

DE WORDING VAN DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTRAAT

Het begrip "democratische rechtstaat"

Onderdeel van de sociale genese van het recht: de ontwikkeling van de Nederlandse Democratische Rechtstaat (DRS)

Wat is dat: een DRS:

1. De verhoudingen tussen burgers en overheid gefundeerd op wettelijke regels
2. Scheiding van overheidsmachten
3. Democratische besluitvorming
4. Bescherming van grondrechten

Begin van de Nederlandse DRS: eind 18^e eeuw: Bataafse Republiek

Ontstaan van de DRS is gevolg van drie ontwikkelingen:

1. Ontwikkeling van de gecentraliseerde eenheidsstaat
2. Machtscentrum zag zich gedwongen rekening te houden met de verlangens van de bevolking
3. Er kwam een onderscheid tussen politiek en bestuur

De wording van de centrale eenheidsstaat

Wat is een Staat?

- *Weber*: Territoriaal omliggende menselijke samenleving waarbinnen het monopolie op geweld hoofdzakelijk is toebedeeld aan een organisatie, regering of overheid, die op basis van dit monopolie bestuurlijke maatregelen doorvoert
- *Elias*: ook het ontstaan van een belastingmonopolie is bepalend

Elias noemt deze processen het monopoliemechanisme → brengt een centrale macht voort:

- *Door voortdurende concurrentie tussen eenheden (graafschappen, hertogdommen) waarbij de sterkere de zwakkere weten te onderwerpen ontstaat uiteindelijk een centrale macht*
- *Zo ontstaat het geweldsmonopolie*
- *Het ontstaan en beheersen van grotere territoriale eenheden gaat samen met deling van functies → Geld gaat een grotere rol spelen → belastingmonopolie*

Die expansie (schaalvergroting) gaat ook samen met:

- een wijziging van de kwaliteit van de verhoudingen binnen het territorium
- Toenemende handel e.d. over grotere afstanden → stimuleert arbeidsdeling
- Een professioneel/gespecialiseerd bestuursapparaat & leger
- Dus: toenemende behoefte aan regulering: toenemende regelgeving

Hoogtepunt van deze ontwikkelingen in de 17^e eeuw met absoluut geregeerde eenheidsstaten zoals Engeland en Frankrijk; in Nederland gaat het natuurlijk allemaal weer anders ☺

Monopoliemechanisme maakt de positie van de centrale vorst groter → verpersoonlijking van de staatsmacht (L'état? C'est moi!)

- *Echter, door de toenemende arbeidsdeling is iedereen afhankelijker van elkaar bijdragen. Dat maakt dat de bevolking meer invloed kan uitoefenen op de politieke overheersing en de heerser ook geneigd is meer met hun verlangens rekening te houden*

Democratisering

Elias: Democratisering is de 2^e fase van het monopoliemechanisme; de strijd gaat om de verdeelsleutels

De belangrijkste kracht achter het democratiseringsproces was de burgerij (3^e stand)

Achterliggende gedachten:

- De staat is ook gebonden aan het recht (rule of law)
- Het concept van het staatsburgerschap en daarmee corresponderende burgerrechten
- Het onderscheid tussen staat en maatschappij
De maatschappij is het domein dat onttrokken is aan de machtsvorming van de traditionele heersers

Belangrijk aspecten van het democratiseringsproces:

- Ontstaan van parlementair stelsel
En uitbreiding van de bevoegdheid van die parlementen
- Ontstaan en uitbreiding van het kiesrecht

Bureaucratisering

Differentiëring van functies

In traditionele staatsapparaten zijn ambtenaren rechtstreeks afhankelijk van de heerser of beschouwen zij hun functie als privé-bezit

Webers ideaaltipe van de bureaucratie (19^e eeuw):

1. De uitvoering van ambtelijke taken is gebonden aan algemene regels
2. De taken van de ambten zijn duidelijk afgebakend en omschreven
3. Er bestaat een duidelijke ambtelijke hiërarchie
4. Het bestuur is gefundeerd op geautoriseerde schriftelijke documenten

5. Er bestaat een strikte scheiding tussen de ambtelijke staf en de bestuursmiddelen; ambtenaren krijgen een regulier salaris uitbetaald dat niet verbonden is met de financiële sommen die zij in het kader van hun taakuitoefening beheren
6. De ambtenaren zijn persoonlijk vrij
7. Ambtenaren worden benoemd op basis van hun professionele kwalificaties
8. De toelating tot een ambt is in principe vrij

Dit ideaaltype is vrij star; er kan moeilijk recht worden gedaan aan de bijzonderheden van een individueel geval

Algemeen wordt aangenomen dat Webers ideaaltype het belang van informele verhoudingen veronachtzaamt

Recht en de democratische rechtstaat

Vroeger veel rechtsverscheidenheid door lokale gebruiken en personaliteitsbeginsel

- Enigszins getemperd door het Romeins Recht als subsidiair recht

Twee historische bewegingen richting centralisatie van recht & rechtseenheid:

1. De opkomst van centrale heersers
2. Emancipatie van de burgerij

Sterk politiek momentum voor het natuurrecht (slingerbeweging; tegenreactie)

Emancipatie van burgerij + vrijheidsstreven;

- scheiding der machten
- ingrijpen van overheid in de persoonlijke levenssfeer dient wettelijke basis te hebben
- Wetten dienen algemeen te zijn:
 - 1e. Alle burgers zijn op eenzelfde wijze aan de wet onderworpen
 - 2e. Willekeur van (feodale) heersers wordt doorbroken
 - 3e. Overheid dient vrije maatschappelijke verhouding te respecteren

Maatschappij: stelsel van wederzijds afgebakende vrijheden

Recht werd gezien als instrument om vrije burgers "tegen elkaar te beschermen"

From status to contract: De positie van mensen is niet gebaseerd op (erfelijke) status maar op hun kansen om met anderen overeenkomsten te sluiten

Rationeel legaal gezag geeft mensen optimaal de mogelijkheid om (doel)rationeel te handelen.

Na verloop van tijd werd echter duidelijk dat er sociologische wetmatigheden zijn die verhinderen dat minder draagkrachtige zich verheffen.

De belofte van een redelijke orde

Het concept van de DRS weerspiegelt de emancipatie en vrijheidsideologie van de 3^e stand.
In het rechtstelsel dat ontstond zijn de belangen van die groep duidelijk te herkennen.
Met het burgerlijke concept van "recht" is de gedachte van de maakbare samenleving ontstaan → recht wordt een instrument om politieke doeleinden te realiseren.

DE VERZORGINGSSTAAT: GROEI EN VERANDERING

Opvallend kenmerk van westerse samenleving: uitgebreide stelsels van voorzieningen t.b.v. het creëren van welzijn en welvaart voor alle burgers.

Dit vereist:

1. Welvaart
 2. Zeer goed georganiseerd ambtenarenapparaat
 3. Zeer complex geheel van rechtsregels
- + enig vertrouwen in het sturend vermogen van de overheid
(dit vertrouwen neemt steeds verder af)

Kenmerken van de verzorgingsstaat

Start: tweede helft 19^e + begin 20^e eeuw

Snelle doorstart na 2^e wereldoorlog → kwantitatieve & kwalitatieve uitbreidingen

De verzorgingsstaat (*Thoenes*):

1. Systeem van overheidszorg dat garant staat voor het collectieve welzijn
 - Sociale bescherming
 - Reductie in willekeur van bestaansmogelijkheden
 - Sociale integratie
 2. Handhaving van kapitalistisch productiesysteem
 3. Democratie
- Beschavingsoffensief

De wording van de gezondheidsstaat

Beginnt ergens eind 19^e eeuw vorm te krijgen

- 1874: Wet op de kinderarbeid
- 1890: Arbeidswet
- 1895: Veiligheidswet
- 1901: Ongevallenwet
- 1913: Invaliditeitswet

Dit waren wetten die arbeiders moesten beschermen; pas na de 2^e wereldoorlog kwamen er wetten die beoogden alle burgers te beschermen

Invloeden uit Duitsland (Bismarck; werknemersverzekeringen) en Engeland (moderne verzorgingsstaat)

Twee soorten rechtvaardigheid:

1. Ruilrechtvaardigheid: Juist evenwicht tussen prestatie en beloning wanneer sprake is van een ruilproces tussen individuen
2. Verdellende rechtvaardigheid: het corrigeren van die factoren die achterstanden in het leven roepen waardoor bepaalde groepen geen rechtvaardig loon voor hun arbeidsprestatie af kunnen dwingen

Kenmerkend voor Nederland: instellingen op levensbeschouwelijke grondslag (verzuiling; maatschappelijk middenveld)

Enkele sociologische verklaringen

Simpele verklaring voor het ontstaan van de verzorgingsstaat: gegroeid mededogen met de armen en de behoeftigen

Deze simpele verklaring voldoet sociologisch gezien niet:

Het is "niet sociologisch" om veranderingen toe te schrijven aan gewijzigde bedoelingen/intenties, omdat veel van die veranderingen onbedoeld tot stand komen!

