Systeem 2 meer energie kost dan het gebruik van Systeem 1, kiezen mensen er volgens Kahneman vaak voor om hun automatische impulsen te volgen, ook in situaties waarin bewuste reflectie voor hen zou leiden

tot betere uitkomsten. Hij waarschuwt dat dit kan leiden tot *biases*: systematische denkfouten.¹¹ Volgens hem zijn mensen bijvoorbeeld – zelfs als dat leidt tot onwenselijke situaties – geneigd de *status quo*, de huidige stand van zaken, te volgen.¹² Ook zien ze verlies bijna altijd als erger dan misgelopen winst (zelfs als het verlies gering is en de winst heel hoog had kunnen zijn), en hun opvatting van de feitelijke werkelijkheid wordt vaak beïnvloed door informatie die ze kortgeleden tot zich hebben genomen (ook als die informatie evident onjuist is).¹³

De door Thaler en Sunstein meest genoemde nudgingsstrategie houdt in dat de overheid inspeelt op automatische reflexen van burgers, met als doel ervoor te zorgen dat het volgen van deze reflexen alsnog tot verstandige keuzes leidt

De door Thaler en Sunstein meest genoemde nudgingsstrategie houdt in dat de overheid inspeelt op de door Kahneman en andere gedragspsychologen blootgelegde automatische reflexen van burgers, met als doel ervoor te zorgen dat het

volgen van deze reflexen alsnog tot verstandige keuzes leidt.¹⁴ Zo stellen Thaler en Sunstein dat default-opties – zoals de default-pensioenoptie uit de inleiding van deze bijdrage – bedoeld zijn om een *status quo* vast te stellen. Een nudge wordt geconfronteerd met het feit dat de huidige stand van zaken een vooraf ingevulde optie is. Aangezien de nudge de automatische psychologische reflex heeft de huidige stand van zaken te volgen, zal ze volgens de auteurs ook geneigd zijn de default-optie te volgen.¹⁵

Een ander voorbeeld van dit soort psychologische beïnvloeding uit het boek *Nudge* is dat een overheids campagne energieverbruik kan terugdringen door burgers te vertellen hoeveel geld ze verliezen vanwege hun eigen grootverbruik. Deze campagne bevat een informerend element: burgers leren meer over de kosten van het verbruik. Volgens Thaler en Sunstein bestaat het belangrijkste nudgingselement van de campagne echter uit iets anders, namelijk dat in de campagne niet over kostenbesparing maar expliciet over *verlies* wordt gesproken. De auteurs stellen dat de overheid met deze woordkeuze doelbewust kan inspelen op verliesaversie, op het feit dat mensen verlies als erger zien dan misgelopen winst of misgelopen besparingen.¹⁶

Nudging hangt voor Thaler en Sunstein samen met hun ideologie van *libertarian paternalism*. Zij noemen zichzelf libertarisch, omdat ze vinden dat een burger over het algemeen vrij zou moeten zijn te doen wat ze zelf wil. Daarnaast zijn de auteurs ook paternalistisch, omdat ze menen dat het voor burgers moeilijk is de juiste keuzes te maken zonder hulp van de overheid. Vanwege de combinatie van paternalisme en libertarisme is nudging voor Thaler en Sunstein een ideaal beleidsinstrument: de overheid helpt burgers op een niet-dwingende manier om 'het juiste' te doen.¹⁷ 'Het juiste' is volgens de auteurs datgene wat leidt tot een lang, gezond en goed leven, en het is tegelijkertijd wat ieder individu ziet als het juiste na zelfstandig te hebben nagedacht.¹⁸ Er is discussie mogelijk over deze stellingname, onder andere omdat het mogelijk zou kunnen zijn dat een individuele burger – na er zelfstandig over te hebben nagedacht – iets anders wil dan een lang, gezond en goed leven.¹⁹

