

Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging

154e jaargang/2024

Vertrouwen is goed, controle is beter?

Preadviezen van

Prof. mr. Stavros Zouridis

Prof. mr. Steven Hijink

Dr. Maarten Hage

Mr. dr. Alex Harteveld

Prof. mr. Rolf Hoving

Prof. mr. Hansko Broeksteeg

Mr. dr. Lisanne Groen



Wolters Kluwer

Inhoudsopgave

Voorwoord	1
<i>Stavros Zouridis</i> Vermeend wantrouwen, maar reële controlesystemen. Lessen voor recht en rechtsstaat	5
<i>Maarten Hage en Steven Hijink</i> Vertrouwen, transparantie en controle in het ondernemingsrecht – laveren tussen goede bedoelingen en onbedoelde effecten op menselijk gedrag	53
<i>Rolf Hoving en Alex Harteveld</i> Vertrouwen en controle in het strafproces	97
<i>Hansko Broeksteeg en Lisanne Groen</i> Ministeriële verantwoordelijkheid tussen controle en vertrouwen	141
Stellingen	186

Voorwoord

Het recht veronderstelt van oudsher vertrouwen. De goede trouw is een civielrechtelijke norm, de vertrouwensregel is de basis van ons parlementair stelsel en het gematigd inquisitoire stelsel binnen het strafrecht stelt groot vertrouwen in rechter en Openbaar Ministerie.

Nu het maatschappelijk vertrouwen in instituties en regels onder druk lijkt te staan, heeft dat zijn weerslag op juridische normen en juridische stelsels. Onafhankelijke toezichthouders schieten als paddenstoelen uit de grond. Burgers worden door de overheid intensief gecontroleerd als zij aanspraak willen maken op voorzieningen. Bedrijven moeten steeds vaker met accountantsverklaringen of onafhankelijke audits aantonen dat zij aan de normen voldoen, in plaats van dat dat wordt verondersteld. In het parlement is de vertrouwensvraag de laatste jaren met grote regelmaat aan de orde geweest, waarbij de staatsrechtelijke kaders onder druk staan. Binnen het strafrechtelijk domein wordt steeds vaker een rechterlijke toets vereist, waarvoorheen vertrouwen werd gesteld in het magistratelijke Openbaar Ministerie. Tegelijkertijd speelt het Openbaar Ministerie een steeds grotere rol in de buitengerechtelijke afdoening en is er steeds minder vanzelfsprekend vertrouwen dat hierbij magistraatelijk gehandeld wordt. Langzamerhand lijkt het erop dat het vertrekpunt van redeneren niet langer vertrouwen, maar controle is. Controle lijkt dan vervolgens eerder het wantrouwen te vergroten dan dat zij eraan bijdraagt dat het onderling vertrouwen tussen de betrokkenen toeneemt.

Deze ontwikkeling lijkt te zijn versneld door de COVID-19-crisis.¹ Waar de overheid bij de aanvang van de crisis op zeer goede vertrouwenscijfers kon rekenen, is de oogst achteraf helaas minder positief. De vergaande maatregelen die in de bestrijding van de corona zijn genomen hebben geleid tot een tegenbeweging. Het verzet tegen de coronamaatregelen is vervolgens verbreed naar een beweging waarin het anti-overheidssentiment een grote rol speelt. De AIVD schatte de aanhang van deze beweging in Nederland op waarschijnlijk meer dan 100.000 personen.² Zorgwekkend lijkt ook dat het afnemende vertrouwen in de politiek zelf een politiek strijdpunt

1 Zie voor een eerste reflectie op het effect van de coronamaatregelen en de kinderopvangtoeslagenkwestie op het vertrouwen het jaarverslag van de Raad van State over 2020, te vinden via www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/jaarverslag-raad-van-state-2020/.

2 Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Anti-institutioneel-extremisme in Nederland, een ernstige bedreiging voor de democratische rechtsorde?, mei 2023, p. 31.

wordt. Het aanwakkeren van wantrouwen is voor een deel van de politieke partijen een politiek doel.³

Los van deze ontwikkeling lijkt het toeslagenschandaal het algemene vertrouwen in instituties te hebben doen afnemen. De Raad van State benadrukt in zijn jaarverslag over 2020 dat overheden binnen de rechtsstaat zonder dat vertrouwen niet goed en overtuigend kunnen functioneren en dat zonder vertrouwen de rechtsstaat leeg zou zijn.⁴

Tegelijkertijd bestaan er bij burgers hoge verwachtingen van de overheid voor de oplossing van maatschappelijke problemen: klimaat, migratie, stikstof, de oorlog in Oekraïne, de woningcrisis, ondermijning. Het idee van de maakbare samenleving en het geloof in de effectiviteit van overheidsingrijpen kunnen na een lange tijd waarin het vertrouwen in de markt centraal stond weer op veel steun rekenen. De vraag is of die hoge verwachtingen – waarvan niet vaststaat dat zij kunnen worden waargemaakt – niet het risico in zich dragen van een teleurstelling, met een mogelijk afnemend vertrouwen tot gevolg. Het uit de aard der zaak beperkte probleemoplossend vermogen van de overheid verhoudt zich niet tot de hoge verwachtingen die burgers jegens de overheid koesteren. Er wordt veel vertrouwen gesteld in de rechtshandhaving door politie en Openbaar Ministerie. Zal dit zo blijven als blijkt dat maatschappelijke problemen niet door het strafrecht kunnen worden opgelost? Steeds meer maatschappelijke problemen lijken bovendien in de rechtszaal te moeten worden beslecht, omdat binnen het politieke domein geen consensus over een oplossing kan worden gevonden.

Ook het vertrouwen van Nederlandse burgers in grote bedrijven is afgenomen. Deze afname lijkt te maken te hebben met een te grote gerichtheid op het maken van winst, deels in combinatie met het verwijt dat de beloningsverschillen groot zijn en de aandacht voor klimaat gering is. De vraag is of een toename van toezicht aan de hand van normen, zoals klimaatdoelstellingen, dit vertrouwen zullen vergroten. Het lijkt erop dat de nieuwe generatie burgers kritischer kijkt of bedrijven van het ‘walk the walk’ of ‘talk the talk’ zijn. Met andere woorden: zijn deze normen en waarden ook daadwerkelijk terug te zien in de cultuur van de onderneming?

