

Een verbaasde rechtsfilosoof tussen nijvere juristen

Een formeel afscheid van
Pauline Westerman



Peter van Lochem &
Pauline Schuyt (redactie)

Boom

Pauline Westerman was, naast hoogleraar Rechtsfilosofie aan de Rijksuniversiteit Groningen, jarenlang als docent en programmamanager verbonden aan de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen. In die hoedanigheid heeft zij vele wetgevings- en overheidsjuristen een spiegel voorgehouden door vragen te stellen over zaken die voor rijksjuristen soms vanzelfsprekend lijken, maar dat niet altijd zijn. Dit deed zij onder andere in de onderzoeksgroep van de Academie, waarvan de leden maandelijks met elkaar in gesprek gingen over hun voorgenomen en onderhanden publicaties. Hoewel Westerman deze groep ruim achttien jaar voorzat, kwamen haar eigen artikelen nooit aan de orde. Bij het afscheid van Westerman zijn de rollen voor een keer omgedraaid en staan haar publicaties centraal.

Dit afscheidsboek bevat reflecties op vijf publicaties van Westerman over de thema's formalisering, doelregulering, autonomie, rechtstheorie en wetgeving. De gekozen publicaties, verschenen in de periode 2003-2023, zijn kenmerkend voor het werk van Westerman en raken tegelijkertijd aan de praktijk van wetgevings- en overheidsjuristen. In deze bundel zijn, naast de reflecties, de artikelen van Westerman integraal opgenomen. Daarmee vormt het een bloemlezing van publicaties van Westerman die interessant zijn voor iedereen die zich bezighoudt met wet- en regelgeving, voorzien van een actuele reflectie.

ISBN 978-94-6212-978-8



9 789462 129788 >



Academie voor
Overheidsjuristen



Academie voor
Wetgeving

www.boom.nl/juridisch

Een verbaasde rechtsfilosoof tussen nijvere juristen

Een verbaasde rechtsfilosoof tussen nijvere juristen

Een formeel afscheid van Pauline Westerman

Redactie:
Peter van Lochem
Pauline Schuyt

Boom

Omslagontwerp en opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2024 De auteurs | Boom (Den Haag)

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleenvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van veeleenvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproductieregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bijvoorbeeld een (digitale) leeromgeving of een reader in het onderwijs (op grond van artikel 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-978-8

ISBN 978-94-0011-479-1 (e-book)

NUR 220

www.boom.nl

www.boom.nl/juridisch

Inhoudsopgave

Inleiding	7
Verantwoording	13
 Formalisering	
Pleidooi voor formalisering, deel II – Pauline Westerman	17
Hoe doelgeoriënteerde klimaatregels het bereiken van de klimaatdoelen in de weg staan	39
<i>Derk Bonthuis</i>	
Een pleidooi tegen de stroom in	47
<i>Peter van Lochem</i>	
 Doelregelgeving	
Doelregelgeving en democratie – Pauline Westerman	57
Doelregelgeving in het basisonderwijs; nu en in de toekomst	69
<i>Job Buiting</i>	
Toch niet weer een artikel over AI?	75
<i>Lennart Kortjes</i>	
De <i>bunq</i> -zaak: doelbepalingen, uitbestede regelgeving en het verschil tussen outputnormen en middelvoorschriften	85
<i>Simon van Oort</i>	
 Autonomie	
Nudging en de paradox van autonomie – Pauline Westerman	93
Een duwtje van de overheid in de rug van de beroepsgroep leraren	105
<i>Gerard Bruin</i>	
Nudging en de dienende overheid	111
<i>Ramona Grimbergen</i>	
Organisaties zijn net mensen	117
<i>Thijs van Rijn</i>	

Rechtstheorie

Naar een kritische en relevante rechtstheorie – Pauline Westerman	123
De mogelijkheid van samenleving	137
<i>Jan van Beuningen</i>	
Normatieve bokkesprongen en het belang van een kritische blik	143
<i>Meike Bokhorst</i>	
Ithaka's	149
<i>Nico Florijn</i>	
De grond van de wetgeving en bestuur: hoe Thorbecke antwoord gaf op Westermans vraag naar normatieve orde	155
<i>Olaf Kwast</i>	

Wetgeving

Evidence-based wetgeving – Pauline Westerman	163
De wetenschap van de wetenschap	179
<i>Dennis de Kok</i>	
Over hoe een mooi pittig betoog toch tekortschiet	185
<i>Bert Niemeijer</i>	
Politiek bewuste rechtswetenschap	191
<i>Pauline Schuyt</i>	
Van focussen en verkokeren	197
<i>Wim Timmer</i>	
De wetenschapstoets	205
<i>Tineke Witberg</i>	

Inleiding

De rollen omgekeerd

Van de ongeveer twintig jaar dat Pauline Westerman verbonden is geweest aan de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen, heeft zij maar liefst achttien jaar leiding gegeven aan de onderzoeksgroep van de academie. In die groep werden publicaties die de deelnemers in gedachten, *in progress* of bijna af hadden, kritisch doch welwillend tegen het licht gehouden. Bij haar rol als voorzitter paste niet dat haar eigen publicaties aan de orde kwamen. Ter gelegenheid van haar vertrek draaien de leden van de onderzoeksgroep de rollen om en reageren ze voor deze gelegenheid op enkele publicaties van Westerman, gepubliceerd in de periode 2003-2023.

Aan de auteurs zijn vijf publicaties voorgelegd met de vraag om op een ervan te reflecteren, met kritiek, met een nadere toepassing op de juridische overheidspraktijk of anderszins. De vijf publicaties zijn gekozen omdat zij kenmerkend zijn voor het werk van Westerman en tegelijkertijd het werk van wetgevings- en overheidsjuristen betreffen. Daarbij gold ook als keuzecriterium dat de publicatie qua omvang in dit boek kon worden opgenomen, zodat de lezer weet waarover de bijdragen gaan. De woorden waarmee de vijf geselecteerde publicaties hieronder worden aangeduid, zijn alle kenmerkend voor het wetenschappelijk werk van Westerman: formalisering, doelregeling, autonomie, rechtstheorie en wetgeving.

Formalisering

De eerste publicatie is Westermans Groningse oratie uit 2003, waarin zij pleit voor formalisering. Voor een filosoof niet een voor de hand liggend pleidooi, maar wel de directe aanleiding voor het langjarige staflidmaatschap van de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen. De in de oratie gegeven argumenten voor de intrinsieke waarde van 'onbedoelde' regelgeving gaven Derk Bonthuis aanleiding tot een minder gangbare kritiek op de grote klimaatzaken, zoals die van Urgenda en, recenter, die van de *KlimaSeniorinnen*. In plaats van de vaak herhaalde kritiek op de rechter die op de stoel van de wetgever zou zijn gaan zitten, richt Bonthuis zich op de vorm van de regelgeving waarop de klimaatzaken zijn gebaseerd. De instrumentalisering van deze regelgeving heeft er volgens Bonthuis toe geleid dat het gelijk van Urgenda niet leidde tot aanpassing van het emissiebeleid, maar tot een rekenkundige exercitie.

Westermans pleidooi voor formalisering vormt een contrast met de huidige pleidooien voor informalisering, zoals het pleidooi voor de responsieve staat waarbij de rechtsstaat als een bureaucratisch relikwie wordt bijgezet, de blinddoek bij Justitia wordt afgedaan en de jurist verschijnt in de gedaante van een burgervriend. Peter van Lochem concludeert dat juist door deze ontwikkeling haar pleidooi voor formalisering aan betekenis heeft gewonnen.