Naast het feit dat nudging 'het juiste' moet stimuleren, stellen Thaler en Sunstein als voorwaarde voor legitieme nudging een effectieve opt-out-optie: de nudge moet vrij zijn om af te wijken van de nudge als ze dat wil.²⁰ Niet alle vormen van psychologische beïnvloeding kunnen volgens de auteurs aan deze voorwaarde voldoen. Ze oordelen bijvoorbeeld afkeurend over *subliminal advertising* – een verzamelnaam voor reclametactieken waarbij psychologische invloed wordt uitgeoefend, zonder dat mensen dit op kunnen merken. Het probleem bij *subliminal advertising* is volgens Thaler en Sunstein dat mensen geen besef hebben van de vrijheid om weerstand te bieden aan de psychologische invloed die via de reclame wordt uitgeoefend, doordat mensen überhaupt niet van de reclame op de hoogte zijn.²¹ De auteurs menen dat dit probleem bij nudging kan worden voorkomen door nudges transparant te maken voor nudgees: de nudge moet kennis kunnen nemen van de nudge, zodat ze ook op de hoogte is van de vrijheid om af

te wijken van de nudge.²² Dit kan bijvoorbeeld door een bordje op te hangen met de tekst: 'Waarschuwing: u zal worden genudged.'²³

De waarde van autonomie speelt een belangrijke rol in de omvangrijke ethische discussie over nudging. Zo wordt kritisch gekeken naar het idee dat een nudge autonoom is omdat ze de vrijheid heeft af te wijken van nudging, zolang de overheid nudges transparant maakt

3 Ethische discussies

De waarde van autonomie speelt een belangrijke rol in de omvangrijke ethische discussie over nudging. Deze korte bijdrage stipt een paar hoofdpunten in deze discussie aan. Zo wordt kritisch gekeken naar het idee dat een nudge autonoom is omdat ze de vrijheid heeft af te wijken van nudging, zolang de overheid nudges transparant maakt. De veelgeciteerde ethicus Luc Bovens stelt dat mensen die op de hoogte zijn van een nudge, zoals het op een bepaalde manier rangschikken van eten in een kantine, niet geneigd zijn de nudge te volgen. Hij gaat ervan uit dat wanneer een nudge weet dat anderen via nudging op haar *biases* inspelen, ze automatisch haar best gaat doen haar denken niet te laten leiden door deze *biases*, wat betekent dat de nudge geen vat meer op haar heeft. 'De psychologische mechanismen die worden uitgebuit [door nudges] werken beter in het duister', aldus Bovens.²⁴ Bovens vertrouwt er dus niet op dat de overheid nudging transparant zal maken of nudgees voldoende bewust zal maken van de vrijheid om de nudge te negeren, aangezien de overheid wil dat nudging een succesvol sturingsmechanisme is.²⁵

Inmiddels zijn er verschillende gedragspsychologische onderzoeken die erop wijzen dat transparante nudging – waarbij de nudge bewustzijn kan hebben van de nudge en van de opt-out-optie – wel degelijk een succesvol sturingsmechanisme kan zijn.²⁶ Dit betekent dat het bezwaar van Bovens enigszins aan betekenis heeft ingeboet. Desalniettemin blijft het belangrijk te onderzoeken hoeveel informatie een nudge precies nodig heeft om op autonome wijze af te kunnen wijken van een nudge.

Een andere zorg is dat de autonomie van nudgees wordt vermindert omdat ze (gedeeltelijk) de regie verliezen over hun eigen denkproces. 'Hun acties reflecteren de tactieken van de keuzearchitect in plaats van exclusief hun eigen evaluatie van alternatieven', aldus ethici Daniel Hausman en Brynn Welch.²⁷ De vooronderstelling achter deze opmerking is dat een autonoom persoon zelfstandig reflecteert en nadenkt, zodat ze beslissingen kan nemen op basis van eigen redenen. Hausman en Welch constateren dat wanneer nudging inspeelt op psychologische kwetsbaarheden van