Het is wel sociologisch interessant waarom het mededogen met de armen zo sterk wisselt door de tijd

De verzorgingsstaat is niet de enige manier om de noden van de armen te lenigen; waarom is juist deze (staats-)oplossing gekozen?

Verklaringsmodellen voor het ontstaan van de verzorgingsstaat:

1. De toenemende statelijke zorg is de uitkomst van arbeidersstrijd en emancipatie
 - Door organisatie (vakbonden) konden de arbeiders zich tot een machtigere groep ontwikkelen en zo aandacht voor hun noden afdwingen
2. Er was een economische noodzaak voor het ontstaan van de verzorgingsstaat
 - Door het industrialisatieproces nam de mobiliteit van de arbeidsbevolking toe; traditionele vormen van zorg werden zo ondergraven en men werd dus meer afhankelijk van door de overheid georganiseerde steun
 - Een geïndustrialiseerde economie is ook meer afhankelijk van in goede gezondheid verkerende werkkrachten
3. Sociaal politieke factoren
 - B.v. in Duitsland waar de arbeiders in de nieuwe Duitse eenheidsstaat moesten worden gebonden

Swaans:

- In de loop van de ontwikkeling neemt de onderlinge afhankelijkheid toe. Deze toenemende interdependentie zorg er voor dat de ellende van de één ook meer consequenties heeft voor de ander. Vandaar de toegenomen bekommernis met de ellende van anderen

- Het ontstaan van collectieve goederen vereist staatsdwang om "free riders" gedrag te voorkomen

Vraag: Waarom kwamen in Duitsland eerder bepaalde sociale voorzieningen tot stand dan b.v. in Engeland (dat eerder industrialiseerde)?

- Mogelijk antwoord: Sociaal politieke factoren in Duitsland (staatsvorming) spelen hier een rol: sociale voorzieningen moesten de arbeiders in de natie helpen integreren.

Kenmerken van de Nederlandse verzorgingsstaat

Verzuilingsproces verklaart het weinig centralistische model van de Nederlandse verzorgingsstaat

- Staat verschafte de randvoorwaarden; werden door de groepen zelf verder ingevuld en uitgevoerd
- Tegenstellingen werknemers/werkgevers speelden zich af binnen de zuil, en werden daardoor van hun scherpe randjes ontdaan
- De zuilen moesten een actieve sociale politiek voeren om de arbeiders in de zuil te blijven binden → De Nederlandse verzorgingsstaat is daardoor een ruimhartige
- *Verzuiling leidde tot decentrale opbouw van de verzorgingsstaat en dit leidde op haar beurt weer tot problemen in de beheersing en de democratische controle*

Enkele problemen van de verzorgingsstaat

De tekorten van de verzorgingsstaat:

1. De economische expansie stokte
2. Het individualiseringsproces zorgde voor een groter beroep op uitkeringen
3. Emancipatie van vrouwen (hangt sterk samen met individualiseringsproces)
4. Flexibilisering van arbeid
5. Financiering van de sociale zekerheid sterk onder druk komen te staan door de Euro (stabiliteitspact)

De verzorgingsstaat bleek echter moeilijk te beheersen:

- Door de ontbinding van de zuilen durfden mensen steeds openlijker hun verlangens te formuleren en te richten aan de overheid
- De zorg heeft een steeds anoniemer karakter gekregen
- Calculerend gedrag van de burgers
- Decentrale structuur is per definitie moeilijker te beheersen

Van Doorn:

- Baas in eigen huis, en het huis ten last van de gemeenschap

- Professionals verdringen vrijwilligers
- Aanbod scheidt vraag

Met de uitbouw van de verzorgingsstaat is het bestuursapparaat gegroeid

Fragmentarisering van het openbaar bestuur

- Permanente druk om aan meer (deel)belangen tegemoet te komen

→ "Relatieve deprivatie"

Wordt het streven van sociale rechtvaardigheid wel bereikt? Komt de zorg wel waar hij nodig/bedoeld is?

Het Mattheüseffect: Wie al veel heeft weet ook het meest van de nieuwe mogelijkheden te profiteren

- Een van de oorzaken van armoede is het niet-gebruiken van regelingen

Bedoelde en onbedoelde gevolgen van de verzorgingsstaat

Herstructurering van de verzorgingsstaat:

1. Omvang van de uitkeringen reduceren
2. Minder mensen in aanmerking voor een uitkering
3. Risico-overdracht naar het individu
4. Herzien van de uitvoering
5. Voorkomen van regelverdichting, verkokering en fragmentarisering
6. Decentralisatie van de uitvoering (b.v. nieuwe bijstandswet)

Tussen economische prikkels en verantwoordelijkheid

Belangrijke aspecten van de problemen in de verzorgingsstaat:

1. Verval van traditionele banden
2. Individualisering
3. Secularisering
4. Ondoorzichtige overheidsbureaucratie
5. Calculerende burger

Beleidsmaatregelen:

Probeer met financiële prikkels te sturen

Herstel van morele en politieke betrokkenheid

RECHT EN LEGITIMITEIT

Kenmerkend voor de moderne samenleving is dat de aanvaarding van overheidsinterventie in belangrijke mate berust op het aan wettelijke regels gebonden karakter daarvan → legitimiteit

Legitimiteit veronderstelt duurzaam gezag

Mensen respecteren overheidshandelen omdat zij een onpersoonlijke op algemene wettelijke regels gefundeerde orde gehoorzamen die de bevoegdheden van de overheid omschrijft

Formeel legaal gezag

Kenmerken van formeel legaal gezag (Weber):

1. Functies van de staatsmacht zijn gescheiden
2. De overheid is gebonden aan de wet
 - Het primaat van de wet
 - Het handelen van de overheid is legitiem omdat haar bevoegdheden omschreven en beperkt zijn, maar ook omdat de wetten democratisch tot stand gekomen zijn
3. De bevoegdheden van rechters en ambtenaren zijn omschreven en beperkt
4. Wetten zijn algemeen

Recht als instrument

Men kreeg meer oog voor de maatschappelijke mechanismen die onbedoeld de zedelijke en materiële verheffing van bepaalde groepen in de weg stonden

→ Tanende betekenis van het liberale mensbeeld

1907: Wet op de arbeidsovereenkomst

De wetten van de 19^e-eeuwse liberale samenleving vormden een formele rechtsorde

Recht als instrument dwingt de overheid om groepen te gaan onderscheiden → categorale rechtsbedeling

Maatschappelijke problemen worden dan in toenemende mate gezien als de onbedoelde uitkomsten van menselijk handelen

De balans in de trias verschuift richting de uitvoerende macht die t.g.v. de benodigde flexibiliteit (i.h.k.v. doelgerichte wetgeving) meer (regelgevende) bevoegdheden krijgt → kaderwetten & pseudo-wetgeving (beleidsrichtlijnen); technocratie

De positie van de rechter verandert, van de interpretator van een gesloten legistisch model naar een op de samenleving georiënteerde rechter

Van deductie → inductie, van formeel rationeel recht → materieel rationeel recht

(vergelijk de "Zutphense juffrouw" & Lindenbaum-Cohen arresten)

Hamaker: Het recht moet niet deductief worden afgeleid van een hogere orde, maar dient zoveel mogelijk in overeenstemming te zijn met waargenomen regelmatigheden in menselijk gedrag

Holmes: "The life of the law is nog logic, it is experience"

Recht en participatie

Burgers raken meer betrokken bij politiek en bestuur

→ Inspraak!

Onderhandelend (ook wel: horizontaal) bestuur; het antwoord van de overheid op de beheersproblemen van de moderne samenleving:

- Complexiteit van maatschappelijke problemen neemt toe
- Antwoord op de verkokering van het bestuur
- Groeiende afhankelijkheid tussen verschillende geledingen van de overheid en particuliere organisaties
- Reikwijdte van beslissingen van particuliere organisaties neemt toe
- Antwoord op beperkingen van instrumenteel recht t.a.v. handhaving van gestelde normen (draagvlak)

Naast formeel legaal gezag

Hebben deze veranderingen nieuwe bronnen van legitimiteit voortgebracht?

