

Woord vooraf

Autonomie en recht

Voor u ligt het Bijzonder Nummer van Ars Aequi, gewijd aan het thema ‘autonomie’. Het behelst een zoektocht naar de betekenis van autonomie in het huidige recht.

Het autonome mensbeeld vervult in het recht een dubbelfunctie. Enerzijds is de autonome mens een normatief ideaalbeeld in liberale samenlevingen. Het recht dient er mede toe de kaders te scheppen waarbinnen burgers zich optimaal autonoom kunnen ontplooiën. De ruimte die de wet laat kan dan door burgers worden benut door zichzelf (*autos*) de wet (*nomos*) te stellen. Anderzijds dient het als pragmatische fictie. In het recht ontkomt men er niet aan tot op zekere hoogte te veronderstellen dat burgers op allerlei terreinen zelfstandig en rationeel voor hun belangen kunnen opkomen, oftewel adequaat kunnen omgaan met de rechten en plichten die door het recht in te hunnen aanzien in het leven worden geroepen.

Mensen beschikken lang niet altijd over de vaardigheden die het recht van hen verwacht

De werkelijkheid is – natuurlijk – anders: mensen beschikken lang niet altijd over de vaardigheden die het recht van hen verwacht. Joel Anderson muntte in dit verband de term ‘autonomy gap’: een kloof tussen de hoeveelheid autonomie die het recht veronderstelt (bij de fictieve rechtssubjecten) en de hoeveelheid autonomie waarover mensen (van vlees en bloed) daadwerkelijk beschikken.¹ Volgens hem zijn door uiteenlopende sociale, economische en technologische ontwikkelingen de verwachtingen die aan burgers worden

gesteld bovendien steeds verder toegenomen, waardoor de spanning tussen juridische fictie en maatschappelijke realiteit steeds meer op scherp wordt gesteld.

In Nederland is de vraag hoeveel autonomie redelijkerwijs bij mensen verondersteld mag worden recentelijk nieuw leven ingeblazen door het in zwang raken van de term ‘participatiesamenleving’. De strekking hiervan zou zijn dat ‘van iedereen die dat kan, wordt gevraagd verantwoordelijkheid te nemen voor zijn of haar eigen leven en omgeving’.² In het publieke debat ligt de nadruk vaak op het tweede zinsdeel: het appel om verantwoordelijkheid te nemen. Maar minstens zo ingewikkeld is wat daaraan voorafgaat: Wie is ‘iedereen die dat kan’ eigenlijk? Wie zijn de mensen die dat niet kunnen, en hoe gaat het recht daar dan mee om? Wat kan iedereen dan precies wel en wat kan door de overheid juist niet in redelijkheid van haar burgers worden gevergd? Een cruciaal concept bij de beantwoording van deze vragen is de notie van autonomie, oftewel het vermogen van mensen zelf te beslissen en beschikken over hun doen en laten.

De vraag naar de omvang van autonomie die bij mensen kan worden verondersteld en de wijze waarop het recht zich daarnaar zou moeten modelleren is uiteindelijk (ook) een juridische kwestie, omdat de keuzes die men daaromtrent maakt neerslag vinden in het positieve recht waarin de rechten en plichten van alle burgers hun beslag krijgen. In de wereld van het recht moet dus een positie

- 1 Zie bijvoorbeeld J. Anderson, ‘Regimes of Autonomy’, *Ethical theory and moral practice* 2014, p. 355-368.
- 2 Troonrede 2013, zie www.rijksoverheid.nl/documenten/toespraken/2013/09/17/troonrede-2013.



worden ingenomen over hoeveel autonomie van burgers mag worden verlangd en in welke mate hierbij tussen verschillende (groepen van) burgers moet worden gedifferentieerd.

Het algemene gevoelens lijkt dat het recht opschuift in de richting van het veronderstellen van meer autonomie. Dit is in wezen een ontwikkeling die al ruim voor het munten van de term ‘participatiesamenleving’ werd gesignaleerd. Zo werd en wordt in het strafprocesrecht gesproken over een oprukkende notie van rechtsverwerking; in toenemende mate wordt het initiatief en de verantwoordelijkheid voor een adequate verdediging bij de verdachte zelf gelegd. Ook van verdachten wordt, zo het lijkt meer dan vroeger, verwacht dat zij hun eigen boontjes kunnen doppen. De fictie van het autonome mensbeeld die hierachter schuilgaat staat niet zelden op gespannen voet met de realiteit: mensen die als verdachte in het strafrecht worden betrokken hebben vaak een zeer laag IQ en slechts in beperkte mate de vaardigheden die in het maatschappelijk verkeer verwacht worden.