- 14 Inmiddels zijn bepaalde aspecten van Kahnemans werk sterk bekritiseerd binnen de psychologie. Zo zijn er bijvoorbeeld verschillende bezwaren geformuleerd tegen de aanname dat mensen twee aparte systemen gebruiken om mee te denken. Er wordt echter nog steeds aangenomen dat mensen bepaalde automatische reflexen vertonen – ook wel heuristics genoemd – als reactie op bepaalde prikkels uit de omgeving. Aangezien dit laatste inzicht de kern vormt van nudgingstheorie, is deze theorie nog steeds wetenschappelijk relevant. Voor een verfijning van Kahnemans theorie in reactie op de kritiek zie: J.B.T. Evans & K.E. Stanovic, 'Dual-Process Theories of Higher Cognition. Advancing the Debate', *Perspectives on Psychological Science* 2013, afl. 3, p. 223-241.
- 15 Thaler & Sunstein 2008, p. 8.
- 16 Thaler & Sunstein 2008, p. 36-37.
- 17 Thaler & Sunstein 2008, p. 5-6.
- 18 Thaler & Sunstein 2008, p. 5.
- 19 A. Barton & T. Grüne-Yanoff, 'From Libertarian Paternalism to Nudging – and Beyond', *Review of Philosophy and Psychology* 2015, afl. 6, p. 346.
- 20 Thaler & Sunstein 2008, p. 5-6.
- 21 Thaler & Sunstein 2008, p. 244-246. Sunstein 2016, p. 90.
- 22 Naast het verzerken van een effectieve opt-out-optie is transparantie volgens Thaler en Sunstein ook belangrijk om ervoor te zorgen dat overheid verantwoording aflegt voor nudgingbeleid. Thaler & Sunstein 2008, p. 245-246. Sunstein 2016, p. 103.
- 23 G. Loewenstein e.a., 'Warning. You Are About to Be Nudged', *Behavioral Science & Policy* 2015, afl. 1, p. 35.
- 24 L. Bovens, 'The Ethics of Nudge', in: T. Grüne-Yanoff & S.O. Hansson (red.), *Preference Change. Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Berlin: Springer 2008, p. 3.
- 25 Bovens 2008, p. 3-4, 12-14.
- 26 Er is nog geen definitief antwoord gevonden op de vraag waarom transparante nudges effectief kunnen zijn. Een hypothese uit de gedragspsychologische literatuur is dat nudgees vooral weerstand willen bieden tegen vormen van nudging die ze manipulatief vinden, terwijl ze transparante nudging niet als manipulatief beschouwen omdat de overheid openheid geeft over het feit dat ze deze vorm van nudging gebruikt. H. Bang, S.B. Shu & E.U. Weber, 'The Role of Perceived Effectiveness on the Acceptability of Choice Architecture', *Behavioral Public Policy* 2018, afl. 1, p. 50-70. T.T. Cheung e.a., 'The Hunger Games. Using Hunger to Promote Healthy Choices in Self-control Conflicts', *Appetite* 2019, p. 401-409. F.M. Kroese, D.R. Marchiori, D.R.D. de Ridder, 'Nudging Healthy

Food Choices. A Field Experiment at the Train Station', *Journal of Public Health* 2015, afl. 2, p. 133-137. G. Loewenstein e.a. 2015, p. 35-42.

27 D.M. Hausman & B. Welch, 'Debate. To Nudge or Not to Nudge', *Journal of Political Philosophy* 2010, afl. 1, p. 128.

28 Hausman & Welch 2010, p. 128.

29 Sunstein 2016, p. 53.

30 Sunstein 2016, p. 30.

31 Sunstein 2016, p. 65-66.

32 Sunstein 2016, p. 65.

33 In deze rechtstheoretisch georiënteerde bijdrage worden de concepten *rule of law* en rechtsstaat door elkaar gebruikt. Het is echter van belang te erkennen dat de twee concepten een verschillende historische oorsprong hebben – de *rule of law* Angelsaksisch en de rechtsstaat continentaal – en dat er nuanceverschillen bestaan tussen de betekenis die aan de *rule of law* en de rechtsstaat wordt toegekend. Het valt buiten de omvang van deze bijdrage om deze nuances volledig uit te werken. Voor meer over het verschil tussen *rule of law* en rechtsstaattheorie, zie: M. Krygier, 'Rule of Law (and Rechtsstaat)', in: J.D. Wright (red.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* 2015, p. 780-787. J. Meierhenrich, 'Rechtsstaat Versus the Rule of Law', in: J. Meierhenrich & M. Loughlin, *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, p. 39-67.

34 Voor meer over het onderscheid tussen deze perspectieven, zie ook: P. Craig, 'Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law. An Analytical Framework', in: R. Bellamy, *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Londen: Routledge 2016, p. 95-115.