Klassieke rechtsstaat v.s. sociale rechtsstaat

Klassieke rechtsstaat: Streven om de macht van de overheid te beperken en de vrije handelingssfeer van de burgers te beschermen

Sociale rechtstaat: Overheid grijpt in het maatschappelijke leven in om bestaansvoorwaarden voor iedereen te scheppen die mensen in staat stellen om van hun vrijheid gebruik te maken

Rechters en ambtenaren worden social engineers

Vanuit democratisch oogpunt zijn er bezwaren tegen het onderhandelend bestuur in te brengen: in hoeverre zijn alle belanghebbenden aan de onderhandelingstafel gerepresenteerd? De corrigerende rol van de democratische instellingen (parlement; gemeenteraad) neemt af!

Naar een nieuw model van machtsverdeling?

Tendens onder rechtssociologen om steeds kritischer te staan tegenover de instrumentalisering van het recht:

Samenleving verandert te snel en is te gecompliceerd

Verschillende maatschappelijke domeinen worden gekenmerkt door een eigen en van elkaar te onderscheiden rationaliteit; het is een illusie om te denken dat één domein (het recht) de verhoudingen binnen de andere domeinen kan besturen c.q. beïnvloeden

Het gevaar bestaat dat regulering op afstand nieuwe kansen biedt aan machtige(r) groepen om hun belangen tot uitdrukking te brengen

DE RECHTERLIJKE MACHT IN BEWEGING

Het beroep op de rechter sterk gestegen:

- Juridisering van de maatschappij
- Ook andere ontwikkelingen zoals het toenemend aantal echtscheidingen
- Door de instrumentalisering van het recht wordt de rechter steeds vaker gevraagd een uitspraak te doen over maatschappelijk controversiële onderwerpen

De trias is steeds meer een duas geworden: politiek/bestuurlijk conglomeraat vs. de rechterlijke macht

- Rechter wordt steeds meer de beschermer van de burger

De samenstelling van een beroepsgroep is belangrijk voor de cultuur van die beroepsgroep

Rekrutering en opleiding van de rechterlijke macht

Rechterlijke macht:

- Staande magistratuur (OvJ)
- Zittende magistratuur (rechters)
- Meestal professionele juristen; in Nederland is weinig lekenrechtspraak

Toename van het aantal rechters hangt ook samen met de integratie van de rechtbanken en de raden van beroep

Het aantal rechters in Nederland is laag in vergelijking met andere landen

	1951	1974	1986	1995
Totaal rechters	317	494	694	1223
Totaal OM	94	152	238	391
Totaal RM	411	646	932	1614

Nederland kent twee toegangswegen tot de rechterlijke macht:

- RAIO-opleiding
- Via andere juridische beroepen

Samenstelling van de rechterlijke macht

Onderzoek (Ten Kate & Van Koppen) heeft uitgewezen dat er geen significante correlatie is tussen persoonskenmerken van de rechters en rechterlijke beslissingen

- Persoonskenmerken kunnen wel bepalend zijn voor de stijl van werken

Binnen de rechterlijke macht vindt aanzienlijke socialisatie plaats: voor alle beslissingen zijn collectieve denkbeelden in de RM een belangrijk ankerpunt

Qua geloofsovertuiging en politieke voorkeur vormt de RM een afspiegeling van Nederland; sociaal gezien zijn de hogere klassen oververtegenwoordigd (go figure!)

- Dit zal niet snel veranderen (profiel in (RAIO-)opleiding is gelijk)

Segregatie in de RM:

- Horizontaal: Er zijn aanwijzingen dat mannen/vrouwen op andere rechtsterreinen actief zijn (b.v. vrouwen in jeugd- en familierecht), alhoewel hun voorkeur niet wezenlijk verschilt
- Verticaal: vrouwen zijn ondervertegenwoordigd in hogere functieniveaus

Rechter-plaatsvervangers:

- Afkomstig uit advocatuur, notariaat, wetenschap, bedrijfsleven en overheid
- Bij kantongerechten komen 73% van de plaatsvervangers uit de advocatuur, bij de rechtbanken en gerechtshoven is dit circa 30%
- Hoven en rechtbanken maken veel gebruik van juristen uit de universitaire wereld
- Plaatsvervangers worden gemiddeld zo'n 8x /jaar ingezet

Organisatie en reorganisatie van de zittende magistratuur

Traditioneel: collegiale rechtspraak; sinds begin 20^e eeuw uitbreiding van de unus-rechtspraak

De ontwikkeling van de organisatie van de rechtspraak kenmerkt zich door centralisatie

Specifieke bestuursrechtspraak:

- College van Beroep voor het Bedrijfsleven
- Sectoren bestuursrecht van de arrondissementsrechtbanken
- Centrale Raad van Beroep

Eind jaren 60 ingezette reorganisatie (vanwege "vertrouwenscrisis") is eigen leven gaan leiden

- 1992: Administratieve kamers ingesteld bij de rechtbanken (verzekering- en ambtenarengeschillen)
- 1994: Uitbreiding van bevoegdheid tot behandeling van de meeste bestuursgeschillen (Awb)
- Daarna verzet vanuit de zRM; plannen worden "heroverwogen"

Het Openbaar Ministerie: tussen minister en rechter

In de Franse tijd was het OM vooral zaakwaarnemer van de regering en beslist niet zelfstandig

WSV 1926: OvJ kreeg volledige zeggenschap bij het vervolgen van strafbare feiten

HR: bepaalde dat rechter alleen vonnis mag wijzen over door OvJ ten laste gelegde feiten

Eind jaren 60 start de ontwikkeling om van het OM een beleidvoerend orgaan te maken

Eenheid van optreden: college van PG

Minister van Justitie draagt nu eindverantwoordelijkheid voor het OM → OM weer onderdeel van de uitvoerende macht

Zittende magistratuur: beroepsopvatting en onafhankelijkheid

Rechters zien zichzelf als onafhankelijke beslissers, gericht op iedere afzonderlijke zaak

Beslissingsruimte van de rechter neemt toe!

- Kaderwetten, internationalisering, steeds veranderende wetten

Collectieve afspraken van rechters worden pseudo-wetgeving

Rechters worden voor het leven benoemd

In Nederland geen politieke benoemingen (uhuh)

Pikmeerarresten:

- *Door het primaat van de democratische besluitvorming heeft de rechter slechts een beperkte rol bij de strafrechtelijke toetsing van taken die democratisch zijn opgedragen aan het bestuur. Het zwaartepunt bij het behandelen van het overheidshandelen ligt bij de democratische organen...*

Vertrouwen in de rechterlijke macht

Vertrouwen in de rechterlijke macht is gebaseerd op de mate waarin zij tegemoetkomt aan eisen van rechtvaardigheid en onpartijdigheid

Beslissingen van rechters en OvJ's zijn meestal goed voorspelbaar

Toch zijn er verschillen in de rechtspleging (b.v. strafmaat voor werkenden en werkelozen)

Eind jaren 80 werden nog grote regionale verscheidenheid in de strafrechtspleging gesignaleerd

- Reactie: collegiaal overleg; inzet IT (expertsystemen)

Ander vertrouwensissue: aanvechtbare veroordelingen

UITVOERING EN HANDHAVING VAN REGELGEVING

Functioneren van de (verzorgings-)staat is afhankelijk van de wijze waarop wetten en regelingen worden uitgevoerd en gehandhaafd

- Primaire uitvoering: Toepassen van de regels
- Secundaire uitvoering: Handhaving van de regels

In Nederland zijn er 57 soorten instellingen waarvan de functionarissen opsporingsbevoegdheid hebben...!

- En er zijn 544 vergunningsstelsels!