Doelregelgeving

De oratie bevat ook een kritische analyse van open normen, die later uitmondde in wat vermoedelijk Westermans bekendste onderwerp is, de analyse van doelregelgeving. De tweede publicatie, 'Doelregelgeving en democratie' uit 2014, beschrijft de hoofdlijnen van deze analyse, die in 2018 uitgebreider in boekvorm is verschenen.¹

Job Buiting herkent Westermans kritische analyse in de doelregelgeving die van toepassing is op het basisonderwijs. Ook in het onderwijs blijken de uitwerking en uitvoering van de doelen met een 'dunne draad' verbonden aan de formele wetgeving. Buiting ziet nog wel mogelijkheden voor specifieke regels over de scholing van leraren, over het borgen van onderwijsmethoden en voor het signaleren en ingrijpen als onderwijsresultaten achterblijven.

Lennart Kortes past de analyse van Westerman toe op de Europese normering van AI, waarin ook doelregelgeving en dus uitbesteding van (juridische) normering aan de orde is. Daarbij blijken de 'vermaningen' van Westerman onverminderd actueel. Niettemin denkt Kortes dat een realistisch alternatief ontbreekt en constateert hij dat de Europese wetgever wel enkele maatregelen heeft genomen om een behoorlijke mate van democratisch gelegitimeerde 'grip' te bewerkstelligen.

Uit de beschouwingen van Westerman blijkt dat de ruimte in doelregelgeving gewoonlijk niet ten goede komt van de normadressaten, omdat de uitvoerende instanties en toezichthouders die ruimte al met nadere regels hebben gedicht. Simon van Oort laat zien dat het ook anders kan gaan. In de bunq-zaak oordeelde de rechter dat bunq de door de Wwft² opgelegde verplichting tot risicogebaseerd cliëntenonderzoek zelf nader mocht normeren en daarbij niet beperkt mocht worden door de handvatten, leidraden en good practices van De Nederlandsche Bank.

1 Pauline Westerman, *Outsourcing the Law. A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018.

2 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.

Autonomie

De individuele autonomie is een van de draden die menige publicatie van Westerman verbindt. In haar publicatie ‘Nudging en de paradox van autonomie’ stelt zij de vraag of nudging, waarbij de overheid de burger een duwtje in de goede richting geeft, wel verenigbaar is met deze autonomie. Het bij nudging gehanteerde uitgangspunt van de beperkte rationaliteit heeft niet alleen betrekking op de burgers maar ook op de overheid zelf, zo concludeert ze.

Gerard Bruin heeft bij het schrijven van zijn in 2024 verdedigde proefschrift ‘dankbaar gebruik gemaakt’ van Paulines uiteenzettingen over de betekenis van autonomie, zoals zij deed in de publicatie over nudging. Zijn voorbeeld van nudging is de wettelijke bepaling die de leraar zeggenschap geeft over de inhoud en hantering van de lesstof inclusief de pedagogisch-didactische aanpak. Zonder de verhouding tussen leraren en schoolbesturen volledig te regelen maakt deze bepaling het mogelijk dat leraren hun autonomie ten opzichte van schoolbesturen gestalte kunnen gaan geven.

Een van de stellingen van Westerman is dat nudgen weliswaar zo ingezet kan worden dat het de autonomie van de burger bedreigt, maar dat bepaalde vormen ervan de machtsverschillen tussen overheid en burger juist kunnen verkleinen. Die stelling brengt Ramona Grimbergen bij het dienstbaarheidsbeginsel als interpretatienorm, dat gericht is op het onderkennen en vervolgens verzachten van machtsverschillen tussen overheid en burger.

Thijs van Rijn gaat nader in op de stelling van Westerman dat er niet alleen aanleiding bestaat om uit te gaan van de beperkte rationaliteit van burgers – wat nudging zou rechtvaardigen – maar evenzo van beperkte rationaliteit van de overheid. Hij wijst op ‘tal van redenen’ voor die beperkte rationaliteit, voortkomend uit de verhouding tussen ambtenaar en politiek en de (hiërarchische) relatie tussen beleidsonderdeel en uitvoeringsorganisaties. Voor wie geen perfectie verwacht, is die beperkte rationaliteit van de overheid volgens Van Rijn best acceptabel.

Rechtstheorie

Bij het honderdjarig bestaan van de Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht geeft Westerman haar opvattingen over de verdere ontwikkeling van de rechtsfilosofie in de komende honderd jaar. Dat is vooral een ontwikkeling waarin filosofen, historici en sociaalwetenschappelijk onderzoekers nieuwe inzichten verschaffen over hoe samenlevingen normatieve structuur en vorm krijgen.

Deze beschouwing doet Jan van Beuningen denken aan de paradox van Böckenförde volgens welke de liberale samenleving de door haar beleden vrijheid niet kan afdwingen zonder haar liberale karakter te verliezen. De conclusie hiervan is dat voor een ‘system survival’ niet de hoop moet worden gevestigd op een sterke overheid, maar op de aanmaak van sociaal kapitaal in de dagelijkse praktijken van burgers, in lijn met de uiteenzettingen van socioloog Robert Putnam.

Het gaat Westerman om een kritische en relevante rechtstheorie, waarin Meike Bokhorst haar herkent als de kritische buitenstaander in het juristengezelschap, die met oprechte verbazing kan kijken naar hun normatieve; een verbazing die ooit centraal stond in het werk van de Schotse filosoof David Hume. Met verwijzing naar Westermans kritische beschouwing over *evidence-based* wetgeving meent Bokhorst dat de wetenschapstoets Kamerleden mogelijk in staat kan stellen om normatieve bokkesprongen in de ministeriële verantwoording kritisch tegen het licht te houden.

Waar Westerman schrijft over kritische en relevante rechtstheorie, vraagt Nico Florijn zich af of die rechtstheorie relevant is voor de gemeenschap van wetgevingsjuristen, waarvan hij decennialang deelgenoot was. Deze gemeenschap heeft trekken van een academisch milieu, maar minstens zoveel pragmatiek die meer vraagt om pasklare oplossingen dan kritische reflectie. Florijn vergelijkt de rechtstheoretische beschouwingen van Westerman met de reis naar Ithaka, waarover Kaváfis dichtte dat niet zozeer het einddoel als de weg ernaar toe je veel kan bieden.

De kritische, relevante rechtstheorie van Westerman is voor Olaf Kwast aanleiding tot de beschrijving van een filosofische associatie die haar artikel bij hem oproept. Hij ziet in Westermans vragen een opvallende gelijkenis met een van de vragen die centraal stond in de vroeg negentiende-eeuwse filosofie van F.W.J. Schelling over vrijheid. Net zoals Westerman een normatieve orde niet als gegeven beschouwt, draait Schelling de vraag om: hoe is een stelsel van vrijheid eigenlijk mogelijk? Deze vraag brengt Kwast in verbinding met de algehele herziening van de Grondwet van 1848 door Thorbecke en de rol die het staatsburgerschap daarin al dan niet speelt.

Wetgeving

Westermans artikel over *evidence-based* wetgeving bevat een kritische beschouwing van de nieuwe wetenschapstoets waarmee de Tweede Kamer zich indringender met wetgeving wil bezighouden. Westerman concludeert dat er maar één manier is om wetenschap op een zinnige manier een rol in het wetgevingsproces te laten spelen, namelijk door de departementale staf uit te breiden ‘met (vaste) medewerkers die in staat zijn het vele bestaande

onderzoek te interpreteren en van meet af aan hun licht kunnen laten schijnen over voorgenomen beleid en wetgeving’.

Met het wetsvoorstel ‘Ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven’ als voorbeeld typeert zij de uitvoering van de wetenschapstoetsen als een ‘*comédie d’erreurs*’. Dennis de Kok, die een belangrijke rol speelde bij de totstandkoming van dit wetsontwerp, bevestigt dat de bij de wetenschapstoets betrokken wetenschappers de bedoeling van het wetsvoorstel niet hebben gezien (of bewust terzijde hebben geschoven). Bovendien onderschrijft hij Westermans voorstel om wetenschappers in de ambtelijke staf op te nemen in plaats van op grote afstand hun commentaar te laten leveren.