De vraag is of deze korte schets een goede weergave is van de werkelijkheid. Is het vertrouwen inderdaad afgenomen en is controle daadwerkelijk toegenomen, en zo ja geldt dat over de hele linie? En wat is dan het effect van deze maatschappelijke ontwikkelingen op het rechtsbestel? Kan een rechtsbestel functioneren zonder vertrouwen? Welke rol spelen de toegenomen eisen van transparantie? Hoe kan het vertrouwen in het maatschappelijk verkeer tussen burgers en bedrijven onderling worden gestimuleerd, al dan niet door een goed gebruik van controle-instrumenten? Wat zijn de randvoorwaarden voor een *high trust society*? Hoe kan het vertrouwen in de overheid in al haar verschijningsvormen worden verbeterd? En, last but not least, welke

3 Zie SCP, Burgerperspectieven 2023, bericht 1, p. 15, te vinden via <https://www.scp.nl/publicaties/publicaties/2023/04/20/burgerperspectieven-2023-bericht-1>.

4 Zie voetnoot 1, p. 9.

rol kan het recht hier spelen? Deze vragen vormen het onderwerp van de vier preadviezen in het jaar 2025.

Stavros Zouridis zet ons aan de hand van empirisch onderzoek met beide benen op de grond. Uit empirisch onderzoek blijkt dat het vertrouwen van Nederlanders in elkaar of in instituties helemaal niet tanende is. Het is vooral een cultuur van achterdocht die de afgelopen decennia tot de explosie van geformaliseerde controlesystemen en tot juridisering heeft geleid. Deze cultuur van achterdocht is niet gegrond in een reële daling van het maatschappelijk vertrouwen, maar heeft een eigen dynamiek gekregen. In deze cultuur nemen geformaliseerde controlesystemen het al dan niet vermeend wantrouwen niet weg, en evenmin heeft de enorme proliferatie van deze controlesystemen het maatschappelijk vertrouwen aantoonbaar bevorderd. De cultuur van achterdocht heeft vooral geleid tot meer controle, die vervolgens de achterdocht verder heeft aangewakkerd. Wat dit betekent voor de keuzes die we maken bij de vormgeving van het recht, is in het preadvies aan de hand van vele prikkelende voorbeelden uitgewerkt.

Vertrouwen speelt een cruciale rol in het economisch verkeer. Het preadvies van Maarten Hage en Steven Hijink richt zich op de interactie tussen vertrouwen en controle in het ondernemingsrecht en de financiële markten, met speciale aandacht voor accountants. Ondernemingen worden geconfronteerd met onzekerheden als gevolg van klimaatverandering, digitalisering en geopolitieke verschuivingen. Om die onzekerheden te verminderen wordt vaker gegrepen naar transparantieverplichtingen, en meer toezicht en controle. Tegelijkertijd is er een toename te zien van collectieve aansprakelijkheidsprocedures om naleving van nieuwe normen, onder andere op klimaatgebied, af te dwingen. Hoewel de eisen aan accountants de afgelopen tien jaar sterk zijn toegenomen, is de kritiek op de sector niet afgenomen. Het preadvies onderzoekt alternatieve perspectieven die kunnen bijdragen aan een vergroting van het vertrouwen in het accountantsberoep.

In het preadvies van Alex Harteveld en Rolf Hoving staat de vraag centraal in hoeverre controle op de naleving van strafvorderlijke normen door de politie en het Openbaar Ministerie kan bijdragen aan het vertrouwen in het strafrecht en het strafproces. Controles en toezicht kunnen leiden tot een betere normnaleving, zo constateren de preadviseurs. Het vaststellen van fouten die het Openbaar Ministerie en de politie maken, leidt er met regelmaat toe dat er maatregelen worden genomen om die fouten te voorkomen. Tegelijkertijd bestaat het gevaar dat bij de controle vooral de nadruk komt te liggen op gemaakte fouten. Dit kan het vertrouwen in de politie en het Openbaar Ministerie weer ondermijnen. Over dit spanningsveld handelt dit preadvies.

Hansko Broeksteeg en Lisanne Groen onderzoeken in hun preadvies hoe de politieke ministeriële verantwoordelijkheid zich verhoudt tot parlementaire controle en de vertrouwensregel. Hoe wordt de werking van deze staatsrechtelijke leerstukken beïnvloed door afnemend vertrouwen van enerzijds burgers in de politiek en anderzijds de Tweede Kamer in ministers of het kabinet? Zijn er aanpassingen nodig, bijvoorbeeld in de vorm van een andere invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid of een gewijzigde verhouding ten opzichte van andere leerstukken? De auteurs komen tot de conclusie dat het staatsrechtelijk concept van de ministeriële verantwoor-

delijkheid nog steeds bruikbaar is. Sterker nog, het is onmisbaar in een parlementair stelsel. Zij bepleiten meer aandacht voor ‘constitutionele etiquette’ om het vertrouwen van burgers in de politiek te bevorderen.

Wij zijn de preadviseurs zeer dankbaar voor hun doorwrochte analyses van de relatie tussen vertrouwen en controle. In een tijd waarin geopolitiek het vertrouwen tussen landen onderling en tussen landen en hun bevolking zwaar op de proef wordt gesteld, kan het belang van het bevorderen van vertrouwen in de maatschappelijke orde en de overheid niet worden onderschat. Als juristen kunnen wij hier een bijdrage aan leveren door bij de vormgeving van het recht te kiezen voor controlevormen die dat vertrouwen bevorderen. De preadviezen bieden hier de nodige handvatten en veel stof tot verder nadenken. Wij zien dan ook uit naar een interessante en geanimeerde jaarvergadering.

Tot slot willen we op deze plek ook de jonge experts – Alma Bešić, Loes van Dijk, Suzanne Poppelaars, Jasper Tazelaar, Jessica Versluis, Max de Vries, Wubbo Wierenga, en Ewout de Wit – bedanken voor hun reflectie op de concept-preadviezen tijdens een bijeenkomst in januari 2025. Zij hebben daarmee een belangrijke bijdrage geleverd aan de kwaliteit van de preadviezen.