Uitvoering en handhaving zijn belangrijk omdat deze in feite bepalen wat in de praktijk de effecten zijn van de regelingen (ongeacht de goede bedoelingen van de regelgevers)

- Zie ook de parlementaire enquêtes

Kloof tussen bedoeling en praktijk

Soms grote discrepantie tussen de formele regels en de praktijk van de uitvoering

Gedogen:

1. Opportunistisch
2. Tactische beleidskeuze
3. Aanpassing aan veranderde normen
4. Remedie tegen onoplosbare problemen

Instanties en functionarissen die belast zijn met de handhaving blijken niet altijd gericht op opsporing en bestraffing van overtredingen

Weber: uitvoering van regels is een formeel-rationele activiteit

Het ambtelijk apparaat wordt opgevat als een neutraal instrument ter realisering van de door de wetgever vastgestelde doelen

- Echter: individuele ambtenaren hebben doorgaans veel meer beslissingsruimte en informele verhouding spelen een veel grotere rol dan Webers model suggereert
- Want:
 - 1e. Beslissingen in concrete gevallen zijn lang niet altijd ondubbelzinnig uit de regels af te leiden
 - 2e. Het feitelijke handelen van een organisatie loopt zelden volledig in de pas met die van de formele organisatie omdat informele verhoudingen een grote rol spelen

Factoren van belang voor wijze uitvoering

1. Aard van de uitvoerende taak

- Rekening houden met unieke omstandigheden van cliënten?
- Grote aantallen gevallen afhandelen?

Kenmerkend voor veel uitvoeringsinstanties is dat ook bij ingewikkelde zaken een aanmerkelijk deel van de gevallen als routinegeval wordt gedefinieerd

Lipsky: Street-level bureaucraten

Twee typeringen (van cliënten) komen vaak voor:

1e. Gebaseerd op behoefte (aan b.v. een uitkering) en verdienste

- Morele aanspraak is bepalend voor de houding van de ambtenaar

2e. Gebaseerd op te behalen resultaat (b.v. een werkzoekende)

- Uitvoerders helpen het liefst hen waarbij goed resultaat te behalen valt

2. Conflicterende denkwijzen en belangen binnen en buiten het uitvoeringsapparaat

- Uitvoeringsapparaat is geen eenheid
- Laag geplaatste functionarissen kunnen veel invloed hebben op de uiteindelijke besluitvorming (street-level bureaucraten)
- Functionarissen gebruiken soms hun autonomie om zich te onttrekken aan formele richtlijnen teneinde temidden van alle dilemma's hun werk te kunnen doen
- Street-level functionarissen hebben ook een informatievoorsprong

3. Aard van de contacten met burgers en organisaties

- Mensen die sterke sociale banden met elkaar onderhouden blijken bij onderlinge geschillen minder gemakkelijk een beroep te doen op het formele rechtssysteem
 - ➔ Relational Distance stelling
- De kans dat instanties afzien van vervolging is het grootst wanneer deze frequent contact hebben met bedrijven
- Homogeniteit van de gereguleerde bedrijven ook van belang ➔ verhoogt de affiniteit van de handavingsinstantie met de bedrijfstak
- Tegen kleinere bedrijven wordt sneller opgetreden dan tegen grotere bedrijven
- Heeft de uitvoerende ambtenaar iets te bieden of is het "slechts" een bemoeial?
- De uitvoerder baseert zijn werkwijze mede op de verwachtingen die hij heeft van zijn cliënten of de door hem gereguleerden
 - ➔ Negatief mensbeeld?

4. Taakopvatting uitvoerders

- Oplosser? Opsporing? Hulpverlener? Expert?
- *Koolhaas*: Hangt samen met opleiding en achtergrond van de uitvoerders

- Niet slechts persoonlijk: taakopvatting heerst vaak dienstbreed

5. Organisatie van de uitvoering

- Interne regel: b.v. proces-verbaal uitschrijven is "falen"
- Veelvuldig gebruik van standaardbrieven?
- Onderscheid gemaakt tussen kernregels en onbelangrijke regels?
- Politieke overwegingen?
- Een speciaal voor dat doel opgerichte organisatie zal trachten het eigen bestaan te bewijzen

Teveel gespecialiseerde instanties leidt weer tot verkokering en coördinatieproblemen

6. Juridische context van de uitvoering

- Complex van algemene en gedetailleerde regelingen? Of een paar ondubbelzinnige regelingen?

In hoeverre is individualiserend beleid nodig/mogelijk

- Is er juridische controle op de uitvoering?

Kan leiden tot formalisme

7. Politieke context van de uitvoering

- Wordt de uitvoeringsinstantie breed gesteund in de samenleving?
- Ontstaansgeschiedenis van de regelgeving (en met name: doeleinden van de betrokkenen)

Variaties in de uitvoeringsstijl

Naleving versus afschrikking

Naleving:

- Uitvoerders zijn gericht op het vinden van de beste oplossing voor een probleem, en niet zozeer op de formele toepassing van de regels

Afschrikking:

- Bestrafing van geconstateerde overtredingen

Derde type: gericht op het behalen van bepaalde targets

Drie typen beleidsuitvoering:

	Ambtelijk-bureaucratisch	Professioneel / beroepsmatig	Bedrijfsmatig
Dominante oriëntatie	Oriëntatie op formele regels en bureaucratische	Oriëntatie op professionele besluitvorming binnen	Oriëntatie op productiviteit en kostenbeheersing

	onpartijdigheid	(wettelijk) vastgelegde kaders	
Kenmerken typificaties van zaken, cliënten of problemen	Legalistische categorisering (afgeleid uit formele regels)	Instrumentele categorisering (gebaseerd op soort oplossing of behandeling)	Pragmatische categorisering (gebaseerd op interne organisationele overwegingen)
Legitimiteit	Formeel-legalistisch: correcte toepassing van de regels zonder aanzien des persoons	Professioneel / oplossingsgericht: op individueel geval toegesneden handelen gericht op het beste resultaat	Bedrijfsmatig: beheersing van kosten en uitvoeringsproces; efficiëntie (veelal in kwantitatieve termen gemeten)
Ideaalbeeld uitvoerder	Loyaal aan recht en conformiteit aan de regels	Deskundig en doelgericht	Efficiënt en hoge score op performance indicatoren
Controleregime	Langs hiërarchische lijnen op navolging regelgeving	Collegiale toetsing en overleg	Controle op targets, performance indicatoren en kwaliteit-management
Leidinggevende	(Top)ambtenaar	Professional (primus inter pares)	Manager
Type organisatie	Moderne bureaucratie, procedures vastgelegd in regels en voorschriften	Professionele organisatie met differentiatie rond deskundigheden	Productieorganisatie gestructureerd op grond van taakopsplitsing en targets
Specifieke knelpunten	Zinloos papierwerk Legalisme en formalisme Weinig op individueel geval afgestemd Gebrek aan doelgerichtheid	Onbeheersbaarheid uitvoering (kosten; afwijken formele regels) Democratische controle moeilijk Risico rechtsongelijkheid (inhoudelijke overwegingen)	Morele, politieke en professionele waarden ondergeschikt aan kostenbeheersing en efficiëntie Risico van willekeur (uit efficiency overwegingen)

Discretionaire bevoegdheid van ambtenaren speelt geen rol in formele (ambtelijk-bureaucratische) uitvoeringsstijl (zie ook opgave 6.3)

Kagan: vier uitvoeringsstijlen van ambtenaren

1. Legalistisch
2. Ongeoorloofde beleidsvrijheid
3. Rechterlijk
4. Ontwijking van regeltoepassing

ADVOCATEN EN NOTARISSEN: RECHTSHULPVERLENERS TUSSEN PROFESSIONS EN COMMERCIE

Juridiseringproces

- Groei van het aantal rechtsregels
- Toenemend beroep op deze regels
- ➔ Steeds meer juristen betrokken bij wetgeving, handhaving, interpretatie van het recht en rechtshulpverlening

Professies

Advocatuur en notariaat zijn professies:

Kenmerken:

- 1e. Monopoliepositie op een kennisterrein
- 2e. Eigen regels en toezicht op kwaliteit
- 3e. Controle van rekrutering, selectie en opleiding

Stadia:

- 1e. Oprichting beroepsvereniging
 - Orde van advocaten: publiekrechtelijke beroepsorganisatie
 - Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie: privaatrechtelijke organisatie!
- 2e. Aanvaarding gedragscode
- 3e. Specialisering
- 4e. Steeds verder uitbreiding van scholing

Er is een voorkeur voor een lichte onderbezetting ten opzichte van de vraag in de markt ➔

Guess why! ☺

Lawyers explosion!