Bert Niemeijer is niet overtuigd door Westermans relativering van de wetenschappelijke inbreng in het wetgevingsproces. Zo meent hij dat zij haar bedenkingen te exclusief richt op die inbreng bij één specifieke wet en geen oog heeft voor de ‘generieke kennis’ zoals die wordt geleverd door planbureaus, WRR of WODC. Daarnaast vereenzelvigt zij ten onrechte sociale wetenschap met de bij wetgeving weinig voorkomende empirische wetenschap. Niemeijer mist een nadere interpretatie van de begrippen wetgeving, kennis en gebruik en meent dat enkele wetenschapstoets-pilots een te smalle basis vormen voor de door Westerman getrokken conclusies.

In haar bijdrage draait Pauline Schuyt het pleidooi van Westerman voor *evidence-based* wetgeving om door te pleiten voor een politiek bewuste rechtswetenschap, waarin, ook bij de keuze voor onderzoeksmethoden, meer oog is voor de politiek-bestuurlijke context waarin wetgeving tot stand komt. Zoals je volgens Westerman niet kunt spreken over de stand van de wetenschap, zo wordt volgens Schuyt te gemakkelijk gesproken over het doel van de wetgever. Daarmee wordt onvoldoende recht gedaan aan de vele facetten waaruit zowel wetenschap als wetgeving bestaan.

Westermans beschouwing over *evidence-based* wetgeving is voor Wim Timmer aanleiding om nader in te gaan op de onduidelijkheid over het doel van de wet. Hij laat zien dat die onduidelijkheid wordt bevorderd door het grote aantal actoren in het wetgevingsproces, die lang niet altijd belang hebben bij duidelijkheid of nog niet in staat zijn die te geven. Hoezeer de normadressaat te maken heeft met tegenstrijdige doelen, is moeilijk vast te stellen omdat de wettelijke normen afkomstig zijn uit een veelheid van beleidsdomeinen. Timmer stelt een nieuwe Aanwijzing voor om de naleefbaarheid op dit punt te onderzoeken.

Tineke Witberg deelt Westermans scepsis over de wetenschapstoets omdat zij meent dat het met de inbedding van de wetenschap in beleid en wetgeving al niet zo slecht gesteld is. Zij wijst onder meer op de inbreng vanuit

uitvoerings- en handhavingsinstanties en ook die vanuit de kennisinstituten en de adviesinstanties. Daarnaast hebben al vanaf de jaren zeventig andere academici dan juristen hun entree gemaakt in de overheidsorganisatie. Witberg meent ook dat het belang van de wetenschap relatief is ten opzichte van politieke oordelen en Europese regelgeving.

Tot slot

We eindigen deze inleiding met een toelichting op de titel van dit boek. Wie publicaties van Pauline Westerman leest, zal het opvallen dat zij zich herhaaldelijk verbaast. Verbazing over de scherpzinnigheid en onbaatzuchtigheid van haar collega hoogleraar Anne Ruth Mackor (in het dankwoord van haar oratie) en zelfs over het bestaan van rechtsfilosofie. Deze laatste verbazing deed zich voor toen zij, op zoek naar een baan, in een wervingsadvertentie las dat men iemand zocht die het natuurrecht wilde bestuderen. Verbazing ook over het feit dat de advertentie afkomstig was van de faculteit Rechtsgeleerdheid, waarin kennelijk een sectie Rechtsfilosofie te vinden was. Overigens zij men gewaarschuwd: Westermans verbazing staat niet altijd voor verwondering, maar heeft ook een ironische betekenis.

Zij heeft zich tussen (wetgevings- en overheids)juristen begeven en typeert hen gewoonlijk in complimenteuze bewoordingen. Ze zijn bedachtzaam, plezierig en vooral ook ‘nijverig’. Nijvere juristen die zich steeds inzetten voor de consistentie en coherentie van het rechtssysteem. Vergeleken met hen is de rechtsfilosoof veel vrijer en kan zij zich permitteren om juist de tegenstelling en de paradoxen in beeld te brengen. De scheidende rechtsfilosoof neemt het daarbij voor lief dat zij zo nu en dan op een teen trapt.

Met deze bundel wordt het vertrek van Pauline Westerman bij de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen – en meer in het bijzonder bij de onderzoeksgroep – geformaliseerd. We hopen hiermee echter te bewerkstelligen dat het verzamelde werk van Westerman de (hernieuwde) aandacht krijgt die het verdient en het afscheid van haar gedachtegoed dus louter formeel is.

Verantwoording

De artikelen van Pauline Westerman zijn eerder verschenen in de onderstaande publicaties. In deze uitgave zijn kleine tekstcorrecties toegepast.

Paginaverwijzingen in de teksten hebben betrekking op de oorspronkelijke uitgaves.

Pleidooi voor formalisering, deel II

Pauline Westerman, *Twee pleidooien voor formalisering*, Boom Juridische Uitgeverij 2003, p. 29-57.

Doelregelgeving en democratie

M. Groenhuijsen e.a. (red.), *Recht in geding*, Den Haag: Boom juridisch 2014, p. 125-134.

Nudging en de paradox van autonomie

Ars Aequi 2017, afl. 7/8, p. 582-590.

Naar een kritische en relevante rechtstheorie

Netherlands Journal of Legal Philosophy 2019, afl. 2, p. 244-255.

Evidence-based wetgeving

RegelMaat 2023, afl. 2, p. 107-120.

Formalisering

Pleidooi voor formalisering, deel II

Inaugurele rede

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in de Rechtsfilosofie aan de Rijksuniversiteit Groningen op 25 maart 2003

Meneer de rector magnificus, dames en heren

Wie zoals ik, geroepen is om niet één maar twee keer te oreren, loopt het risico om over die oraties te gaan denken in termen van een collegecyclus. Zo moet u ook het briefje begrijpen dat bij de uitnodiging gevoegd was en waarin ik u attendeerde op de tekst van de eerste oratie. Dat was natuurlijk een slecht verbloemde oproep om vooral uw huiswerk te maken en goed voorbereid op dit college te verschijnen. Dat krijg je met mensen die te vaak aan het woord zijn: in plaats van dat zij verheugd zijn over de belangstelling die hen ten deel valt, gaan ze eisen stellen.

Maar hoe onredelijk deze eisen ook zijn: het is noodzakelijk te veronderstellen dat u ze ingewilligd heeft om niet al te zeer in herhaling te hoeven vervallen. Ik ga er dan ook maar van uit dat u gezien hebt dat ik in de eerste oratie een lans brak voor het formele regelgeleide karakter van recht. Dat mag verbazing wekken bij diegenen die niet ingevoerd zijn in de juridische wereld. Recht is toch immers niets anders dan een verzameling regels? Is het dan nog nodig te bepleiten dat juristen zich op regels oriënteren? Is dat niet net zo dwaas als bepleiten dat een bakker brood bakt?

Alleen een leek kan dat denken. In de werkelijkheid van rechters en advocaten gaat het namelijk niet om regels maar om de interpretatie van regels en die interpretatie wordt vaak geleid door overwegingen met betrekking tot de omstandigheden van het geval en de doeleinden die gediend kunnen worden door al dan niet toepassen van de regels. Het burgerlijk wetboek kan verordonneren dat contracten moeten worden nagekomen, maar moeten we die regel ook volgen als dat betekent dat de gedaagde zijn leven lang in de schulden blijft zodat hij zijn vrouw en arme bloedjes van kinderen de hongerdood in drijft? Dat soort vragen kwelt de rechter en die vragen zijn eeuwenoud.

Het nieuwe is nu alleen dat in het moderne recht van de laatste decennia geprobeerd wordt de rechter enige handreikingen te verschaffen waardoor hij niet langer genoodzaakt is om de regels onverkort van toepassing te

verklaren. Veel meer dan pakweg een halve eeuw geleden wordt hij gevraagd te oordelen met het oog op de bijzondere omstandigheden van het geval en met een beroep op redelijkheid en billijkheid. Het burgerlijk wetboek staat de rechter zelfs toe de wet zelf terzijde te schuiven als deze in strijd is met die redelijkheid en billijkheid. En tenslotte komt het steeds vaker voor dat de rechter, in afwachting van nadere wetgeving, gevraagd wordt een uitspraak te doen over ongeregelde gevallen.