De begeleidingscommissie van de NJV 2025:

Lydia Faltas
Rick Robroek
Hanneke Schipper-Spanninga

De kern van dit preadvies laat zich met een waargebeurde persoonlijke anekdote samenvatten. Ruim een decennium geleden deed ik met mijn toen nog levende moeder op zaterdagmiddag boodschappen bij een grote supermarkt in het centrum van Tilburg. Bij haar thuis aangekomen bleek dat zij haar handtas in de boodschappenwagen had laten staan, met sleutels, geld en pasjes erin. Hoewel zij zich erbij neerlegde dat de tas al verdwenen was, ben ik toch teruggereken. Bij de supermarkt aangekomen bleek de tas keurig bij de beveiliging afgegeven te zijn met alles er nog in. Voor het afhandelen van het papierwerk bezochten we het hok van de beveiliging, dat gevuld bleek met een enorme verzameling gevonden voorwerpen die door klanten waren afgegeven. Gevraagd naar deze verzameling gaf de beveiliging aan dat mensen wel de spullen afgeven die ze aantreffen maar dat ze ervan uitgaan dat anderen dat niet doen en er dus niet naar komen informeren als ze iets kwijt zijn. Generaliserend in termen van dit preadvies: het gros van de Nederlandse burgers gedraagt zich vertrouwenswaardig, maar ze gaan ervan uit dat anderen dat niet doen (ook al zijn ze in de meeste gevallen zelf de 'anderen'). Het gevolg is een cultuur van achterdocht die aanzet tot geformaliseerde controlesystemen en juridisering.

1.1 Vertrouwen is goed, controle is beter

In kringen van juristen, accountants, auditors en managers is het een geveleugelde uitspraak: vertrouwen is goed, controle is beter. Deze naar verluidt uit het Russisch geleende uitdrukking (soms zelfs aan Lenin toegeschreven) wordt ingezet als rechtvaardiging voor nieuwe controlesystemen. In Nederland heeft dit credo geleid tot gedetailleerde wet- en regelgeving, een onverzadigbare verantwoordingscultus en volledig dichtgetimmerde contracten. Kritiek hierop is ook al jaren te horen. Professionals zou het leven zuur of onmogelijk worden gemaakt, juridisering zou in private en publieke verhoudingen het onderling vertrouwen verdringen en het omslachtige verantwoordingsproces zou tijd en geld wegtrekken uit het primair proces (bijvoorbeeld in de zorg, het onderwijs en bij de politie). Ondanks de kritiek is het nog niemand gelukt om de groei van geformaliseerde controlesystemen een halt toe te roepen, laat staan te keren. Ook heeft de groei van controlesystemen de behoefte eraan nog niet bevredigd. Niet alleen neemt het aantal controlesystemen nog steeds toe, ook het publieke en politieke discours over het groeiend wantrouwen of afnemend vertrouwen in Nederland is niet gekeerd. Blijkbaar is het niet zo dat meer controle leidt tot minder wantrouwen of meer vertrouwen; sterker nog, wie de (oude en nieuwe) media volgt, krijgt het idee dat Nederland hard op weg is naar een 'low trust'-samenleving ondanks de controlesystemen. De preadviezen vanuit de verschillende rechts-

gebieden (staatsrecht, strafrecht, privaatrecht/ondernemingsrecht) geven goed aan wat de gevolgen hiervan zijn voor het recht.

Bij de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* wordt nogal eens geappelleerd aan de tijdgeest. Controle past beter bij de huidige tijd omdat Nederland niet meer het 'high trust'-land is met het beroemde koordje uit de brievenbus. Telkens worden daarbij dezelfde verhalen aangeroepen: de overheid faalt (kijk maar, toeslagenaffaire en aardbevingen in Groningen!), er wordt (bewust) informatie achtergehouden door de instanties en grote bedrijven en burgers zoeken massaal de randen van de wet op. Hoewel het discours wijst in de richting van toenemend wantrouwen en afnemend vertrouwen in Nederland, blijkt uit onderzoek onder Nederlanders dat hun vertrouwen zowel in historisch als in internationaal-vergelijkend perspectief hoog is. Nederland is nog steeds, of wellicht zelfs meer dan ooit, een 'high trust society'.

1.2 De controleprikkel en nodeloze bureaucratie

In de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* zijn vertrouwen en controle alternatieven voor elkaar. In meer academische termen zijn controle en vertrouwen zogeheten functionele equivalenten en dus verschillende oplossingen voor hetzelfde probleem. De veronderstelling is dat controle en vertrouwen dezelfde functie vervullen in het maatschappelijk verkeer, maar dat controle dat beter doet dan vertrouwen. De inzet van dit preadvies is het beantwoorden van de vraag hoe het precies zit met het verband tussen vertrouwen en controle. De Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV) heeft immers niet voor niets de uitspraak van een vraagteken voorzien. De insteek van het preadvies is het confronteren van deze uitspraak aan het beschikbare empirische onderzoek over de verband tussen vertrouwen in controle en het empirisch onderzoek naar vertrouwen in Nederland. Naar de zogeheten 'trust-control nexus', het verband tussen vertrouwen en controle, is in de *sociale psychologie*, de *sociologie*, de *economie* en de *bestuurs- en organisatiewetenschappen* onderzoek gedaan. Soms is ook *historisch* onderzoek interessant.