Omdat er meer juristen zijn, wordt aan leken vaker geleerd hun problemen in juridische termen te verwoorden

- Proto-professionalisering

Samenstelling, organisatie en functioneren

Opvallende verandering (door de tijd): de komst en daarna gestage toename van vrouwen

Verticale segregatie in advocatuur en notariaat

- *Komt ook omdat de groei van het aantal vrouwen in die beroepen pas van de laatste jaren is. Deze zijn dus nog niet doorgestroomd naar de hogere functies*

Advocaten komen in het algemeen meer dan vroeger uit de midden-milieus; vrouwelijke advocaten zijn in vergelijking met mannen vaker afkomstig uit de hoge milieus

Vrouwelijke advocaten voorspellen de uitkomsten van zaken beter dan mannelijke, en gespecialiseerde advocaten doen betere voorspellingen dan niet-gespecialiseerde

Er zijn steeds grotere kantoren gekomen

- Grote statusverschillen tussen kantoren

Twee fusiegolven:

- Samengaan van advocaten, notarissen en belastingconsulenten
- Samengaan van kantoren uit verschillende plaatsen en landen

Het overgrote gedeelte van de notariskantoren bestaat nog uit een notaris, wat kandidaten en de administratieve staf

In Nederland specialisatie op het niveau van kantoren

Ook bij afzonderlijke advocaten is er een tendens om te specialiseren

- Het gemiddeld aantal rechtsterreinen per advocaat is 8 a 9 (van in totaal 17)
- 80% van de advocaten doen zowel toevoegingen als door de cliënt betaalde zaken

Binnen het toevoegingsterrein richten vrouwen zich meer op personen-, familie- sociale zekerheids- en vreemdelingenrecht; op het gemengde terrein zijn arbeidsrecht en bouwrecht meer mannenaangelegenheden

Recent verschijnsel: specialisatieverenigingen in de advocatuur (hangt samen met opheffen reclameverbod)

Advocaten herformuleren de door de cliënt ervaren problemen en klachten

In de helft van het aantal zaken wordt het geschil met de inschakeling van een advocaat beslecht doordat een van de direct betrokken partijen opgeeft

Verder wordt ongeveer de helft van de door de advocaten behandelde zaken buiten de rechter om afgehandeld

Bij grotere kantoren neemt het aandeel van de procespraktijk af

Advocaat stelt zich ook op als bemiddelaar (dus niet per definitie conflictueus)

- Dit komt ook door het belang op lange termijn van de advocaat

Repeat players kunnen rekenen op bijzondere aandacht in inzet

Van de eer van de stand naar het belang van de cliënt

Er is een verschuiving (in de gedragsregels; door de tijd) van een verdediging van de elitepositie van de advocatuur naar de verdediging van de goede relatie tussen de advocaat en de cliënt

De meerderheid van de klachten die aan de raden van discipline worden voorgelegd zijn afkomstig van particulieren

- Waarom? Wellicht krijgen bedrijven gewoon meer aandacht van advocaten (en die hebben dus minder reden om te klagen), of wisselen bedrijven gewoonweg eerder van advocaat als ze niet tevreden zijn?

Advocaten met eenmanskantoren krijgen vaker met de tuchtrechter te maken (dan grotere kantoren)

De waardering van de klagers voor de klachtbehandeling is laag

- Klachtbehandeling grotendeels in handen van de advocatuur zelf
- Uitkomst is vaak onbevredigend
- Klagers ervaren tegenstand bij het klagen (kunnen geen advocaat vinden om ze bij de klacht te ondersteunen)
- Klagers ervaren hun positie als ongelijk

Bij het notariaat zijn er twee vormen van tuchtrecht:

- Door de KNB zelf (overtreding van de eigen regels)
- Door Kamers van Toezicht (overtreding van de Notariswet)

DE SOCIALE WERKING VAN HET RECHT

Het beeld van het recht als instrument wijkt af van het 19^e-eeuwse liberale rechtsconcept. In dat beeld is het recht direct verweven met morele opvattingen; in de moderne instrumentalistische opvatting heeft recht een zekere zelfstandigheid t.o.v. de maatschappij. Instrumentele visie op het recht: (Ehrlich, Holmes, Roscoe Pound):

- Het recht moet dienstbaar zijn aan de realisering van maatschappelijk gewenste doeleinden

De laatste decennia dringt het besef door dat de sturingsmogelijkheden van het recht beperkt zijn

- Wetgeving vermag niet veel wanneer andere sociale invloeden (normen en waarden, economische krachten, menselijke afhankelijkheden) niet meewerken

Enkele oriënterende vraagstellingen en onderscheidingen

De instrumentalistische benadering maakt sociaal-wetenschappelijke kennis relevant

- De keuze voor het optimale wettelijke of niet-wettelijke instrument veronderstelt inzicht in kenmerken van het sociale intermenselijk verkeer

Dus is rechtssociologie een hulpwetenschap voor de wetgever?

- Rechtssociologen hebben zich maar in beperkte mate een rol als dienaar van de overheid weten te verwerven
- Rechtssociologie gaat over meer thema's dan puur beleidsondersteunende
- Radicale afwijzing van het instrumentalisme die zich binnen de rechtssociologie heeft ontwikkeld heeft weinig gehoor in Den Haag

Effectiviteitsonderzoek (van wetgeving):

- Vaststellen van de doeleinden is al problematisch
 - 1e. Wetten vaak uitkomst van belangenstrijd
 - 2e. Doorgaans moeilijk om precies vast te stellen wat de beweegredenen van de wetgever zijn
- Directe effecten vaststellen is nog te doen
- Indirecte effecten vaststellen is moeilijker

Onderscheid tussen bedoelde en onbedoelde effecten

Ander onderscheid tussen speciale en algemene effecten

- Een speciaal effect verwijst naar de betekenis die de handhaving van de betrokken norm heeft voor de partijen die direct betrokken zijn in een juridische procedure

- Bij algemene effecten gaat het om de betekenis die de introductie van een nieuwe (wettelijke) norm heeft voor alle mensen op wier gedrag de regel van toepassing is

Waarom gedragen mensen zich overeenkomstig wettelijke gedragsnormen?

- Wetten geven een bijzondere respectabiliteit aan gedragsnormen
- Normen worden gesteund door bijzondere handhavingsmiddelen

Sancties

- Algemene effect: afschrikkende werking
- Speciale effect: Betekenis van de sanctie voor het toekomstige gedrag van een normovertreder
- Behoeft aan normzekerheid
- Veel wetten/regels sluiten aan bij de normen en waarden waar mensen op grond van gewoonte of morele overtuiging gehoor aan geven
 - Sumner: Lawways cannot change folkways (niet altijd waar)
- Persoonlijke belangen (b.v. niet links gaan rijden)

Wetgeving die alleen vertrouwt op fysieke dwangmiddelen en geen steun vindt in gewoonte, morele overtuiging of eigenbelang kan nauwelijks effectief zijn

Casus: De rechtspositie van Noorse dienstbodes

Semi-autonoom sociaal veld (SASV)

- Veronderstelt een groep mensen die gezamenlijk gedragsnormen voortbrengt
- Belichamen een zekere zelfstandigheid van de ene handelingsfeer ten opzichte van andere
- Mensen maken deel uit van meerdere SASV'en

Wetgeving is van invloed op menselijk handelen dat reeds deel uitmaakt aan een netwerk van menselijke verhoudingen waarbinnen informele normen een rol spelen; voor mensen die een SASV vormen kunnen de normen die besloten liggen in dat veld veel dwingender zijn dan de normen waarvan de wetgever wil dat de mensen zich eraan conformeren.

Een wetgever die een norm in het leven roept die op ruime instemming binnen een bepaald SASV kan rekenen, zal al snel effectief zijn.

Leemte in de rechtshulp?

- I.t.t. wat je zou verwachten zijn het niet de minst draagkrachtigen die het minst van de diensten van advocaten gebruik maken, maar de middengroepen
- De meest draagkrachtigen vinden bij notarissen een belangrijke extra bron van rechtshulp
- Toch is er nog sprake van een leemte:

- 1e. De faciliterende regelingen voor minder vermogenden hebben doorgaans een ingewikkeld karakter
- 2e. Onder minder draagkrachtigen zijn er belemmeringen van psychologische aard en de sociale afstand tot een advocaat zijn groot
- 3e. Het aanbod van diensten van traditionele advocatuur sluit niet aan bij de rechtshulpbehoeften van minder draagkrachtigen

De grenzen van het instrumentalisme

Griffith: ontwierp de uitgangspunten voor "geïnformeerd instrumentalisme"

- Bottom-up perspectief: De sociale verhoudingen die door een wet worden geraakt moeten als uitgangspunt worden genomen (dus niet de individuen als atomen opvatten)
- In ogenschouw nemen dat de effectiviteit van handhaving sterk afhankelijk is van de mate waarin de burgers zelf het recht mobiliseren (vgl: de Noorse dienstbodes)
- De wetgever is geen homogene entiteit!