Vrij algemeen wordt dit als een groot goed gezien. Velen zullen het eens zijn met collega Timmerman bijvoorbeeld, die onlangs nog stelde dat voor wat betreft het vennootschapsrecht deze ontwikkeling verwelkomd moet worden als een terecht afscheid van het zwart-wit denken dat inherent is aan de oriëntatie op regels ten gunste van een meer genuanceerd rechtsbegrip dat aan de grijzen ertussen recht kan doen en open staat voor de noden en wensen van de omringende maatschappij.¹

Waarom zou een mens dan nog willen volhouden, zoals ik in mijn Amsterdamse oratie, dat deze oriëntatie op waarden en doeleinden juist gevarren herbergt? Waartoe al dit gepraat over de voordelen van een oriëntatie op regels? En dat uitgerekend uit de mond van iemand die zich filosoof noemt, waarvan je nu toch juist zou willen dat die haar werk zou doen en zich bezig zou gaan houden met waar een jurist niet aan toe komt: een nadere bepaling van die waarden en doeleinden. Zijn de rollen niet op een pathetische wijze omgekeerd als de jurist zich bezighoudt met waarden en doeleinden en een filosoof praat over de voordelen van regels volgen? Is dat niet het beste bewijs dat een filosoof altijd, maar dan ook werkelijk altijd achterloopt?

Ik zal u gedurende de komende drie kwartier ervan proberen te overtuigen dat dat inderdaad het geval is, maar dat achterlopen hier tevens voorlopen is en dat dat maar goed is ook want dat ik de juristen onder u daarmee wil behoeden voor de waan van de dag waar ze anders onherroepelijk het slachtoffer van zullen worden.

Maar laat ik eerst een onderscheid maken. Laat ik een onderscheid maken tussen twee aspecten die aan elk rechterlijke oordeel kleven en die, zoals ik straks zal laten zien, inherent zijn aan het recht als regulerende activiteit. Het eerste aspect is dan dat de rechter voor de taak staat om de weerbarstige werkelijkheid in een juridisch kader te zetten. De feiten worden geclassificeerd en gerubriceerd teneinde er een regel op los te kunnen laten, maar tegelijk veronderstelt die classificatie dat er al een toepasselijke regel is geselecteerd. Heen en weer springend tussen feit en regel wordt de werkelijkheid juridisch zinvol gemaakt, wat natuurlijk iets heel anders is dan dat die juridische werkelijkheid ook voor leken zinvol zou zijn.

1 L. Timmerman, 'Van digitaal naar analogo vennootschapsrecht en de gevolgen daarvan voor de concurrentie tussen vennootschapssystemen', *Ondernemingsrecht*, 2003-2, pp. 38-42.

Maar daarmee is de taak van de rechter niet volbracht. Zoals iedereen weet moet de rechter met die juridische werkelijkheid ook iets *doen*. Er moet een geschil worden beslecht, een beslissing worden genomen. En Paul Scholten maakte al duidelijk dat er een sprong is, zoals hij het uitdrukte, tussen regeltoepassing en de beslissing. Die beslissing vloeit niet als vanzelf voort uit de regeltoepassing. De beslissing is een daad waarmee de rechter niet alleen maar classificeert en ordent, maar ingrijpt. Het is door zulke beslissingen dat vaders hun kinderen alleen maar eens in de twee weken mogen zien, dat mensen een taakstraf krijgen opgelegd of dat schuurtjes moeten worden afgebroken. Waar door de regeltoepassing de gewone werkelijkheid wordt omgezet in een juridische werkelijkheid, wordt in de beslissing de juridische werkelijkheid weer omgezet in gewone werkelijkheid.

Er zijn dus twee bewegingen in de rechterlijke oordeelsvorming waar te nemen. De eerste is naar binnen gericht en probeert de werkelijkheid te vangen in een net van juridische begrippen; de tweede beweging is naar buiten gericht en probeert de werkelijkheid door middel van het oordeel te veranderen.² Beide bewegingen zijn nodig en even vitaal voor het functioneren van het recht als het in- en uitademen voor de mens. Dat betekent dat beide bewegingen met elkaar in balans moeten zijn en er niet een onevenredig gewicht op het ene dan wel op het andere aspect moet komen te liggen.

Nu zijn de nadelen van een overmatige nadruk op regeltoepassing genoegzaam bekend. Ze worden overal luid en nadrukkelijk verkondigd. En inderdaad, als de rechter nooit vooruit zou kijken naar de gevolgen van zijn regeltoepassingen dan zou hij er ook nooit toe komen om uitzonderingen op die regels te formuleren. Hij zou de letter van de wet toepassen zonder ooit werkelijk recht te spreken. Het recht zou verstijven in zijn vorm.

Maar het omgekeerde is eveneens desastreus. Het is één ding om omstandigheden en gevolgen mee te wegen in de regeltoepassing, het is iets anders om, zoals nu vaak gebeurt, zich *uitsluitend* te beroepen op de bijzondere omstandigheden van het geval, de redelijkheid en de billijkheid. In het eerste geval oriënteert men zich nog altijd in de eerste plaats op regels, in het tweede geval spelen die hooguit een secundaire rol. De Tilburgse privatist Barendrecht heeft die praktijk zo'n tien jaar geleden al in zijn proefschrift scherp bekritiseerd.³ De tegenwoordige nadruk op vage normen maakt, zo stelde hij, van ieder motiveringsvereiste een farce. Voor niemand is meer na te rekenen op grond waarvan de rechter nu tot een oordeel komt. Bovendien,

2 De kenschets van de twee momenten van rechtsvinding als oriëntaties op 'input' dan wel 'output' van een systeem dank ik aan N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, Hfst. III. Ik zou alleen niet in termen van een systeem willen spreken maar van stijlen van redeneren en reguleren.

3 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid: Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, 1992.

als de rechter zich niet meer op regels beroept, waarom zou de burger dat dan wel nog doen? Die weet dan immers ook niet meer waar hij aan toe is!

Barendrecht heeft maar weinigen kunnen overtuigen.⁴ Dat is, denk ik, onterecht.⁵ Want ieder mens kan bedenken wat er gebeurt als de rechter ervan af ziet om de werkelijkheid onder te brengen in een juridisch regelbestand. Zo'n rechter moet zich dan uitsluitend verlaten op een onderzoek naar de specifieke omstandigheden van het geval, de gevolgen die zijn beslissing zal hebben en tenslotte moet hij zich beraden over de vraag of die gevolgen stroken met bepaalde wenselijk geachte doeleinden en waarden.

Daarmee maakt hij het zich niet makkelijk. Alleen al het onderzoek naar de omstandigheden is een moeizaam proces. Want welke omstandigheden verdienen het om onderzocht te worden? Zonder regels die aanwijzingen geven over welke omstandigheden juridisch relevant kunnen zijn, is hij wel gedwongen *alle* omstandigheden in aanmerking te nemen. Maar dat kan natuurlijk niet. Dat is voor een gewoon mens al ondoenlijk. De moderne overbelaste rechter kan het al helemaal niet. Bij de inschatting van de gevolgen van zijn beslissing doet een zelfde probleem zich voor. Zou hij regels toepassen dan hoeft hij alleen maar terug te schrikken voor het specifieke resultaat van het toepassen van de regel. Dan kan hij beslissen een uitzondering te maken. Maar als hij zonder regels opereert dan is hij gedwongen *alle* gevolgen in ogenschouw te nemen. Dat kan niet. Zeker niet als we bedenken dat er ook altijd veel onbedoelde gevolgen zijn.⁶ En tenslotte is het denk ik teveel gevraagd van de rechter om een keuze te maken uit de verschillende

4 Een proefschrift met dezelfde strekking is dat van L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem*, Zwolle, 1993. Ook Trappenburg is een tegenstander van overmatige gevolgenoriëntatie. Zij wijst op het belang van het spelkarakter van recht. Zie M. Trappenburg, 'Het recht als reservecircuit', *Drie dimensies van recht*, P.W. Brouwer et al. (red.), Den Haag, 1999, pp. 57-73. Tenslotte hoort, ondanks zijn kritiek op Barendrecht, ook Soeteman in dit rijtje thuis, getuige zijn bekende artikel 'De onwaardige deelgenoot', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, 1993.