In zijn studie Trust in numbers vergelijkt Porter (1995) bijvoorbeeld de ontwikkeling van de accountancy in de Verenigde Staten in de twintigste eeuw met de Franse ingenieurscultuur in het Corps des Ponts et Chaussées in hetzelfde tijdsgewricht. Waar de accountants in de Verenigde Staten zichzelf steeds transparanter en extern controleerbaar maakten, bleef de Franse ingenieurscultuur er een van beslotenheid, gedeelde ervaring en persoonlijk vertrouwen. De Franse ingenieurs voelden geen noodzaak 'to engage in the elaborate justificatory ritual of formal quantitative decision making procedures unless threatened from outside by controversy and political procedures' (Porter 1995: 142). De Amerikaanse accountants kozen wel voor controle in plaats van vertrouwen. Vanwege de 'public exposure' en de 'absence of trust' is iedere vorm van 'personal discretion' in dit domein verdwenen en is het accountantsvak geheel dichtgetimmerd (Porter 1995: 96-97). Deze ontwikkeling van het accountantsvak is volgens Porter geen gevolg van de 'logic of finance' of 'unchecked power on the part of professional experts', maar is veroorzaakt door het 'zelfverheffend uitwissen' van zichzelf door de professionals die anders nog minder ruimte hadden gekregen voor hun vak. De controleerbaarheid op basis van protocollen is volgens Porter (1995: 98) het equivalent van grijze pakken; jezelf onzichtbaar maken door te objectiveren, uniformeren en standaardiseren. Controle boven vertrouwen dus, vanwege de toenemende externe druk op een professie. Het effect is op termijn verwoestend gebleken, ook voor het vertrouwen in de professie.

Niet alleen historisch onderzoek, ook bestuurskundig empirisch onderzoek bevestigt dat controle tot meer ‘red tape’ (nodeloze bureaucratie) leidt. Organisaties die meer externe controle ervaren, ontwikkelen meer nodeloze bureaucratie, ook wanneer voor andere variabelen (zoals bevolkingsdichtheid of politiek klimaat) wordt gecorrigeerd. Onderzoekers naar managers bij Britse gemeenten concluderen op basis van dit onderzoek dat de beste strategie om bureaucratie tegen te gaan bestaat uit vertrouwen op ‘the informal organization and the functioning of informal communication networks to reinvigorate rule effectiveness’ (Brewer et al. 2012: 308). De historische lijn in het preadvies van Harteveld en Hoving over het strafrecht laat een vergelijkbaar proces in het strafrecht zien als het gaat om de toetsing van het bewijsmateriaal. Het vertrouwen van de Hoge Raad in een wetsgetrouwe omgang met strafvorderlijk bewijs is, zo laten de preadviseurs zien, na aanvankelijk vertrouwen (het *de-audit*-arrest uit 1926) de afgelopen decennia afgenomen, mede onder druk van uitspraken van het EHRM. Zelfs op het bij uitstek professionele en bovendien magistraatelijk werk van het Openbaar Ministerie is in 1999 controle gekomen buiten de zaakgerichte controle door de strafrechter om. De Hoge Raad zet echter tegelijkertijd een rem op de mate van controle; in een door Harteveld en Hoving in hun preadvies geciteerd arrest rust volgens de Hoge Raad ‘op de strafrechter niet de taak en de verantwoordelijkheid de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken’.

1.3 Opzet van het preadvies

De uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* is zeer relevant voor juristen. In de preadviezen wordt de uitspraak geplaatst in de context van de verhouding tussen parlement en regering in het staatsrecht, de verhouding tussen rechter enerzijds en politie en Openbaar Ministerie anderzijds en in de ‘governance’ zoals deze in het ondernemingsrecht is geregeld. In dit overkoepelend preadvies wordt de uitspraak in een empirisch-juridisch perspectief geplaatst. In dat empirisch-juridisch perspectief gaat het niet om juridische kwesties (wat is rechtmatig en niet rechtmatig?), maar om de *betekenis van het recht voor de rechtssubjecten en hun verhoudingen*. In paragraaf 2 worden vertrouwen en controle als functionele equivalenten verkend en in de context van het recht, de rechtsorde en de rechtsstaat geplaatst. Betoogd wordt dat het in theorie inderdaad gaat om functionele equivalenten. Ook wordt in deze paragraaf uitgelegd dat het steeds meer leunen op controle niet onderbouwd kan worden met een reële daling van het (sociaal en institutioneel) vertrouwen in Nederland.

Nadat vertrouwen en controle in de context van de rechtsorde en de rechtsstaat zijn geplaatst, kan het onderling verband worden geanalyseerd. Dit leerstuk wordt wel de ‘trust-control nexus’ genoemd, de vraag naar het precieze verband tussen vertrouwen en controle. Dat verband is in allerlei contexten onderzocht, van de verhouding tussen managers en medewerkers tot de verhouding tussen lidstaten en internationale organisaties. In paragraaf 3 worden enkele kerninzichten gedestilleerd uit een beperkte literatuurstudie naar het beschikbare empirische onderzoek.

De belangrijkste conclusies worden in paragraaf 4 nog eens samengevat en ter afsluiting volgen enkele adviezen voor het debat in de kring van de NJV.

2.1 Wat is controle en wat is vertrouwen?

De vraag die de uitdrukking *vertrouwen is goed, controle is beter* oproept, is om te beginnen waar de begrippen ‘controle’ en ‘vertrouwen’ eigenlijk voor staan. Als we Van Dale erop na slaan, staat controle voor nogal uiteenlopende fenomenen. Ten eerste behelst controle het uitoefenen van *toezicht in een verhouding*. Dat de één een ander controleert, verwijst ernaar dat de één toezicht uitoefent over de ander door bijvoorbeeld informatie over het gedrag van de ander te verzamelen of door daadwerkelijk het gedrag van de ander te observeren. Deze betekenis van ‘controle’ doet zich doorgaans voor in een asymmetrische (machts)verhouding: de één controleert (de ‘principaal’, zoals deze in de economische principaal-agenttheorie wordt genoemd), de ander wordt gecontroleerd (de ‘agent’). De principaal-agenttheorie wordt beschreven in het preadvies van Hage en Hijink en daarin toegepast op het ondernemingsrecht (bij de ontkoppeling van eigendom en zeggenschap), in het bijzonder voor wat betreft de rol van accountants. Een tweede betekenis van ‘controle’ verwijst naar *verifiëren*. Controleren van de feiten houdt in dat de feiten nog eens worden geverifieerd, niet per se in een asymmetrische verhouding. Denk bijvoorbeeld aan partijen die gezamenlijk een situatie (de kwaliteit van een product bijvoorbeeld) verifiëren, waarbij geen van beide partijen toezicht houdt op de ander. Naast toezicht en verificatie noemt Van Dale nog een derde betekenis, namelijk die van *beheersen*. Controleren houdt dan in dat iemand of iets de omstandigheden ‘controleert’ in de zin van ‘onder controle heeft’; denk bijvoorbeeld aan een gecontroleerd experiment waarin in een laboratorium de omstandigheden worden beheerst. Ook deze betekenis staat los van een eventueel asymmetrische verhouding tussen partijen. Zowel in het publieke en politieke discours als in de sociaalwetenschappelijke literatuur heeft ‘control’ of ‘controle’ een meer specifieke betekenis, namelijk het (proberen te) beheersen van het *risico* van *opportunistisch* gedrag van de wederpartij. Er wordt van uitgegaan dat de ‘wederpartij’ of een overheidsorganisatie ‘opportunistisch’ gedrag vertoont in de zin van het maximaliseren van het eigen belang ten koste van de belangen van anderen, al dan niet door bedrog. Controlemechanismen, zoals een boete, de verplichting om informatie te verschaffen of het inschakelen van een derde partij, beogen het risico van opportunistisch gedrag te verkleinen. De inzet van het recht (juridisering) is zo’n controlemechanisme.