Van Gunsteren,: Bezwaren tegen instrumentalisme:

- Tekorten in de sociaal-wetenschappelijke inzichten waarop het instrumentalisme vertrouwt
- Vrij doorgevoerd instrumentalisme stelt veel te hoge eisen aan het reactievermogen van de overheid

Fuller: Het recht kan niet worden opgevat als een neutraal instrument

- Het recht belichaamt intrinsieke waarden
- Er kan niet zonder meer worden aangenomen dat er gemeenschappelijk aanvaarde doeleinden bestaan waarvan de realisering gedeeltelijk kan worden geregeld via het recht

1e. Dictatuur van de meerderheid

Er is een kritisch instrumentalisme denkbaar!

CONFLICTBESLECHTING

Het recht wordt al snel in verband gebracht met rechtsprocedures, als een bepaalde geformaliseerde manier van het oplossen van conflicten

Maar een klein deel van de conflicten die potentieel voor een rechtsprocedure in aanmerking komen worden voor de rechter gebracht

Verschillende vormen van conflictbeslechting

Ons concept van juridische procedures is in belangrijke mate bepaald door de gedachte dat rechterlijke beslissingen afdwingbaar zijn

Gulliver: onderhandeling vs. arbitrage

- Kenmerkend voor onderhandeling is dat de onderlinge machtsverhoudingen tussen de partijen sterk bepalend zijn voor de uiteindelijke afspraken waarmee het conflict ten einde komt

In moderne westerse samenlevingen is een verplichtende autoriteit aanwezig

In traditionele samenlevingen zijn partijen soms sterk gemotiveerd om het conflict bij te leggen

Gluckman: de sociale verhoudingen in traditionele samenlevingen zijn multiplex, in moderne westerse samenlevingen zijn die verhoudingen meestal simplex

- In "simplex samenlevingen" spelen formele juridische procedures een grotere rol:
 - 1e. De overheid beschikt over machtsmiddelen om beslissingen af te dwingen
 - 2e. Partijen zijn minder gehecht aan continuering van hun onderlinge verhouding

Blankenburg: Slechts 3% tot 7% van de spelende kwesties worden voor de rechter gebracht!

Schuyt: 6 categorieën geschilbeslechting:

1. Éénzijdige beslechting; één van de partijen legt zich neer
2. Eigen beheer; onderhandeling
3. Pre-juridisch; een derde treedt op als bemiddelaar
4. Juridisch-rechterlijk; bindende rechter of arbiter
5. Politiek-juridisch; bestuurlijke en legislatieve besluitvorming lost het conflict op
6. Geweld (Peace, through superior firepower)

Schuyt: De betekenis van het recht schuilt zowel in het voorkomen van geweld en eigenrichting, als in het actueel maken van conflicten die anders door machtsverschillen onderdrukt zouden zijn

In onze samenleving verandert de aanwezigheid van de juridische procedure de betekenis van alternatieve mogelijkheden van geschilbeslechting

Bruinsma: kadirechters (Weber: kadirechtspraak)

- Niet aan regels gebonden informele vorm van oordelen op grond van ethische en praktische waarde-oordelen
- Contrast met rationeel-legale moderne rechtspraak die is gebaseerd op de amorele, voorspelbare en onpersoonlijke toepassing van geschreven recht
- Naarmate de overheid formalistische en bureaucratische is geworden heeft de maatschappij meer behoefte aan praktische en morele oordelen van een onpartijdige derde

Sociale context

Juristen: intern gezichtspunt

Sociologen: extern gezichtspunt (zie ook hoofdstuk 1)

Mobiliseringstheorie: Het recht is een gebruiksvoorwerp, dat mensen niet zelden aanwenden als dreigmiddel of als een manier om tijd te rekken, maar vaak zien zij van het gebruik liever af

Felstiner, Abel en Sarat: naming, blaming en claiming

De mate waarin mensen in staat zijn te kiezen voor een (bepaalde) geschilbeslechtsingsprocedure wordt in belangrijke mate beïnvloed door de aard van het conflict

Het initiatief tot het inschakelen van het recht wordt echter niet altijd uitgelokt of is niet altijd verplicht

De kosten van rechtshulpverlening en andere kosten die gemoeid zijn met het voeren van een procedure kunnen een belangrijke hindernis vormen om een geschil via het recht uit te vechten:

- De wijze van verdeling van de proceskosten zijn in .nl enigszins onvoorspelbaar
- Wijze van inrichting van rechtsbijstandverzekeringen is ook belangrijk

Galanter: repeat-players vs. one-shotters

Voordelen voor repeat-players:

- Beschikken over ruimere financiële middelen
- Kunnen beter anticiperen op rechterlijke beslissingen
- Strategisch voordeel (kunnen een individuele zaak offeren)

Er zijn veel meer civiele procedures van repeat-players tegen one-shotters dan andersom; verder winnen repeat-players ook vaker

Financiële consequenties zijn slechts één deel van de afweging. Ook sociale en psychische kosten spelen een rol

- Gang naar de rechter betekent dat het probleem al is geëscaleerd
- Relational-distance theorie

De betekenis van procedures voor de betrokken partijen

In een zeer groot gedeelte van de civiele zaken bij de lagere rechters blijkt dat de gedaagde verstek laat gaan; verder wordt een gedeelte van de zaken zonder vonnis afgedaan

Blankenburg: vier functies van rechtspraak:

1. Beslissingsfunctie
2. Rechtsdoorzettingsfunctie
3. Bemiddelingsfunctie
4. Quasi-notariële functie

Rechtsprocedures zijn voor partijen vaak een vervreemdende ervaring

Luhmann: het procedurele en juridische karakter van de besluitvorming verhoogt juist de aanvaarding van de genomen besluiten!

- Door de gang naar de rechter erkent men de tegenpartij als juridische opponent
- Escalatie wordt vermeden omdat slechts een gedeelte van het gehele conflict aan de orde komt (het juridisch relevante gedeelte)
- Partijen zijn gedwongen om hun weersin tegen de tegenpartij te vertalen in argumenten die juridisch hout snijden
- Betrokkenen worden geïsoleerd van hun sociale omgeving
- Partijen kunnen ontevreden zijn over de uitspraak, maar die onvrede is onschadelijk omdat zij in hun sociale omgeving niet langer gehoor voor vinden

→ isoleringtheorie

Luhmann onderkent echter in onvoldoende mate waarom het recht er soms allerminst in slaagt om beslissingen in de dagelijkse praktijk te effectueren

Casus: Nederland vs. Nordrhein-Westfalen

De belangstelling voor alternatieve geschilbeslechting is de laatste jaren sterk gegroeid

- ADR ontlast de overheidsrechtspraak
- Partijen blijven meer bij het conflict betrokken
- Kosten kunnen hoog oplopen
- Het gevaar van netverwijding doet zich voor
- Rechtsbescherming niet per definitie verzekerd
 - 1e. B.v. publicatie van uitspraken niet verplicht

DE BETEKENIS VAN RECHT VOOR NIEUWKOMERS IN DE SAMENLEVING

Nederland heeft door de eeuwen heen grote aantallen immigranten opgenomen
Vrijwel alle immigrantengroepen bleken na twee of drie generaties te zijn geassimileerd
Een groot gedeelte van de immigranten die na de 2^e wereldoorlog naar Nederland zijn gekomen is nog niet zo ver

De betekenis van het toelatingsbeleid

In Nederland raakte het staatsburgerschap in vergelijking met de periode vóór de natiestaat meer op afstamming en minder op geboorteplaats gebaseerd

De overheid heeft gedurende de gehele naoorlogse periode de noodzaak van een restrictief toelatingsbeleid beklemtoond

- Kanttekening: een deel van de immigratie valt vrijwel buiten het bereik van het overheidsbeleid

De wervingsstop (1973) had twee onvoorziene effecten:

- Het probleem van de illegalen
- De arbeidsmigranten werden blijvende immigranten

Rond 1985 was het proces van gezinshereniging afgerond maar de immigratie vanuit Turkije en Marokko bleef doorgaan → Gezinsvorming (2^e generatie)

De overheid slaagt er telkens maar gedeeltelijk in om de migratiestroom in te dammen:

- Indonesië, Suriname, Antillen
- Asielzoekersstroom (1985-)

Hoe is dit te verklaren?