De tendens lijkt er in de afgelopen jaren eerder een te zijn geweest van het projecteren van minder, dan van meer autonomie op de gemiddelde burger

Toch kan de vraag worden gesteld of het wel echt waar is dat het recht zich in toenemende mate oriënteert op de autonome burger. Opmerkelijk genoeg lijkt immers juist in deelgebieden van het contractenrecht, een gebied waar burgers traditioneel juist veel meer dan binnen het publiekrecht de gelegenheid wordt geboden zichzelf de wet te stellen, een andere denkrichting zichtbaar. Hier is de vraag wel opgeworpen of de bescherming van de autonome burger niet juist is doorgeslagen. In het consumentenrecht of arbeidsrecht zou de burger zelden nog de pijn voelen van zijn eigen fouten, omdat haast al het risico voor zijn eigen handelen bij hem wordt weggehaald. Hoe men hier ook in staat: de tendens lijkt er in de afgelopen jaren eerder een te zijn geweest van het projecteren van minder, dan van meer autonomie op de gemiddelde burger.

Een andere vraag is hoe juridisch wordt omgegaan met burgers die er blijk van hebben gegeven de drempel van autonomie niet te halen. Het lijkt soms alsof hun een tegenovergesteld regime wacht. Zygmunt Bauman heeft

erop gewezen dat mensen die niet mee kunnen komen in de huidige door hem als ‘vloeibaar modern’ geormerkte tijd, omdat zij het tempo waarin zaken veranderen niet kunnen bijbenen of onvoldoende kunnen omgaan met de toenemende complexiteit (hierin vallen de ‘autonomy gaps’ van Anderson te herkennen), duurzaam worden onderworpen aan dwingende surveillance.³ Werklozen, veroordeelden, of mensen die anderszins niet voldoen aan maatschappelijke verwachtingen, liggen volgens Bauman permanent onder een vergrootglas en worden in hun mogelijkheden beknot. Het normatieve ideaal van het verwezenlijken van een – endogene – autonome identiteit wordt hen aldus permanent onthouden.

In het positieve recht vallen ook van dit laatste voldoende voorbeelden aan te wijzen. Zo wordt steeds meer gebruikgemaakt van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke gebiedsverboden, worden de mogelijkheden op toezicht en controle na afloop van de straf verruimd en worden de grenzen van de verklaring omtrent gedrag opgerekt. Dergelijke maatregelen vallen vanuit empirisch of maatschappelijk oogpunt misschien goed te verdedigen, maar zij slaan tegelijkertijd bij de betrokkene de mogelijkheid uit handen om aan te tonen dat hij zelfstandig in staat is tot het goede leven, op eigen kracht en zonder de dwingende aanwezigheid van extern toezicht.

Alle bovenstaande ontwikkelingen maken het interessant om te onderzoeken wat eigenlijk de status van de notie van autonomie is in het (positieve) recht. Is er sprake van samenhang tussen rechtsgebieden of juist eerder van divergentie? Anders geformuleerd: is het recht getailleerd naar één mensbeeld, of worden in diverse rechtsgebieden andere vigerende mensbeelden vooropgesteld? Is autonomie eigenlijk wel een bruikbaar kompas voor het recht, of is het veeleer een concept dat instrumentalistisch – want maar net afhankelijk van welke doelen men binnen een bepaald rechtsgebied wil nastreven – wordt ingezet?

Ten behoeve van deze zoektocht wordt de betekenis en relevantie van de notie van autonomie in dit Bijzonder Nummer in diverse rechtsgebieden verkend. De eerste bijdrage is echter niet positiefrechtelijk ingestoken maar onderzoekt de betekenis van autonomie voor een betrekkelijk nieuw fenomeen. Pauline Westerman stelt de vraag of de idee van de autonome burger te verzoenen is met de toenemende praktijk van ‘nudging’, het duwen van burgers in een bepaalde richting door de overheid. *En passant* bespreekt ze hierbij de

³ Zie bijvoorbeeld Z. Bauman, *Liquid fear*, Malden, MA: Polity Press 2006, maar ook andere boeken uit de ‘vloeibaar-serie’. Voor een beknopte uiteenzetting in het Nederlands, zie de vertaling van J.M.M. de Valk: Z. Bauman, *Vloeibare tijden. Leven in een eeuw van onzekerheid*, Zoetermeer: Klement 2007.

kaders waarbinnen autonomie kan bestaan: geen autonomie zonder rechtsorde (maar geen rechtsorde zonder autonomie).

Vanessa Mak bespreekt de ‘gemiddelde consument’ in het Europees consumentenrecht, een specificatie van de contactvrijheid in het privaatrecht. Mak onderzoekt in haar bijdrage in hoeverre recente ontwikkelingen als de invloed van gedragswetenschappen en de opkomst van *big data* druk uitoefenen op het ‘gemiddelde consument’-begrip. Daarnaast gaat zij in op de vraag in hoeverre de ‘gemiddelde consument’-maatman recht doet aan de positie van de individuele, autonome consument.