Controle is op allerlei manieren en plekken in de rechtsorde terug te vinden. Denk bij het toezicht in een ‘verticale’ verhouding bijvoorbeeld aan het toezicht op de verwerking van persoonsgegevens door de Autoriteit Persoonsgegevens op grond van de AVG of het toezicht door de Raad van Commissarissen in art. 2:140 BW. Verificatieplichten zijn ook in het recht verankerd. Denk aan de plicht van een notaris in art. 21 lid 2 Wet op het notarisambt om zijn dienst te weigeren wanneer hij vermoedt of de overtuiging heeft dat de werkzaamheid die van hem wordt verlangd, strijdt met onder meer de wet. Ook de vergewisplicht in art. 3:9 Algemene wet bestuursrecht is een voorbeeld. Dit artikel verplicht het bestuursorgaan dat een besluit neemt op basis van een onderzoek naar feiten of gedragingen dat uitgevoerd is door een adviseur zich ervan te vergewissen dat dit onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Controle als het beheersen van de omstandigheden is ook in het recht verankerd. Zo heeft de werkgever in art. 7:658 BW de plicht om ‘de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt’. Kenmerkend voor al deze betekenissen en vormen in een juridische context is het *geformaliseerde karakter* ervan. Dat geldt ook voor de drie privaatrechtelijke controlemechanismen die Hage en Hijink in hun preadvies beschrijven: “(verdergaande) transparantie- en informatieverplichtingen aan ondernemingen, het (uitbreiden van het) houden van toezicht (of controle) op de naleving van verplichtingen en het vergroten van de civielrechtelijke handhavingsmogelijkheden om naleving van die verplichtingen af te dwingen”. De grondslag voor controle is doorgaans geformaliseerd in een rechtsbron. Er is, met andere woorden, sprake van een geformaliseerd controlesysteem. Dergelijke geformaliseerde controlesystemen zijn sterk verbonden met het recht, althans het in dit preadvies gehanteerd formele begrip van het recht. Het recht staat in dit preadvies niet voor één of meer materiële rechtvaardigheidsbeginselen, maar voor het geformaliseerde kanaal waarlangs het maatschappelijk verkeer verloopt (en dat is vastgelegd in rechtsbronnen, zoals wetgeving en jurisprudentie).

In tegenstelling tot controle is vertrouwen nauwelijks geformaliseerd in ‘systemen’ en in het (geformaliseerde) recht ook nauwelijks te vinden. Toch is vertrouwen voor ons dagelijks leven veel belangrijker dan controle. Vertrouwen ‘stuurt’ het voedsel dat we eten, de keuze voor de school van de kinderen, de relatie met een partner en het pensioen waarvan we op enig moment hopen te gaan genieten. Zonder vertrouwen kunnen we niet leven, zoals onder meer Luhmann (1968) en O’Neill (2002) betogen. We moeten immers eten, drinken en ademen, en zelfs als we sommige leveranciers van voedingsmiddelen niet vertrouwen zullen we andere wel moeten vertrouwen. Ook als we voortdurend controles eisen en daarin steeds verder gaan, zullen we ergens aan het eind van de controleketen iemand moeten vertrouwen. Sommigen vertrouwen de foto van de snelheidsovertreding door de politie niet en eisen inzicht in de totstandkoming van de foto, maar moeten er dan op vertrouwen dat bijvoorbeeld het ijkproces dat recent heeft plaatsgevonden wel vertrouwenswaardig is of dat de camera-apparatuur door een betrouwbare leverancier is vervaardigd. Of we vertrouwen de supermarkt niet en eisen toezicht door de NVWA, maar dan moeten we uiteindelijk wel de NVWA vertrouwen. En zo kan het eisen van ‘checks’ en controles niet einde-

loos doorgaan, al was het maar omdat op enig moment de controleur van de controleur van de controleur toch wel vertrouwd moet worden. Zonder vertrouwen kan geen mens leven.

Omdat vertrouwen zo alledaags en voor iedereen vertrouwd is, zou het logisch zijn als het fenomeen inmiddels wetenschappelijk goed begrepen wordt. Helaas is niets minder waar: vertrouwen is nog altijd een onbegrepen fundament onder het samenleven, ondanks eeuwenlange bestudering ervan. Hoe vertrouwen werkt, wordt soms in het dagelijks leven wel begrepen zoals blijkt uit uitdrukkingen als ‘vertrouwen komt te voet en gaat te paard’. Hoewel het Latijnse begrip ‘fiducia’ en het Nederlandse (door het Duits beïnvloedde) begrip ‘vertrouwen’ etymologisch niet verwant zijn, is de betekenis hetzelfde en zijn ze beide gebouwd op het concept ‘trouw’ (fides). Van Dale omschrijft ‘trouw’ als zelfstandig naamwoord met ‘morele verbondenheid, het zich houden aan een verbintenis’ en als bijvoeglijk naamwoord als ‘volhardend, standvastig’. Trouw staat dus vooral voor *gedrag* in lijn met een aangegane verbintenis waarin wordt volhard. ‘Vertrouwen’ staat dan in Van Dale weer voor ‘betrouwbaar achten’ of ‘geloof in iemands betrouwbaarheid’, maar ook voor ‘zich verlaten, rekenen op’. Waar trouw primair naar *gedrag* verwijst, staat vertrouwen naar iemands *innerlijke overtuiging* ten aanzien van een ander of, breder getrokken, ten aanzien van een onzekerheid over een toekomst.