- Het toelatingsbeleid is maar één van de factoren die een rol spelen bij het ontstaan en verloop van migratiestromen
- Eenmaal op gang gekomen heeft een migratiestroom een eigen dynamiek
- Grensoverschrijdende netwerken van migranten en aspirant-migranten zijn SASVen

Enerzijds heerst er consensus over de noodzaak van een restrictief toelatingsbeleid, anderzijds blijken er ook belangen te zijn die juist om toelating van migranten vragen

De opsporing van illegalen die geen overlast veroorzaken heeft een lage prioriteit

Kader: In de Nederlandse wet- en regelgeving zijn twee verschillende concepten terug te vinden van staat en volk: die van de natiestaat en die van de verzorgingsstaat

In antwoord op de migratiestroom en de moeilijkheden bij het belemmeren daarvan en het vinden van illegalen is de overheid steeds meer instanties gaan belasten met het vinden van illegalen: de loketten van de verzorgingsstaat

- Dit roept weerstand op bij die instanties

Toch zijn de meeste deskundigen het er over eens dat het beleid wel degelijk van invloed is op het aantal immigranten

De betekenis van het minderhedenbeleid

Veel groepen immigranten hebben te kampen met "gecumuleerde" maatschappelijke achterstand

- Reactie overheid: minderhedenbeleid (== achterstandsbeleid)

Vroeger werd vooral naar positieverwerving door de immigranten zelf gekeken; tegenwoordig is er meer aandacht voor de positietoewijzing door de ontvangende samenleving

In verreweg de meeste wetten en regelingen worden autochtonen en allochtonen gelijkberechtigd

Toch word bij de verdeling van maatschappelijke goederen nog vaak onderscheid gemaakt:

- Deels door onbedoelde gevolgen (b.v. beschikbaarheid van bepaalde typen goedkope huurwoningen voor grotere gezinnen)
- Onbewuste ongelijke behandeling komt ook voor
 - 1e. Oordelen van functionarissen gebaseerd op stereotypen

Minderhedenbeleid:

- Vermindering van de achterstand van allochtonen
- Verbetering van de rechtspositie van allochtonen

Arbeid:

- Maatregelen richten zich hoofdzakelijk op de aanbodzijde
- Symboolwetgeving voor de vraagzijde (SAMEN)
- Maatregelen lijken weinig effect te hebben gesorteerd

Onderwijs:

- Achterstandsbeleid voor arbeiderskinderen (sinds eind jaren 60)
- Effecten zijn niet erg duidelijk
- Jongeren die in Nederland zijn geboren doen het beter dan leeftijdsgenoten die op latere leeftijd in het onderwijs zijn ingestroomd

Huisvesting:

- De regering heeft vooral geprobeerd om de markt voor huurwoningen beter toegankelijk te maken voor minderheden
- Beleid lijkt effect te hebben gesorteerd
- Op de "vrije markt" is de achterstand van minderheden echter groot gebleven

Rechtspositie:

- De overheid heeft verschillende maatregelen genomen om de rechtspositie van vreemdelingen onder de allochtonen te verbeteren:
 - 1e. Passief kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen
 - 2e. Vervallen van de "Nederlandschap" eis voor banen bij de rijksoverheid
 - 3e. Werd eenvoudiger om het Nederlandschap te verkrijgen
 - 4e. Mogelijkheden tot uitzetting van toegelaten immigranten beperkt
- Het streven tot uitsluiting van illegalen heeft echter her en der nieuwe barrières opgeroepen in de wetgeving

Onbedoelde effecten:

- De positie van de meeste groepen laat nog veel te wensen over
- Het beleid is slechts één van de factoren
- Onbedoelde effecten:
 - 1e. Doelverschuiving
 - Veel regelingen worden anders uitgevoerd of hebben blijken na uitvoering allochtonen niet extra te hebben geholpen
 - 2e. Provocatie
 - B.v. veel allochtonen weigerden medewerking aan de wet WBEAA
 - Een interventie die bedreigend is of die als illegitiem wordt ervaren nodigt uit tot verzet
 - 3e. Stigmatisering

De samenleving is echter veel minder dan vroeger bereid om achterstand en achterstelling te accepteren; de resultaten van het beleid worden dan ook met ongeduld afgewacht

De betekenis van wetgeving tegen discriminatie

Nederland kent al meer dan 25 jaar een verbod op rassendiscriminatie

Die wet werd zonder al te veel discussie ingevoerd aangezien iedereen er van was overtuigd dat het in Nederland eigenlijk niet voorkwam (uhuh)

Pas na invoering ontstond een intelligente (min of meer) discussie hierover

Het vermoeden bestaat dat het strafrechtelijk discriminatieverbod symboolwetgeving is

Onderscheid: directe discriminatie, indirecte discriminatie, institutionele discriminatie

Waarom is het aantal rechtszaken en veroordelingen voor discriminatie zo laag?

- Weinig aangiftes:
 - 1e. Het is een vernederende ervaring om gediscrimineerd te worden
 - 2e. Definitie- en bewijsproblemen bij de instanties die klachten behandelen
 - 3e. Klachtbehandelaars houden rekening met relationele distance tussen klager en aangeklaagde

Biegel c.s.: veel discriminatieklachten worden tijdens het proces van klachtbehandeling getransformeerd (b.v. naar overtreding van het plakverbod e.d.)

Bij een groot gedeelte van de klachten die voor de rechter worden gebracht blijkt een organisatie betrokken te zijn

- Individuele klagers schakelen een meldpunt in
- Deze organisaties zijn repeat-players

Omdat het recht moet worden ingeschakeld door het slachtoffer is er sprake van een heel selectieve werking

Klachtbehandelaars zijn weinig geneigd tot strafrechtelijke afdoening

Is het geringe aantal rechtszaken wel een goede indicator van het wel/niet geslaagd zijn van de norm? Een wettelijk verbod kan ook op andere manieren effect hebben! → Anti-discriminatiecodes per branche

- Branche codes kunnen door de overheid worden gesanctioneerd (b.v. door onderschrijving als voorwaarde te stellen voor vergunningverlening)

Het besef dat niet alle vormen van discriminatie effectief worden bestreden met een strafrechtelijk verbod is inmiddels wel doorgedrongen

Commissies voor gelijke behandeling hebben een forumfunctie (b.v. de MCAD)

- Eerst: Redelijke behandeling
- Toen: Gelijke behandeling
- Later: Fair share

Fair share in Nederland: WBEAA, later wet SAMEN

- Geflopt; symboolwetgeving

Recht en de eigen cultuur van immigranten

Assimilationistisch model: immigranten moeten assimileren

Multicultureel model: immigrantengroepen worden in staat gesteld om hun eigen cultuur in stand te houden

Het minderhedenbeleid is primair achterstandenbeleid

In hoeverre worden immigranten in Nederland in staat gesteld hun eigen cultuur in stand te houden

Islam: Door het gelijkheidsbeginsel konden Islamieten niet de faciliteiten worden ontzegd die Christenen en Joden ook hadden/hebben

Islamitische rechtsbeginselen (b.v. familierecht) hoofdzakelijk niet erkend

- Soms mogelijkheid tot toepassing van IPR
- Mits het resultaat niet strijdig is met de Nederlandse openbare orde

Opstelling van de overheid lang niet altijd consistent

- “de overheid” bestaat namelijk niet!

Onderhandelingspositie van de moslims was sterk op basis van de traditie van verzuiling en het gelijkheidsbeginsel

- Claims om groepsspecifieke behandeling roepen meer bezwaren op dan claims op gelijke behandeling

Rath c.s.: Gelijke behandeling komt veelal neer op opneming de bestaande routine

In het (straf)recht krijgt de rechter steeds vaker te maken met conflicten waarbij de culturele achtergrond van immigranten een rol speelt (eerwraak, clitoridectomie e.d.)

- De rechter kan wel rekening houden met de culturele identiteit van de verdachte
- Het Nederlandse overheidsrecht blijft wel dominant

Recht als bondgenoot en barrière

Dorien Pessers: Het recht is een even onmisbare als onbetrouwbare bondgenoot voor zich emanciperende groepen

VAN SCHULD NAAR RISICO

Eén van de centrale functies van het recht is het herverdelen van schade

De klassieke rechtsfiguur bij de verdeling van schade vormt de civiele aansprakelijkheid

De grenzen van de aansprakelijkheid worden steeds verder opgerekt

Ook door het terugtreden van de overheid op het gebied van de sociale zekerheid

Cruciaal daarbij is dat slachtoffers niet langer een schuldige hoeven aan te wijzen willen wij met succes hun schade op anderen kunnen afwentelen. De schade wordt in toenemende mate gespreid over partijen die verantwoordelijk worden geacht voor de risico's van bepaalde activiteiten.