5 Velen menen dat de afwijzing van vage normen ingegeven is door angst voor de vage grenzen van het recht. Zie bijv. A.M. Hol, 'Principe of pragmatisme? Over de veranderende argumentatiestructuur in de moderne rechtspraak', E.T. Feteris et al. (red.) *Op goede gronden: Bijdragen aan het Tweede Symposium Juridische Argumentatie 14 juni 1996 te Rotterdam*, Nijmegen, 1997, pp. 9-19. Dat kan, maar hoeft niet zo te zijn. Morele noties kunnen ook heel goed geïncorporeerd worden in scherpe normen. Bovendien is het onderscheid tussen regel- en gevolgenoriëntatie niet alleen van toepassing op de rechtspraak maar ook op wetgeving. Het loopt dus niet parallel aan het onderscheid tussen 'recht' en 'politiek'.

6 Aan de rechtssociologie is het inzicht te danken dat wetgevers vrijwel nooit de doeleinden bereiken die zij voor ogen hebben. Zie J. Griffiths, *The social working of legal rules* (nog te verschijnen). Het is dan ook onbegrijpelijk dat men van een rechter verlangt waarin de wetgever faalt.

doeleinden en waarden die in het geding zijn als die doeleinden nu juist conflicteren met elkaar zoals in een pluralistische samenleving nu eenmaal vaak het geval is.

Dit alles is nu geen pleidooi om het roer weer helemaal om te gooien en van de rechter te verlangen dat hij afziet van omstandigheden, gevolgen en doeleinden. Het is wel zaak om het enthousiasme waarmee de verschuiving van toepassingsjurisdictie naar belangenjurisdictie werd en wordt begroet enigszins te temperen. De eenzijdige oriëntatie op de maatschappelijke gevolgen van rechterlijke beslissingen is minstens even kwalijk, zo niet kwalijker dan de eenzijdige oriëntatie op het onderbrengen van feitencomplexen in een juridisch kader. Beide zijn nodig en moeten, als gezegd, met elkaar in evenwicht gebracht worden.

Maar dat is gemakkelijker gezegd dan gedaan. Want het evenwicht dat bereikt moet worden is niet alleen maar zo een beetje een balans tussen twee momenten in de besluitvorming. Het vereist de verzoening van twee fundamenteel tegengestelde bewegingen. Dat uit zich allereerst in een andere oriëntatie in de *tijd*. Want wie de nadruk legt op gevolgen, is gericht op de toekomst. Wie zich daarentegen oriënteert op regels moet naar het verleden kijken en wel in twee opzichten. Ten eerste omdat de feiten zich in het verleden hebben afgespeeld: het contract dat al dan niet werd gesloten, de onrechtmatige daad die al dan niet werd begaan. Ten tweede omdat de uitspraak moet aansluiten bij de rechtsontwikkeling die in het verleden heeft plaatsgevonden.

Maar ook in een ander opzicht verschuift de blikrichting naarmate we meer op gevolgen dan op regels letten. Regeltoepassing vereist namelijk dat men algemeniseert. Om de werkelijkheid juridisch zinvol te maken moet zij van haar eigenaardigheden worden ontdaan en moet geabstraheerd worden van de bijzondere omstandigheden van het geval. De oriëntatie op gevolgen daarentegen noopt ons tot precies het omgekeerde. Voor een adequate inschatting van de gevolgen moeten juist *zoveel mogelijke* omstandigheden in de beschouwing worden betrokken, inleving in *alle* perspectieven is geboden. Of een bepaalde beslissing het gewenste gevolg heeft of niet hangt immers van specifieke omstandigheden af. Oriëntatie op gevolgen noopt dus tot concretisering en verbijzondering, terwijl regeltoepassing abstrahering en algemenering vereist.

Al met al komt de hele kwestie misschien neer op de geschiedenis van de blinddoek, waarmee vrouwe Justitia gewoonlijk wordt afgebeeld. Die geschiedenis is niet helemaal duidelijk.⁷ Huizinga maakt er melding van dat in heksenprocessen de schuldige soms werd aangewezen door een blinde-man.⁸ De verbinding tussen blindheid en lotsbeschikking is er in ieder geval. We spreken van het blinde geluk, of het blinde noodlot. En inderdaad: het noodlot beschikt 'zonder aanzien des persoons'. Met andere woorden: het is blind voor de bijzondere eigenschappen van de persoon en de omstandigheden waarin die verkeert. Het noodlot is onpartijdig omdat het blind is.⁹ De ware onpartijdigheid verdraagt zich slecht met het empathisch vermogen dat nu van de rechter wordt verlangd.

De vraag is nu: wat willen we? Willen we een rechter die oog heeft voor de verschillende belangen, perspectieven en omstandigheden? Willen we een rechter die 'verder kijkt dan het recht', zoals laatst iemand zei? Of willen we een rechter die rechtspreekt op basis van algemene regels, die zonder aanzien des persoons handelt en blind is voor de gevolgen van zijn beslissingen?

Kijken we naar afbeelding 1, dan zien we dat Albrecht Dürer er geen misverstand over laat bestaan dat hij weinig op heeft met dat blinde recht.

7 Na het uitspreken van mijn oratie bleek mij van verschillende kanten dat er een heuse Groningse preoccupatie lijkt te bestaan met de blinddoek. Mij onbekend tijdens het schrijven maar hoogst relevant is G. Overdiep, 'Justitia, waar is uw blinddoek?', *Pro Excolendo Iure Patrio*, 1761-1961, Groningen, 1961, pp. 87-123. Zijn interpretatie van de blinddoek (als symbool voor aardse gerechtigheid) kan ik echter niet delen. Ronduit onvergeeflijk is mijn onbekendheid met het opstel dat collega D.J. Elzinga wijdde aan de blinddoek: 'Oculi Justitiae: De symbolen van Vrouwe Justitiae' in de bundel *Oculi Justitiae: Pleidooien voor een contextuele rechtsbenadering*, Deventer, 1997, pp. 1-19. Elzinga refereert niet alleen aan dezelfde afbeeldingen, maar citeert zelfs exact dezelfde passage van Kissel die ik in noot 8 had opgenomen! Wij blijken dan ook dezelfde interpretatie aan de blinddoek te verbinden, zij het dat Elzinga de open ogen refereert boven de geblinddoekte justitia.

8 J. Huizinga, *Homo ludens*, Groningen, 1985, 8e druk, p. 81. Hij maakt er melding van dat overigens ook de weegschaal als 'waagschaal' stamt uit de tijd dat recht en spel nauw met elkaar waren verbonden. In het veel uitgebreidere boek *Die Justitia* van Otto Rudolf Kissel (München, 1997), waaraan ook de afbeeldingen zijn ontleend, maakt de auteur geen melding van deze connotatie met het lot. Hij heeft dan ook geen verklaring voor het ontstaan van de gewoonte om Justitia met blinddoek af te beelden. Wel voelt hij de betekenis van de doek goed aan waar hij schrijft: "Sie macht aber die Schwierigkeit des Richtens, des der Gerechtigkeit Nachstrebens, besonders deutlich und zeigt, dass auch bei allem persönlichen Engagement des Richters die Sache nach Wahrheit (offene Augen) wie nach Gleichbehandlung aller Bürger vor dem Gesetz ohne Ansehen der Person (verbundene Augen) ständig gleichgewichtige Aufgaben sind, ja dass sie im Grunde untrennbar sind." (pp. 91-92).