35 B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 94.

36 Tamanaha 2004, p. 94.

37 Raz' begrip van de formele rechtsstaat houdt een formulering van formele criteria in, bijvoorbeeld dat regelgeving consistent en stabiel moet zijn. Daarnaast is kenmerkend voor zijn theorie dat hij ontkent dat regels binnen een rechtsstaat enige morele of rechtvaardige lading zouden moeten hebben. Volgens Raz kan een rechtsstaat immorele praktijken zoals slavernij institutionaliseren. J. Raz, 'The Rule of Law and its Virtue', in: R. Raz (red.), *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, New York: Oxford University Press 1997, p. 216, 222.

38 Raz 1997, p. 222.

39 Tamanaha 2004, p. 92.

40 Tamanaha 2004, p. 102.

41 Tamanaha 2004, p. 112.

burgers, zoals *biases*, het moeilijker wordt voor burgers om keuzes te maken op basis van zelfstandige evaluatie en reflectie.²⁸ Dit bezwaar kan ook worden ingebracht tegen transparante nudging, aangezien ook deze vorm van nudging regelmatig op *biases* inspeelt.

Sunstein werpt tegen dat autonomie niet de enige relevante ethische waarde is, omdat onder andere welzijn er ook toe doet.²⁹ Daarnaast legt hij uit dat het mogelijk is nudges te ontwerpen die betere autonome reflectie mogelijk maken. Een voorbeeld van een dergelijke educatieve nudge, oftewel *boost*, is dat de overheid de keuzearchitectuur zo inricht dat burgers statistische informatie tegenkomen over de gevaren van roken. Deze *boost* is met name bedoeld voor rokers die de overoptimistische en irrationele gedachte koesteren dat hun risico op gezondheidsschade meevalt. Sunstein hoopt dat het uitlichten van de voor hen relevante statistische informatie kan helpen bij een meer rationeel denkproces.³⁰

Ten slotte meent Sunstein dat het niet realistisch is om van mensen te vragen continu rationele keuzes te maken. Zijn opvatting is dat keuzedruk een bedreiging kan zijn voor autonomie, omdat autonome mensen tijd moeten hebben voor 'de activiteiten die ze het meest de moeite waard vinden'.³¹ Met het idee in het achterhoofd dat autonome mensen tijd hebben voor wat ze zelf belangrijk vinden, zou nudging autonomie volgens Sunstein juist kunnen stimuleren.³² Hij geeft geen voorbeelden, maar men kan denken aan iemand die meer tijd heeft voor haar hobby's, doordat nudging haar helpt bij het sneller invullen van bureaucratische formulieren. Er zijn dus verschillende opvattingen over autonomie. Sunstein legt vooral nadruk op doen wat je zelf belangrijk vindt, terwijl Bovens, Hausman en Welch zich richten op vrije keuzes en zelfstandige reflectie.

4 Formele rechtsstatelijke perspectieven

Autonomie is niet alleen een belangrijke waarde binnen de ethiek, maar ook binnen het rechtstheoretische debat over de rechtsstaat of de *rule of law*.³³ Rechtswetenschapper Brian Tamanaha onderscheidt twee hoofdstromingen binnen het debat: het materiële perspectief – dat in de volgende paragraaf wordt besproken – en het formele perspectief.³⁴ Bij het formele perspectief staat volgens Tamanaha centraal dat de overheid in principe alleen macht mag uitoefenen via wetten en regelgeving die voldoet aan bepaalde formele criteria, zoals helderheid, een legitieme basis en het criterium dat regels geen retrospectieve werking mogen hebben.³⁵ Hij stelt daarnaast dat het doel van deze formele criteria is dat burgers relatief autonome actieplannen kunnen ontwikkelen, aangezien de overheid weliswaar de vrijheid van burgers beperkt, maar deze burgers tenminste kunnen anticiperen op hoe de vrijheidsbeperking in zijn werk zal gaan.³⁶ In de praktijk betekent dit bijvoorbeeld dat iemand die een onderneming wil beginnen, in principe relatief autonome plannen kan maken voor het openen van een vestiging, mits ze van tevoren kan anticiperen op heldere en goed gecommuniceerde ondernemingsrechtelijke wetgeving en beleid.