→ Van schuld naar risico

In dit hoofdstuk wordt getracht dit te verklaren als uitkomst van veranderde sociale verhoudingen

Van schuld naar risico

Vroeger was het zo dat alleen indien een slachtoffer kon bewijzen dat hun schade het gevolg was van handelen van anderen dat in strijd was met rechtens beschermde normen zij hun claim zagen gehonoreerd

De overheid heeft op bepaalde terreinen vormen van risicoaansprakelijkheid in het leven geroepen

Gevaarlijke stoffen

Productaansprakelijkheid

Kernenergie

De rechter heeft de aansprakelijkheid verruimd door het gedrag van de schadeveroorzaker meer objectiverend waar te nemen: in hoeverre wijkt het gedrag af van hetgeen van een normaal denkend redelijk handelend persoon in een zelfde situatie mag worden verwacht
Veel beroepsbeoefenaren (artsen, notarissen, accountants) zagen hun zorgplichten steeds verder uitgebreid

Ook buiten het privaatrecht wordt het vraagstuk van schadeverdeling steeds meer beheerst door risicodenken:

- Dijkdoorbraak, overstroming

Onderscheid tussen op schuld en op risico gebaseerde schadeverdelingen:

- "Risico" veronderstelt een veel ruimer bereik van de menselijke beschikkingsmacht

- Het probleem van de schadeverdeling is bij "risico" een zaak waarin uiteenlopende belangen van verschillende categorieën van personen worden gewogen
- Bij "risico" wordt de schade vooraf (beleidsmatig en op de toekomst georiënteerd) verdeeld

Risicoaansprakelijkheid heeft zich ontwikkeld in het voetspoor van een toenemende beheersing van menselijke verhoudingen waarbij men steeds meer geneigd is gebeurtenissen aan menselijk ingrijpen of falen toe te schrijven

Risicoaansprakelijkheid veronderstelt niet een rechtsconflict tussen twee individuen, maar een belangenafweging tussen categorieën van personen

Bij schuldaansprakelijkheid wordt het gedrag van individuen die bij de schade betrokken zijn getoetst aan moreel-juridische maatstaven

Tegenslag en leed kwamen in beginsel voor rekening van het individu dat erdoor getroffen werd; schade kon pas dan op anderen worden afgewenteld wanneer aangetoond kon worden dat een ander zich in strijd met wettelijke gedragsnormen die wederzijdse vrijheden afbakenden had gedragen

Bij risicoaansprakelijkheid betreft de vraag welke partij de schade toegerekend krijgt uiteindelijk de afweging welke categorie van verzekerden het beste met bepaalde kosten belast kan worden, dus:

- Er is voor het slachtoffer minder reden om af te zien van het aanspreken van de "schuldige"
- Kans is kleiner dat de claim stukloopt op de geringe financiële draagkracht
- Verzekeringsinstelling zijn repeat-players

Functies van schadeverdeling:

- Financiële herverdelingsfunctie
- Preventieve functie: door financiële prikkels partijen tot preventief gedrag aan te zetten
- Morele functie: aan aansprakelijkheid kleeft nog steeds een morele toerekening
- Kanaliseringsfunctie

"Risico" gedachte ontstaat eind 19^e eeuw onder juristen en politici n.a.v. de wenselijkheid van een arbeidsongevallenwet

Maatschappelijke veranderingen

Verzekeringen zijn van grote betekenis geweest voor de tendens van schuld naar risico
Schade is altijd al gespreid ("De Onderlinge")

Tendens houdt ook in sterke mate verband met de technologische ontwikkeling:

- Moeilijker om ongevallen aan individuen toe te wijzen
- Omgaan met technologie vereist dusdanige expertise en deskundigheid dat het niet te doen is om vooraf regels voor ordentelijk gedrag op te stellen
- Schuldaansprakelijkheid heeft weinig plaats in een omgeving waar er geen relatie meer is tussen de verwijtbare daad en de omvang van de schade

Toerekening en rationaliteit

Mannheim:

- Functionele rationaliteit: Plaatsing van activiteiten in een dusdanig verband dat een vat te voren bepaalde doelstelling op de meest efficiënte wijze wordt bereikt
→ instrumentaliteit
- Substantiële rationaliteit: Wanneer mensen in staat zijn om een ongestructureerd geheel van feiten, waarnemingen en ervaringen in een betekenisvolle samenhang te integreren

Mannheim was van mening dat in de westerse samenleving de ontwikkeling van substantiële rationaliteit achterbleef bij de ontwikkeling van functionele rationaliteit. In de tendens van schuld -> risico is een toename van de functionele rationaliteit te ontdekken.

Een toerekening op grond van risico's vereist een risicotaxatie; deze worden echter gewantwoord omdat specialisten er vaak tegenstrijdige opvattingen op na houden. De wijze waarop risicoaansprakelijkheid institutioneel is ingebed, maakt dat morele overwegingen al snel in het gedrang komen omdat belangenstrijd en calculerend gedrag de overhand krijgen.

- Het proces van verdeling van risicoaansprakelijkheid veronderstelt een constellatie waarin deze verdeling al snel wordt opgevat als bepaald door belangenstrijd.
- Het karakter van moderne verzekeringen bevordert dat de premieplichtige en uitkeringsafhankelijken zich calculerend opstellen.
- Verder ligt in risicoaansprakelijkheid en verzekeringen een model van preventie besloten dat calculerend gedrag veronderstelt.

Besluit

De moderne risicoaansprakelijkheid heeft een sterk instrumenteel karakter en bezit daarmee een grote mate van functionele rationaliteit.

Het feit dat de aansprakelijkheid gefundeerd wordt op een breder scala van overwegingen suggereert dat deze instrumentalisering van recht tegelijkertijd de mogelijkheid van een grotere mate van substantiële rationaliteit met zich meebrengt

1. Welke verschillende functies van het recht worden in het studieboek onderscheiden? Geef daarbij aan hoe die verschillende functies soms met elkaar kunnen conflicteren.
2. Bespreek de verschillende aanspraken op legitimiteit zoals die door Weber werden onderscheiden. Illustreer uw antwoord met voorbeelden.
3. Leg uit waarom het model van bureaucratie zoals dat door Weber is beschreven maatschappelijke vooruitgang betekende? Bij welk vrijheidsideaal sloot het goed aan?
4. Welke rechtsfiguur staat centraal in het burgerlijk model van het recht? Motiveer uw antwoord.
5. Leg uit waarom de grondbeginselen van de democratische rechtstaat in de periode 1795-1919 hun beslag kregen.
6. De ontwikkeling van de verzorgingsstaat kan worden gekenschetst met behulp van een aantal wetten die in verschillende periodes tot stand kwamen. Geef voor de volgende periodes: tot 1919; 1919 – 1940; 1945 – heden, telkens een voorbeeld van een voor die periode kenmerkende wet. Motiveer uw antwoord.
7. Welke drie verklaringen geeft het studieboek 'Recht en samenleving' voor de totstandkoming van de verzorgingsstaat? Welke acht u het meest overtuigend? Motiveer uw antwoord.
8. In het hoofdstuk over de rechterlijke macht wordt de stelling geponeerd dat de samenstelling van de rechterlijke macht van belang is voor de beroeps cultuur ervan. Leg uit wat met die stelling wordt bedoeld en, voorts, in welke mate die ook voor Nederland opgaat. Geef bij het antwoord op deze vraag blijk dat u kennis heeft van de voornaamste kenmerken van de samenstelling van de Nederlandse rechterlijke macht.
9. Vanaf de jaren tachtig is de overheid gebruik gaan maken van het model van onderhandelend (horizontaal) bestuur. Wat wordt hieronder verstaan? Geef een viertal redenen waarom de overheid van deze bestuursvorm gebruik is gaan maken.
10. Door de overheid geïnitieerd sociaal beleid kan leiden tot onbedoelde sociale effecten. Dat geldt ook voor het beleid dat tot doel heeft de sociale positie van etnische minderheden

te versterken. Geef een omschrijving van een drietal onbedoelde effecten zoals die in het door u bestudeerde studieboek worden gegeven.