9 Vergelijk ook Vilhelm Aubert, *Continuity and Development in Law and Society*, Oslo, 1989, p. 152: "The guaranteed equality of chance is what counts; and the traditional association of 'blind' lotteries with justice is close".



Afb. 1 – Houtsneede Albrecht Dürer, 1494

De blinddoek werd pas een eeuw later met veel decorum en trots verbeeld. Maar dan zijn we in de late zestiende eeuw beland en niet toevallig is dat precies de tijd dat het recht zijn autonomie opeist als zelfstandige institutie en professie. Zelf denk ik dat die blinddoek dan niet alleen maar fungeert als pleidooi voor onpartijdigheid, want de weegschaal verbeeldt immers ook het streven om strijdige belangen in balans te brengen. Veeleer wordt dan ingezien, bewust of onbewust, dat de rechtsregel zelf kan dienen als een soort blinddoek: zij filtert en schift uit en werkt als de blindkap die paarden vroeger omkregen om ervoor te zorgen dat zij niet duizelig zouden worden. Zoals onze tegenwoordige rechters dat worden. Toch blijft de blinddoek omstreden. We zien Justitia beurtelings met en zonder blinddoek afgebeeld.

De vergelijking met de blinddoek maakt des te klemmender duidelijk dat het dilemma tussen een regel-oriëntatie en een gevolgen-oriëntatie niet



Afb. 2 – Drukkersmonogram van Jost Amman voor uitgever Sigismund Feyrabend, 1564



Afb. 3 – Brandschildering in het raadhuis van Emden, Hans van Steenwinkel, 1576

eenvoudigweg kan worden opgelost door een beetje van het één en een beetje van het ander bij elkaar te voegen. Beide *tegelijktijd* doen is onmogelijk. Je kunt niet zowel naar het verleden als de toekomst kijken, zowel abstraheren en concretiseren tegelijkertijd. Het enige wat je kan doen is af en toe die blinddoek opzetten, en er ook soms weer stiekum onder vandaan kijken, als een kind dat wil winnen met het blindemanspel. Hoezeer kunstenaars geworsteld hebben met precies dit dilemma is goed te zien op afbeelding 2 en 3, waar de kunstenaars, beiden 16e eeuwers, de oplossing vonden door Justitia te voorzien van een doorzichtige blinddoek, meer een dunne voile.

Maar in de 18e eeuw worden dergelijke compromissen verworpen. Heel curieus is afbeelding 4, die precies lijkt weer te geven wat er gebeurt als je zowel naar regels als gevolgen wilt kijken.



Afb. 4 – ‘La Partialité’, 1791



Afb. 5 – ‘De moderne gerechtigheid’, 1750

Dit ongelukkige compromis tussen zien en niet zien kan natuurlijk niets anders beduiden dan de partijdigheid. En tenslotte hebben we nog de curieuze dame van afbeelding 5. Wat we moeten denken van deze Justitia die iets door de vingers schijnt te zien, weet ik niet. De plaat heeft de veelzeggende titel: ‘Moderne gerechtigheid’. Kennelijk hebben we hier te maken met een 18e eeuwse voorloper van gedogen.

De dubbelhartige manier waarop die blinddoeken worden afgebeeld doet mij vermoeden dat we hier te maken met een fundamentele ambivalentie in het recht zelf. Om die op het spoor te komen moeten we de cirkel wijder te trekken en ons niet langer alleen ‘blindstaren’ op alleen de figuur van de rechter, maar de activiteit van het *reguleren zelf* aan een onderzoek onderwerpen. Ik vermoed nu dat aan dat reguleren dezelfde twee aspecten verbonden zijn als die we in de activiteit van de rechter konden waarnemen. Iedere vorm van regulering kent zowel een regelkant als een gevolgenkant. Zoals we zagen is het moeilijk om beide kanten tegelijk evenveel aandacht te geven omdat ze naar aard tegengesteld zijn. Dus bij iedere regulering heeft men de keus of men zich sterker op regels oriënteert of vooral op de gevolgen let.

Breder gesteld kan men die twee aspecten van reguleren het beste verduidelijken met behulp van de vertrouwde terminologie van de waterhuishouding. De ene betekenis van reguleren duidt dan op het kanaliseren van

rivieren. Regulering is hier maatvoering, ordening. De andere betekenis van reguleren ligt in het dirigeren van al dat water naar een bepaalde bestemming, bijvoorbeeld naar een droog gebied ter irrigatie.¹⁰ Bij het kanaliseren is het oog gericht op de rechtsregel die men het beste kan vergelijken met de kademuur. Bij het dirigeren is de blik gericht op de toekomst en staat de eindbestemming voorop. De kademuur verschijnt dan als hooguit een geschikt middel om die bestemming te bereiken.

Om nu niet al te metaforisch te worden, lijkt het mij goed om mijn stelling dat deze twee aspecten onverbrekkelijk verbonden zijn aan elke regulerende activiteit, kort te verduidelijken aan de hand van twee voorbeelden. Het eerste betreft het aloude dilemma in het strafrecht tussen vergelding en preventie; het tweede voorbeeld betreft de verhouding tussen herstellende en verdelende rechtvaardigheid.

Als we spreken over de spanning tussen een regeloriëntatie en een gevolgoriëntatie of, zo men wil, tussen kanaliseren en dirigeren, dan komt die nergens beter tot uiting dan in de discussie aangaande de legitimiteit van strafoplegging. Is straf gerechtvaardigd als reactie op de overtreding van een norm, of is straf gerechtvaardigd voorzover zij een bepaald toekomstig doel dient? In de vraag zelf is de spanning al uitgedrukt.

Degenen die voor een preventieeler opteren, stellen dat straf alleen gerechtvaardigd is voorzover deze een aantal wenselijke gevolgen met zich meebrengt. Zij oriënteren zich op de toekomst. Teneinde die toekomstige gevolgen goed in te schatten moet recht gedaan worden aan de bijzonderheden van de delinquent zelf en de omstandigheden waaronder hij tot zijn daad kwam. Niet algemenering maar verbijzondering is de aangewezen weg om tot gerechtvaardigde strafoplegging te komen. Immers, voor de één kan een taakstraf het beste middel zijn om hem op betere gedachten te brengen; voor de ander is dat een geldboete.

Degenen daarentegen die het accent leggen op wat ik de regeloriëntatie heb genoemd, zullen in de vergelding de belangrijkste rechtvaardigingsgrond zien voor straf. Collega Knigge bijvoorbeeld stelde in zijn oratie destijds dat straffen per definitie reactief van aard is. Straffen *is* vergelden.¹¹ Waarom? Omdat de norm bestaat bij de gratie van straf. In mijn waterhuishoudingstermen gesproken: regulering wordt hier als kanalisering opgevat en kan eenvoudigweg niet bestaan zonder zo'n kademuur. Geheel in lijn met wat ik zonet al opmerkte over regeloriëntaties, is de vergeldingsleer gericht op het verleden: straf dient ter vereffening van de normovertreding. En tenslotte oriënteert zo'n vergeldingsleer zich op het algemene. Knigge merkt op dat het gelijkheidsbeginsel van het grootste belang is. Dezelfde feiten moeten

10 Het onderscheid tussen recht als *regula* en *mensura* is al terug te vinden bij Thomas van Aquino, *Summa Theologiae* I,II,90,1. Ik heb het nader geanalyseerd op p. 29 van mijn boek *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Leiden, 1997.

11 G. Knigge, *Het irrationele van de straf*, oratie RUG, Arnhem 1988, p. 8.

op dezelfde manier bestraft worden. Geabstraheerd dient dus te worden van het feit dat het bijvoorbeeld de welopgevoede jongeling ernstiger kan worden aangerekend dat hij iemand doodslaat dan het verwaarloosde kind uit een tehuis.