2.2 Vertrouwen: de ‘leap of faith’ naar gedrag

In tegenstelling tot Van Dale wordt in veel sociaalwetenschappelijke theorieën vertrouwen niet beschouwd als geloof, maar als *geloof uitmondend in handelen* (bijvoorbeeld Sztompka (1999) en de verwijzingen daarin, maar ook Sasaki & Marsh (2012: 1)). Het gaat dus bij vertrouwen niet om een gemoedstoestand, maar om concreet handelen of gedrag. Bovendien wordt dit begrip onderscheiden van geloof, hoop en (beredeneerde) verwachting. Vertrouwen verschilt van een beredeneerde verwachting omdat vertrouwen *subjectief* is en niet *geobjectiveerd* kan worden met bijvoorbeeld informatie. De weersverwachting is geen kwestie van vertrouwen, maar een beredeneerde verwachting op basis van informatie over een storm die in aantocht is gezien de windrichting. Op basis van objectieve informatie over een wederpartij of over een toekomstige situatie komt een *verwachting* tot stand, maar voor de stap naar *vertrouwen* is een subjectieve, in de vertrouwende persoon gelegen, basis nodig. In de Engelstalige literatuur wordt hiervoor ‘leap of faith’ gebruikt. Daarmee staat vertrouwen nog niet gelijk aan de subjectieve categorie ‘hoop’. Om het verschil tussen hoop en vertrouwen duidelijk te maken gebruikt Luhmann (1968: 28) het voorbeeld van de moeder die haar kind voor een avond overdraagt aan een babysitter. De moeder hoopt dat alles goed gaat, dat het kind een leuke avond heeft en goed gaat slapen. Vertrouwen gaat verder dan hoop en raakt aan de beslissing om het kind sowieso aan een ander toe te vertrouwen; vertrouwen weerspiegelt de onzekerheid die eigen is aan deze beslissing, terwijl hoop de onzekerheid elimineert. In de woorden van Luhmann (1968: 29):

‘Der Vertrauende macht sich mithin an der Möglichkeit übergroßen Schadens die Selektivität des Handelns anderer bewußt und stellt sich ihr. Der Hoffende faßt trotz Unsicherheit einfach Zuversicht. Vertrauen reflektiert Kontingenz, Hoffnung eliminiert Kontingenz.’

Volgens Luhmann (1968: 40) kunnen indicaties die vertrouwen geven wel het risico verkleinen.

‘Sie geben keine vollständige Information über das zu erwartende Verhalten der Vertrauensperson. Sie dienen nur als Sprungbasis für den Absprung in eine immerhin begrenzte und strukturierte Ungewißheit.’

Net als bij de ‘leap of faith’ in de Engelstalige literatuur gaat het bij vertrouwen dus om een ‘sprong’ in ongewisheid. Vertrouwen en geloof laten zich wat moeilijker afbakenen. Beide verwijzen ze naar een (subjectief) gemoed waarin sprake is van een innerlijke overtuiging ten aanzien van een onzekerheid in de situatie of het gedrag van een ander. De onzekerheid die dat handelen met zich meebrengt kan teruggebracht worden door het gedrag van de ander beheersbaarder en voorspelbaarder te maken, bijvoorbeeld door een overeenkomst te sluiten. De onzekerheid verplaatst zich dan naar de vraag of de ander zich ook aan de overeenkomst houdt of daaraan gehouden kan worden. Ten principale blijft er echter altijd een onzekerheid bestaan die met vertrouwen gevuld moet worden. Sztompka (1999: 25) spreekt in dit verband bij vertrouwen over een ‘bet about the future contingent actions of others’ dat bestaat uit twee componenten: geloof en ‘commitment’. Het commitment blijkt uit de actie of het gedrag: als iemand ondanks onzekerheid over het gedrag van de wederpartij overgaat tot bijvoorbeeld koop of een arbeidsovereenkomst, is sprake van ‘placing a bet’ en dus van vertrouwen. Ook Seligman (1998) benadrukt het ‘geloofskarakter’ van vertrouwen door ‘trust’ af te zetten tegen ‘confidence’. Waar ‘confidence’ gebaseerd is op kennis over de voorspelbaarheid van het gedrag van de ander, vergt ‘trust’ een stap die gezet moet worden zonder dergelijke kennis. In het Nederlands staat zowel ‘confidence’ als ‘trust’ voor vertrouwen. In het preadvies van Hage en Hijink wordt ‘trust’ ook onderscheiden van ‘reliance’, waarbij het eerste staat voor ‘vertrouwen in’ en het laatste voor ‘vertrouwen op’. In hun kader is ‘vertrouwen op’ de optelsom van ‘vertrouwen in’ en ‘control’ (beheersing).

Gezien de aard van vertrouwen is het moeilijker te formaliseren dan controle. In de in dit preadvies gehanteerde formele rechtsopvatting is voor vertrouwen in de rechtsorde of in rechtsbronnen geen rol weggelegd. Wel speelt vertrouwen een rol als veronderstelling van bijvoorbeeld ‘goede trouw’, maar zelfs dan vergt het een ‘van geval tot geval’-benadering, wat al illustreert dat vertrouwen zich maar moeilijk laat regelen. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de vertrouwensregel in het staatsrecht, niet voor niets een regel van ongeschreven staatsrecht, maar desondanks in het preadvies van Groen en Broeksteeg beschreven als ‘de kern’. Ook Harteveld en Hoving geven in hun strafrechtelijk preadvies aan dat het wettelijk systeem ‘is gebaseerd op het vertrouwen dat de overheidsorganen die verantwoordelijk zijn voor de opsporing en vervolging van strafbare feiten – de politie, bijzondere opsporingsdiensten, het openbaar ministerie – daadwerkelijk de strafvorderlijke normen naleven’. Het formaliseren van vertrouwen lijkt een contradictie en niet reëel, maar is hooguit een veronderstelling (‘partijen worden verondersteld elkaar te vertrouwen’, of het vertrouwen van de strafrechter in het op ambtsead opgemaakt proces-verbaal door een politieagent).