Het hierboven geschetste perspectief kan worden aangevuld door een meer concrete rechtstheoretische kijk op de omgang van de overheid met burgers. De rechtstheoreticus Joseph Raz, die een formeel perspectief op de rechtsstaat aanhangt,³⁷ stelt bijvoorbeeld dat de overheid burgers moet behandelen als capabele mensen die zelf toekomstplannen kunnen maken en die kunnen anticiperen op regelgeving. Dit betekent dat '[de overheid] veronderstelt dat zij [dat wil zeggen: de burgers] rationele autonome wezens zijn en probeert hun handelingen en gewoonten te beïnvloeden door invloed uit te oefenen op hun deliberaties'.³⁸ Hiermee bedoelt Raz dat het overheidsbeleid moet uitgaan van het mensbeeld van een autonome burger, een burger die zelfstandig kan nadenken.

Vanuit een formeel perspectief kan nudging als een bedreiging voor de rechtsstaat worden gezien, die op de juiste manier moet worden gekanaliseerd

Met de ethische kritiek in het achterhoofd dat nudging potentieel inbreuk maakt op autonome vrije keuzes en autonome deliberatie en reflectie, ligt het voor de hand dat dit nieuwe beleidsinstrument fundamentele vragen oproept vanuit het formele perspectief op de rechtsstaat. Is er voldoende mogelijkheid voor burgers om te anticiperen op (transparante) nudging? Is het problematisch als de overheid (gedeeltelijk) afscheid neemt van de vooronderstelling dat burgers rationele wezens zijn? Wordt de ruimte voor autonome actieplannen (te) vergaand ingeperkt als nudging niet volledig voldoet aan formele vereisten als helderheid of een legitieme basis? Vanuit een formeel perspectief kan nudging als een bedreiging voor de rechtsstaat worden gezien, die op de juiste manier moet worden gekanaliseerd.

5 Materiële rechtsstatelijke perspectieven

Materiële rechtsstaattheorie is een tweede stroming die door Tamanaha wordt onderscheiden. Volgens hem incorporeert dit perspectief de formele vereisten, om daar vervolgens aan toe te voegen dat wetten in een rechtsstaat ook moeten voldoen aan inhoudelijke voorwaarden van rechtvaardigheid en moraliteit.³⁹ Hij legt uit dat op basis van bijvoorbeeld de morele gewoonten van de gemeenschap wordt verondersteld dat mensen bepaalde rechten hebben.⁴⁰ Daarnaast stelt Tamanaha dat binnen het materiële perspectief veel variatie is met betrekking tot het type rechten dat wordt erkend als deel van de rechtsstaat. Het kan gaan om klassieke grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting, maar het kan ook gaan om sociale grondrechten, zoals een recht op bijstand.⁴¹

Dit materiële perspectief is te herkennen in de vormgeving van de rechtsstaat in Nederland. Ernst Hirsch Ballin stelt enerzijds dat grondrechten binnen de Nederlandse context klassiek worden opgevat als middel om de autonomie van de burger te beschermen tegen overheidsbemoeienis.

Anderzijds legt hij uit dat de realisatie van onder andere sociale grondrechten actief overheidsingrijpen kan vergen.⁴² Er kan worden gediscussieerd over welk mensbeeld het best past bij het Nederlandse sociale rechtvaardigheidsideaal. De WRR constateert dat de Nederlandse overheid vaak een rationalistisch mensbeeld hanteert door van burgers te verwachten dat ze altijd rationeel handelen. Volgens de WRR zou de overheid aan een realistischer mensbeeld moeten werken.⁴³ Veel mensen, zo stelt de WRR, maken suboptimale keuzes op de gebieden van werk, financiën en gezondheid. De oorzaak is volgens de WRR meestal niet dat mensen lui of roekeloos zijn, maar dat niet iedereen de capaciteiten heeft rationeel te kiezen in de steeds complexer wordende samenleving.⁴⁴ Hiermee wordt een zorg geuit die Sunstein ook verwoordt, namelijk dat moderne burgers continue moeilijke keuzes moeten maken terwijl ze hier niet altijd de capaciteiten voor hebben.⁴⁵

Binnen het materiële perspectief zijn naast autonomie ook rechtvaardige uitkomsten van belang, en daarnaast is het vanuit dit perspectief mogelijk dat de overheid een burger veronderstelt die niet rationeel is en die het moeilijk vindt zelfstandig de toekomst te plannen