Men moet nu niet menen dat in de regelgeoriënteerde vergeldingsleer geen plaats zou zijn voor doelmatigheid. Knigge wijst er mijns inziens terecht op, dat vergelding functioneel is. Maar die functionaliteit, en ik kan dat niet genoeg benadrukken, ligt niet in de bijdrage die zo'n straf levert aan een gekozen eindbestemming. De functie van straf is binnen het vergeldingsperspectief alleen gelegen in de herbevestiging van de norm. Metaforisch gesproken: *de functie ligt geheel en al in het verstevigen van die kademuren, niet in het bereiken van dat irrigatiegebied.*

Ik vlei me met de gedachte dat veel verwarring in de discussie over preventie versus vergelding voorkomen zou kunnen worden als men dit onderscheid tussen functie en doel voor ogen zou houden. Het begrip functie verwijst naar iets wat inherent is aan het ding. Zoals het de functie is van een winterjas om me buiten warm te houden, is het de functie van de norm om te kanaliseren. De term 'doel' daarentegen verwijst naar een eindbestemming die variabel is, die men heeft *gekozen* en die wellicht ook door andere middelen te realiseren zou zijn. Dezelfde winterjas kan als deken worden gebruikt, of als kussentje voor in de poezenmand, maar die bestemmingen zijn niet verbonden aan de winterjas zelf. Zo kan een preventieeler ervan uit gaan dat het doel van straf ligt in verbetering van de delinquent of in maatschappijverandering of in afschrikking, vul maar in. Het verband tussen middel en doel is hier losser en de keuzevrijheid groter dan bij het functiebegrip waar de vergeldingsleer op berust. Daarom biedt de preventieeler ruimte voor een grotere rol van de overheid: de overheid stelt dan die variabele eindbestemmingen vast; het strafrecht wordt ingezet als één van de mogelijke beleidsinstrumenten.

Wellicht ligt het aan deze voortdurende drang tot instrumentalisering dat strafrechtgeleerden gevoeliger lijken te zijn voor de twee gestalten van regulering dan hun collega's uit andere rechtsgebieden, waar dezelfde tendens tot instrumentalisering een mildere gedaante aanneemt. Zo meent 't Hart¹² dat het strafrecht een medaille is met twee kanten en diezelfde medaille zien we ook weer opduiken bij collega De Jong.¹³ (U ziet, ik put rijkelijk uit het werk van collega's, al was het alleen maar om de geachte aanwezig van het College van Bestuur te laten zien dat we, ondanks de hoge onderwijslast, in onze faculteit heel wat in huis hebben.) Interessant is dat De Jong opmerkt dat de straf "twee gezichten heeft, één naar het verleden

12 A.C. 't Hart, 'Instrumentalisme en strafrechtelijk beleid', *Rechtsstaat en Sturing*, M.A.P. Bovens, et al. (red.), Zwolle, 1987, pp. 37-75.

13 D.H. de Jong, 'De waarde van een adequaat hedendaags strafbegrip', in: *Delikt en Delinkwent*, 1991, p. 447.

gericht en één naar de toekomst gericht”.¹⁴ Zo is het precies, zij het dat ik zou zeggen dat niet alleen de straf die twee gezichten heeft, maar iedere vorm van regulering. Het beeld van de Januskop dringt zich hier aan ons op, en ik was dan ook verrukt daar een afbeelding van aan te treffen.¹⁵



Afb. 6 – Bookillustratie uit: Jodocus Damhouder, *Praxis rerum Civilium*, Antwerpen, 1596

Wij kunnen het niet op de afbeelding zien, maar ik denk dat het hoofd met de open ogen de toekomst inkijkt, en dat met de blinddoek gericht is naar het verleden.

14 De Jong wijst er in dit verband op, dat in het gewone spraakgebruik de retributieve functie ('we gaan hem zijn verdiende loon geven') samengaat met de preventieve ('ja, die krijgt een lesje van ons'), *ibid.* p.447. Het is frappant te zien dat Fuller exact hetzelfde opmerkt, maar er een heel andere gevoelswaarde aan verbindt, waar hij stelt dat de uitroep 'That'll teach you!' eufemistisch is, want 'often accompanies acts of sheer retaliation', L. Fuller, *The Anatomy of the Law*, Middlesex, 1968, p. 51.

15 Maar ook genoemd door Elzinga, *op.cit.*, p. 13.

De oriëntatie op gevolgen is in het strafrecht dus nooit helemaal ten koste gegaan van een regeloriëntatie. Overmatige gevolgenoriëntatie leidt hier zelfs tot irritatie en verzet. Dat komt natuurlijk omdat een instrumentalisering van dit rechtsgebied zo gevaarlijk kan zijn. Waar een gevolgenoriëntatie in het vennootschapsrecht alleen maar vriendelijke kanten schijnt te hebben, dreigt in het strafrecht bij een ongebreideld instrumentalisme altijd de staatsterreur. Waar in andere rechtsgebieden regeltoepassing rigide, formeel en onbarmhartig kan verschijnen, daar krijgt diezelfde regeltoepassing in het strafrecht de bijbetekenis van waarborg en bescherming.¹⁶

Er ligt in het strafrecht dus duidelijk een verband tussen enerzijds gevolgenoriëntatie en anderzijds een interveniërende overheid. Om die rol van de overheid voor de stijl van juridisch redeneren precieser in het vizier te krijgen is het goed de cirkel nog iets wijder te trekken en nader in te gaan op het tweede voorbeeld dat ik vandaag wil noemen. Dat voorbeeld heeft niet alleen betrekking op één bepaald rechtsgebied maar omvat het hele recht en betreft de spanning tussen zogenaamde herstellende en verdelende rechtvaardigheid.

Die spanning tussen herstellende en verdelende rechtvaardigheid is niet nieuw.¹⁷ Het onderscheid wordt al door Aristoteles gemaakt en uitvoerig behandeld. We kunnen die herstellende en verdelende rechtvaardigheid het beste begrijpen als het resultaat van twee manieren of modellen om menselijke relaties te ordenen. Als je die relaties beschouwt volgens het model van de herstellende rechtvaardigheid dan zie je twee formeel gelijke partijen die met elkaar in een bepaalde wederkerigheidsrelatie staan. De plichten van de één correleren daar met de rechten van een ander. Het contract is natuurlijk exemplarisch voor zo'n relatie. De plicht tot levering van de één impliceert het recht van de ander om die levering te ontvangen, en in geval van niet-nakoming genoegdoening te eisen. Degene die de ander benadeelt moet hem de schade vergoeden. Herstellende rechtvaardigheid betekent dat er een evenwicht heerst tussen rechten en plichten van beide partijen. Zodra

16 Daar komt nog bij dat die door de politiek gekozen eindbestemmingen tegenwoordig wel erg onderhevig zijn aan de waan van de dag. De gebieden die geïrrigeerd moeten worden veranderen voortdurend, (bolletjesslikkers, beursfraude) waardoor het gevaar dreigt dat de kademuren onvoldoende onderhouden worden. Zo merkte Stolwijk dertien jaar geleden al op dat het 'verlangen naar doelmatigheid het apparaat onklaar maakt'. Zie S.A.M. Stolwijk, 'Rechtvaardigheid en doelmatigheid in het strafrecht', *Recht, rechtvaardigheid en doelmatigheid*, C. Maris et al. (red.), Gouda, 1990.