Zoals in het preadvies van Groen en Broeksteeg beschreven, is ook in het staatsrecht de vertrouwensregel negatief geformuleerd door het vertrouwen te veronderstellen. Zelfs de rechtsfiguur ‘fiducia’ in het Romeins recht, symbool van geformaliseerd vertrouwen, is daarvan een voorbeeld (Noordraven (1988)).

Deze begripsmatige verkenning levert een heldere conclusie op. In de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* zijn vertrouwen en controle functionele equivalenten. Beide vervullen de functie van onzekerheidsreductie ten aanzien van het gedrag van een ander. De onzekerheid ten aanzien van dat gedrag kan opgevuld worden met geformaliseerde controle (een overeenkomst, het inschakelen van een derde die toezicht houdt op nakoming van de afspraak, sancties als de ander toch gedrag vertoont dat niet is afgesproken, een transparantieverplichting zoals omschreven in het preadvies van Hage en Hijink), maar ook met vertrouwen (een ‘leap of faith’). Geformaliseerde controle staat in de formele rechtsopvatting gelijk aan inzet van het recht, vertrouwen blijft buiten het recht. In beide gevallen blijft de onzekerheid ten principale bestaan, maar wordt desondanks handelen of het aangaan van een (handels)relatie mogelijk gemaakt.

2.3 Wat heeft dit met recht te maken?

Hoewel het niet helemaal synoniem is, kan de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* in de formele rechtsopvatting in dit preadvies (het recht als stelsel van formele regels, procedures, rechten en structuren) ook begrepen worden als *vertrouwen is goed, maar gebruik van het recht is beter*. De uitspraak laat zich dus lezen als een pleidooi voor juridisering. De toevoeging van een vraagteken door het bestuur van de NJV suggereert dat juridisering ook een kritische bevraging verdient, zelfs in kringen van juristen waar ook voor geldt dat met een hamer in de hand overal spijkers worden waargenomen. Het pleidooi is toepasbaar over vrijwel de hele linie van het recht: van het familierecht (denk aan echtscheiding of nalatenschap) tot het bestuur van grote ondernemingen, van het goederenrecht (van ‘grote’ Zuidas-schuldconstructies tot de schuldsanering) tot het strafrecht (inclusief de vraag naar toezicht op het Openbaar Ministerie, maar ook de inzet van opsporingsmiddelen) en het staatsrecht (alleen al de WOO is een voorbeeld). In alle gevallen is deze uitspraak zonder vraagteken een pleidooi voor juridisering: vertrouwen tussen familieleden, schuldeisers en schuldenaren, verdachten en Openbaar Ministerie, burgers en bestuursorganen, enz. is goed, maar de gang naar of via het recht is beter. Toch kiest het NJV-bestuur voor een vraagteken: is controle (en dus juridisering) eigenlijk wel beter dan vertrouwen?

Het pleidooi voor juridisering (dus liever controle dan vertrouwen) gaat uit van een specifieke opvatting over wat recht en rechtsorde eigenlijk zijn. Hoewel juristen dagelijks met het recht werken, vraagt niet iedereen zich af hoe de rechtsorde en de rechtsstaat eigenlijk ‘werken’, in de zin van tot stand komen, in stand blijven, veranderen, of weer verdwijnen. Zoals een biochemicus zich afvraagt hoe eiwitten zich vouwen en hoe bepaalde atomen zich binden in organische moleculen, zo kunnen onderzoekers die zich met de rechtsorde en de rechtsstaat bezighouden (zoals de auteur van dit preadvies) de vraag stellen hoe deze eigenlijk ‘werken’. De gemiddelde jurist zal zeggen dat het toch helder is hoe de rechtsorde werkt: door regels, bevoegd-

heden, normen/standaarden, procedures, rechten en instanties te positiveren in wetgeving, jurisprudentie, doctrine en verdragen. Bovendien: door voor een rechtsstaat de basisbeginselen van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, legaliteit en eventueel grondrechten vast te leggen. Toch is dit niet voldoende om te begrijpen hoe een rechtsorde werkt, omdat dan precies het onbegrepen fundament waar in de vorige paragraaf op is gewezen over het hoofd wordt gezien. Er staat dan weliswaar veel moois op papier, maar er ‘werkt’ nog helemaal niets. Niet voor niets beschrijven Groen en Broeksteeg in hun preadvies de (ongeschreven) vertrouwensregel zelfs als ‘de kern van het parlementaire stelsel’. Met andere woorden: om de werking van rechtsstaat en rechtsorde te begrijpen is meer nodig dan de juridische afspiegeling daarvan in rechtsbronnen. Enkele jaren terug heb ik voor een beter begrip van rechtsorde en rechtsstaat een conceptueel hulpmiddel ontwikkeld, het rechtsstaatprisma (zie Zouridis 2019 en 2021). Net als een prisma een lichtbundel breekt in licht van verschillende golflengtes (en dus verschillende kleuren), breekt het rechtsstaatprisma de rechtsorde en rechtsstaat in drie ‘hoofdkleuren’ die alleen tezamen een kader vormen waarin de werking van rechtsorde en rechtsstaat kan worden begrepen (net als een lichtbundel het mengsel is van licht van verschillende golflengtes).