Binnen het materiële perspectief zijn naast autonomie dus ook rechtvaardige uitkomsten van belang, en daarnaast is het vanuit dit perspectief mogelijk dat de overheid een burger veronderstelt die niet rationeel is en die het moeilijk vindt zelfstandig de toekomst te plannen. Hierdoor roept het materiële perspectief weer nieuwe vragen over nudging op. Zou het problematisch zijn wanneer burgers vanwege nudging in bepaalde opzichten minder autonoom worden, als hier tegenover staat dat de overheid via dit beleidsinstrument andere rechtstatelijke rechtvaardigheidsidealen of sociale grondrechten kan realiseren? Kunnen de juiste *checks and balances* worden gecreëerd, zodat voorkomen kan worden dat eventuele fouten in nudgingsbeleid leiden tot onrechtvaardige situaties? Is nudging de juiste manier om te reageren op het feit dat mensen niet altijd kunnen voldoen aan het ideaalbeeld van de rationele capabele burger, of moet de overheid hier niet – of via andere beleidsinstrumenten – op reageren? Moet er een publieke discussie komen waarin burgers

kunnen delen hoe zij kijken naar nudging, rechtvaardigheid en autonomie? Deze vragen laten zien dat niet alleen kan worden onderzocht of nudging een bedreiging is voor de rechtsstaat, maar ook of nudging de rechtsstaat kan versterken.

6 Conclusie

De rechtstatelijke impact van nudging kan niet worden ontkend, aangezien de discussie over nudging en autonomie raakt aan fundamentele rechtstatelijke kwesties binnen zeer uiteenlopende rechtstaattheorieën. In eerste instantie lijkt nudging vanuit het formele perspectief vooral een bedreiging te zijn voor de rechtsstaat, omdat nudging de overheid extra mogelijkheden biedt te interfereren in de actieplannen van burgers. Het materiële perspectief lijkt meer aanleiding te geven om nudging alsnog in te bedden in de rechtsorde, bijvoorbeeld in het geval dat nudging zou kunnen helpen bij het realiseren van een sociaal rechtvaardigheidsideaal. Het is echter te vroeg om nu al te concluderen dat nudging niet met het formele rechtstatelijke model kan worden verzoend, of dat nudging altijd goed past bij een materiële opvatting van de rechtsstaat. Eerst is meer onderzoek nodig met aandacht voor verschillende opvattingen over autonomie en met aandacht voor de uitwerking van specifieke vormen van nudging in het staatsrecht en de beleidspraktijk.

Nudging is een juridisch relevant fenomeen dat aandacht van juristen verdient. Rechtstheoretisch onderzoek naar nudging en de rechtsstaat kan positiefrechtelijke implicaties hebben

Een conclusie die wel kan worden getrokken is dat nudging, vanwege de niet te ontkennen rechtstatelijke relevantie, een juridisch relevant fenomeen is dat aandacht van juristen verdient. Rechtstheoretisch onderzoek naar nudging en de rechtsstaat kan positiefrechtelijke implicaties hebben. Denk aan de proef uit de inleiding van deze bijdrage waarbij de overheid via nudging een bepaalde keuze voor pensioen stimuleerde. Bij grootschalig gebruik van dit type nudging kan het voorkomen dat een individuele nudge een algemene default volgt die geschikt is voor de gemiddelde burger, maar die bij haar als individu tot financiële schade leidt. Het is aan juristen om een visie te ontwikkelen op de vraag of deze nudge via grondrechten of andere juridische middelen toegang zou moeten kunnen krijgen tot rechtsbescherming.

42 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Hoofdstuk 1 – Grondrechten. Wetenschappelijk commentaar door Ernst Hirsch Ballin', *Nederland Rechtsstaat*, www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/inleiding-bij-hoofdstuk-1-grondrechten/ (laatst bezocht op 3 februari 2022).

43 WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid* (WRR-rapport nr. 97), Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 2017, p. 12-13, te downloaden via www.wrr.nl/publicaties/rapporten/2017/04/24/weten-is-nog-geen-doen.

44 Voor een nadere beschouwing van de betekenis van het rapport van de WRR, zie: M. Scheltema, 'Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten', *AA* 2021, afl. 9, p. 809-820 (AA20210809).

45 WRR 2017, p. 56, 132-134.