In haar bijdrage over autonomie in het contractenrecht wijst Iris Houben vervolgens op de (groeierende) behoefte aan bescherming van bepaalde ondernemers, die onder meer tot uitdrukking komt in de jurisprudentie over renteswapcontracten en het recente wetsvoorstel over franchising, dat de bescherming van de franchisenemer ten doel heeft. Zij relateert deze ontwikkeling aan de partijautonomie, die in het contractenrecht haar plek heeft gevonden in de contractvrijheid. Vanuit diezelfde autonomie hebben burgers en ondernemers echter ook behoefte aan een herkenbaar en coherent contractenrecht.

Titiaan Keijzer vergelijkt de mensbeelden die ten grondslag liggen aan het vennootschapsrecht in Nederland en de Verenigde Staten, meer in het bijzonder in de staat Delaware. Hij onderzoekt daartoe in hoeverre partijen in staat worden geacht hun eigen positie te bepalen. Behandeld worden onder meer artikel 2:25 BW en de mate van autonomie die het bestuur van een vennootschap wordt geboden. Keijzer laat daarbij zien dat de vergeleken rechtsstelsels wellicht andere uitgangspunten hanteren, doch dat deze verschillen door de uitwerking kunnen worden genuanceerd.

In het socialezekerheidsrecht staat van oudsher minder het autonomiebegrip dan het solidariteitsbegrip centraal. In zijn bijdrage constateert Frans Pennings dan ook dat er een zekere tegenstelling bestaat tussen autonomie en een aantal fundamentele uitgangspunten van het socialezekerheidsrecht. Niettemin roept de verhouding tussen autonomie en het socialezekerheidsrecht recentelijk enkele dilemma's in het leven. Zo wijst Pennings op de nog vrij grote autonomie van zzp'ers, die daardoor ook weer aanmerkelijke risico's lopen, en op de discussie rondom het basisinkomen.

Leo Damen kaart in zijn bijdrage een ‘autonomy gap’ aan in het bestuurs- (proces)recht en illustreert dat aan de hand van een aantal voorbeelden. Het mensbeeld dat domineert bij de bestuurswetgever is dat van een ‘rationeel handelende burger die over alle informatie beschikt die nodig is om de juiste beslissingen te nemen’⁴ – een ‘irreëel burgerbeeld’, aldus Damen. Een realistischer burgerbeeld kan de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur humaniseren en de autonomie van de burger verwezenlijken.

In de straf(proces)rechtelijke bijdrage bekijkt Ferry de Jong de notie van autonomie door de lens van ‘responsabilisering’, een term die eerder door onder andere David Garland is gebruikt om een nieuw type criminaliteitsbeleid mee te vatten. Vanuit dit perspectief bespreekt De Jong zowel diverse recente ontwikkelingen in het straf(proces)rechtelijk landschap uit het afgelopen decennium als enkele veranderingen die in het komende decennium verwacht worden.

In de aggregerende bijdrage confronteert Lukas van den Berge eerst de ‘wensdroom’ van autonomie met relationele idealen. Hij beschrijft hierin een dialectische ontwikkeling van de notie van autonomie van aanvankelijk onderdrukt, naar verabsoluteerd, naar thans een meer genuanceerde benadering waarbij aan beide idealen zoveel mogelijk recht wordt gedaan.⁵ Zowel in zijn duiding van deze ontwikkeling als in zijn beschrijving van het *voorlopige* – want, zo besluit hij opgelucht, het bepalen van de plaats van autonomie in het recht zal altijd wel tot discussie aanleiding geven; en verschaft hen met een sofistischer inborst daarbij de nodige emplooi – neerslag hiervan in het positieve recht, verwerkt hij op fraaie wijze de bijdragen van de verschillende auteurs die aan deze bijdrage hebben meegeewerkt. De bijdrage van Keijzer is, om redenen die geheel buiten de beschikkingsmacht van zowel Van den Berge als Keijzer liggen, niet in de aggregerende bijdrage meegenomen.

Wij danken de auteurs hartelijk voor hun bijdragen aan dit Bijzonder Nummer en wensen u veel leesplezier.

De redactiecommissie,
Pjotr Broere
Charlotte de Kluiver
Lisa Münchow
Lucas Noyon
Olivier Oost

4 Zie het artikel van Leo Damen in dit nummer, voetnoot 34 op p. 637, met verwijzing naar Scheltema.

5 Ph. Nonet & Ph. Selznick, *Law and society in transition. Toward responsive law*, New York: Harper & Row Publishers 2001 [1978].