1. De eerste ‘hoofdkleur’ is voor juristen de meest vertrouwde, want in deze *juridische hoofdkleur* staan rechtsorde en rechtsstaat voor normen- en regelstelsels die bepalen wat rechtmatig en wat onrechtmatig is. De rechtsorde omvat tal van normen en regels om het sociaal verkeer te ordenen, van de arbeidsovereenkomst tot de normen ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens en van de praktische voorrangsregels die gelden in het verkeer tot en met de strafrechtelijke normen met een hoge morele lading als moord in art. 289 Wetboek van Strafrecht. Daarnaast omvat de rechtsorde regels, normen, bevoegdheden en procedures waarmee rechtssubjecten het recht tot gelding kunnen brengen (bijvoorbeeld de wetboeken voor straf- en burgerlijke rechtsvordering) en om recht tot stand te brengen (de grondwet, maar ook de wet op de rechterlijke organisatie en de algemene wet bestuursrecht zijn daarvan voorbeelden). Het geheel aan rechtsbronnen waarin regels, procedures, rechten, bevoegdheden, normen en instanties zijn vastgelegd levert op papier een rechtsorde op, en als daarin basale eisen van legaliteit, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid zijn opgenomen is tevens sprake van een rechtsstaat.
2. Al dit papierwerk levert echter op zichzelf nog geen werkende rechtsorde of een rechtsstaat op, althans niet een die het papier verlaat waarop deze is vastgelegd. Denk hiervoor maar eens aan landen die het juridisch construct prima op orde hebben, maar waar in de dagelijkse realiteit weinig van dat papier te zien is (Mexico bijvoorbeeld). Er is dus meer nodig voor een rechtsorde en een rechtsstaat dan een juridisch construct. Wat precies? Om te beginnen geeft McCormick (2007) een samenvatting van een tweede ‘hoofdkleur’. Van een rechtsstaat is volgens hem pas sprake als ‘most of the people most of the time refrain from the things that the law stigmatizes as wrongdoing’. Kortom, een rechtsorde of rechtsstaat werkt niet alleen als juridisch construct maar ten minste ook via het gedrag van de meeste mensen de meeste tijd. Hart (1961) verbindt in zijn theorie het recht als een ‘command’ van de soeverein met wat hij de ‘habit of obedience’ onder rechtsgenoten noemt. Het is niet voldoende dat het op papier verboden wordt om bij een rood verkeerslicht door te rijden, de norm werkt pas als de meeste mensen dat ook doen (wederom: kijk maar eens naar landen waar dat niet gebeurt). Zelfs de stel-

ling dat in dat geval de norm ten minste de aansprakelijkheid verdeelt voor eventuele schade, is pas houdbaar als dat ook doorwerkt in het gedrag van mensen. Ze moeten bijvoorbeeld al beroep doen op deze norm, mocht het tot schade komen, en niet bij een beroep op deze norm direct een pistool tegen hun hoofd krijgen waarna ze alsnog van de aansprakelijkheidstelling afzien.

3. Het mengsel van een juridisch construct en een normatieve institutionele orde in een samenleving levert nog steeds geen volledige verklaring op voor dé werking van de rechtsorde en de rechtsstaat. Om het gedrag van de meeste mensen de meeste tijd in overeenstemming met de norm te brengen, is het nodig dat diegenen die dat niet doen daar iets van merken. Gebeurt dat niet, dan wordt de sociale orde instabiel omdat deze zogeheten ‘predatory behavior’ beloont (niet-nakoming van contracten, diefstal en afpersing) en in dat geval steeds meer mensen zich steeds vaker schuldig maken aan onrechtmatig gedrag. Om de werking van rechtsorde en rechtsstaat te begrijpen is dus naast de juridische en sociaalwetenschappelijke nog een derde hoofdkleur nodig: de rechtsorde en rechtsstaat als geheel van bestuurlijke instituties die recht vormen maar vooral recht uitvoeren en handhaven. Niet alleen moet het recht worden gepositieerd door de daartoe bevoegde instanties, ook moet niet-naleving worden gecorrigeerd, eventueel met dwang (en/of straf). Deze derde hoofdkleur kan worden aangeduid als de bestuurlijke hoofdkleur.

Bijeen genomen geven de juridische, sociale en bestuurlijke hoofdkleur een meer reëel beeld van wat een rechtsorde en een rechtsstaat eigenlijk zijn. Alleen als de drie hoofdkleuren in ‘alignment’ zijn, dus congruent zijn met elkaar, komt het tot een rechtsorde en rechtsstaat. Over de ‘chemie’ tussen de verschillende kleuren weten we verrassend genoeg nog maar weinig. Toch speelt hier de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* een rol. Want als we de juridische hoofdkleur opvatten als geformaliseerde *controle*, de sociale hoofdkleur als *vertrouwen* en de bestuurlijke hoofdkleur als een mix (van zowel geformaliseerde controle als vertrouwen), in welke combinatie en/of in welke dynamiek leiden deze dan juist wel of juist niet tot een ‘werkende’ rechtsorde en rechtsstaat? Met andere woorden: hoeveel controle in welke vorm versterkt het sociaal vertrouwen en hoeveel van welke vormen van controle verzwakken het sociaal vertrouwen? Of omgekeerd: hoeveel vertrouwen (of wantrouwen) ondermijnt de werking van controlesystemen (en dus het recht)? Een goed begrip van de rechtsorde en rechtsstaat vergt dat de ‘chemie’ tussen de juridische, sociale en bestuurlijke hoofdkleur goed wordt begrepen. Daarvan is wetenschappelijk gezien nog niet of nauwelijks sprake; door het woud van opvattingen over de rechtsorde en de rechtsstaat wordt helaas de kern ervan nog maar nauwelijks begrepen. Als we de ‘chemie’ als vertrekpunt nemen, doemen tal van nieuwe onderzoeksvragen op die nog niet of nauwelijks zijn gesteld. Bijvoorbeeld: hoeveel (van welk type) vertrouwen precies is nodig voor een goed functionerende rechtsorde/rechtsstaat, is meer vertrouwen altijd goed of beter dan minder vertrouwen (of is het verband zoals dat heet parabolisch en neemt op enig moment de kwaliteit van de rechtsorde en de rechtsstaat af bij nóg meer vertrouwen?), wat is precies de betekenis van de bestuurlijke hoofdkleur voor de sociale en juridische hoofdkleur van de rechtsorde en de rechtsstaat, en ligt er niet nog een fundament onder deze hoofdkleuren, zoals een gemeenschappelijke religie, ideologie of taal? Zo constateert Norris (2022) dat juist gezond wantrouwen goed is voor de prestaties van de overheid en laten Lowry