17 Er is een enorme hoeveelheid literatuur over dit onderscheid. Ik noem twee uitersten. Onder degenen die menen dat het model van de herstellende rechtvaardigheid paradigmatisch voor alle recht zou moeten zijn is wellicht de bekendste E.J. Weinrib, *The idea of private law*, Cambridge Massachusetts, 1995. Iemand die de toenemende verwevenheid van herstellende en verdelende rechtvaardigheid benadrukt is Jules L. Coleman, 'Tort liability and the limits of corrective justice', *Harm's way, Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge, 1994, pp. 139-159.

dit evenwicht zoek is, heeft de gelaedeerde het recht om de rechter te vragen dit evenwicht te herstellen.¹⁸

Gaat het bij herstellende rechtvaardigheid om het evenwicht tussen *bestaande* rechten en plichten, lusten en lasten, bij de verdelende rechtvaardigheid gaat het, het woord zegt het al, om een *verdeling* daarvan. De verhouding tussen partijen is niet de verhouding tussen twee gelijke partijen maar tussen aan de ene kant een partij die de bevoegdheid of macht heeft om te *verdelen* en aan de andere kant een aantal -ondergeschikte- partijen die toebedeeld *krijgen*. Het model van verdelende rechtvaardigheid is bijvoorbeeld van toepassing op de vader die zijn erfenis over zijn kinderen verdeelt. Of de staat die onder zijn burgers verdeelt. Gelijkheid bestaat niet uit de formele gelijkheid van twee partijen maar uit de materiële gelijkheid die wordt nagestreefd in de verdeling onder de ondergeschikten.

Waar het mij nu om te doen is, is het verband tussen enerzijds deze twee modellen voor relaties en anderzijds de twee aspecten van regulering die ik zonet onderscheidde. Want hoe moet herstellende rechtvaardigheid worden bereikt? In eerste instantie door naar het *verleden* te kijken. Net als bij de strafrechtelijke vergelding gaat het om het herstellen van een evenwicht dat bestond vóór de onrechtmatige daad was gepleegd. Ten tweede gaat het hier om een relatie waarin het recht van de een de plicht van de ander impliceert. Dat kan alleen als we ervan uit gaan dat die twee partijen in formeel opzicht – als rechtssubjecten – gelijk aan elkaar zijn. En dat vereist op zijn beurt weer dat we abstraheren van bijzonderheden. Voor herstellende rechtvaardigheid is het niet van belang hoe die partijen er verder aan toe zijn, wat hun bijzondere noden zijn en welke de specifieke omstandigheden zijn waarin zij verkeren. Kortom: als we dit soort rechtvaardigheid beogen dan moeten we de blinddoek ombinden en het gewicht leggen op regeltoepassing. Dat betekent niet dat we gevolgen helemaal niet kunnen laten meewegen, maar dat het *accent* in eerste instantie ligt op regeltoepassing die abstraheert en op het verleden is georiënteerd.

U begrijpt het al: dat alles is voor de verdelende rechtvaardigheid helemaal niet nodig. Degene die verdeelt onder de ondergeschikten moet allereerst een criterium hebben volgens welke hij aan het verdelen slaat. Om dat criterium te ontwerpen moet hij zich wel gaan bezighouden met de vraag waartoe hij verdeelt; wat het *oogmerk* is van verdeling. Zoals elke vakgroepvoorzitter weet, die zich voor de onaangename taak gesteld ziet om student-assistenteenheden te verdelen, (ik noem maar een voorbeeld) zijn er vele criteria voor zo'n verdeling. Wie gaat het meeste gebukt onder onderwijslast? Wie heeft de meeste bestuurslast? En ga zo maar door. Daartussen kiezen impliceert tegelijkertijd een inschatting van de gevolgen van de verdeling en

18 Ik put uit de mooie beschrijving van Anita Poort die momenteel over dit onderwerp een scriptie schrijft.

een afweging van de vraag welke doeleinden door die gevolgen wel en welke daardoor niet worden gediend.

Ten tweede is voor zo'n verdeling noodzakelijk dat men zich inleeft in de bijzonderheden van degenen waaronder verdeeld wordt. Voor een rechtvaardige verdeling kunnen we niet van formele gelijkheid uitgaan. Piet vindt dat hij echt harder gewerkt heeft, Jan vindt dat hij het gezien de ziekte van collega Marie echt harder nodig heeft. Men moet zich inleven in bijzonderheden en omstandigheden. Kortom, bij verdelende rechtvaardigheid moet de blinddoek af.

Nu zou men kunnen menen dat de verschillende modellen van rechtvaardigheid ook op verschillende rechtsgebieden van toepassing zijn. Bijvoorbeeld dat op het terrein van het verbintenissenrecht, het terrein voor herstellende rechtvaardigheid bij uitstek, vooral de blinddoek op moet en dat bij het sociale zekerheidsrecht de blinddoek af moet. Maar dat is een te eenvoudige voorstelling van zaken. Ook op terreinen die traditioneel volgens het model van de herstellende rechtvaardigheid worden gereguleerd is de overheid ten tonele verschenen, niet alleen als een derde maar ook als bovenschikte partij. Daardoor zijn ook op deze rechtsgebieden relaties in toenemende mate geordend volgens het model van verdelende rechtvaardigheid.

Tal van wettelijke regelingen van de overheid zijn er bijvoorbeeld op gericht de zwakkere partij te beschermen, waardoor de wederkerigheid op grond van formele gelijkheid vrijwel niet meer in zuivere vorm is waar te nemen. De verschuiving van schuldaansprakelijkheid naar risicoaansprakelijkheid is een goed voorbeeld van zo'n verschuiving van herstellende naar verdelende rechtvaardigheid. De maatschappelijke achtergronden van die verschuiving zijn door mijn sectiegenoot Schwitters voldoende belicht.¹⁹ Die hoef ik hier niet uitgebreid uit de doeken te doen. Het gaat mij er hier vooral om te benadrukken dat de toename aan overheidsregulering direct voelbaar wordt in de toenemende gevolgenoriëntatie in de rechtspleging. Net als in het strafrecht lijkt de verschuiving naar gevolgenoriëntatie gelijk op te gaan met toenemende overheidsregulering en dan versta ik reguleren natuurlijk niet alleen als kanaliseren maar vooral als dirigeren.

Op zichzelf is dit geen opzienbarende conclusie. Verschillende rechtstheoretici²⁰ hebben gewezen op het verband tussen enerzijds een sterke overheid en anderzijds een gevolgen-georiënteerde stijl van juridisch redeneren. Maar meestal zijn de geluiden daarbij optimistisch: flexibel recht en een

19 Zie zijn proefschrift: *De risico's van de arbeid: het ontstaan van de Ongevallenwet 1901 in sociologisch perspectief*, Groningen, 1991. Voor een korte beschouwing: Rob Schwitters, 'Riskante aansprakelijkheid', in: *Recht & Kritiek*, 17 (1991), pp. 5-40.

20 Zie J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Frankfurt am Main, 1990; en G. Teubner (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin, 1986.

sociale rechtstaat worden immers beide als wenselijk en loffelijk gezien.²¹ Om de keerzijde van het verhaal te horen moet men dan ook terug naar vooroorlogse rechtsstheoretici van de Weimarrepubliek zoals Franz Neumann. Ook in zijn tijd maakte het recht een fase door waarin het accent lag op gevolgen. Hij constateert dan ook een vloed aan beginselen en Generalklauseln. In een artikel dat hij notabene in 1937 schreef, waarschuwde hij ervoor dat deze tendens afbreuk doet aan het algemene karakter van de wet, hetgeen volgens hem leidt tot willekeur, instrumentalisering en perversering van het recht. Hij heeft destijds gelijk gekregen, weten wij nu.²² Neumann lezen is huiveren. De tendenzen die hij bespeurt en bekritiseert lijken zoveel op de situatie waarin wij nu verkeren, dat je het liefst direct zou emigreren; alleen weten *wij* niet meer waarheen.

Toch is er één opzicht waarin de vergelijking mank gaat en dat is precies het punt waarin ik van mening ben veranderd ten opzichte van negen maanden geleden toen ik mijn Amsterdamse oratie hield. Ik meende toen, met Neumann, dat de opkomst van regelgeving waarin een specifiek geïntendeerd resultaat voorop staat, de autonomie van het recht ondergraaft. Maar dat spreken over autonoom recht alsof het hier een bastion betreft waar de golven van de politiek steeds op beuken net zolang tot de funderingen van dat bastion het begeven, dat is beeldspraak die misleidend is en die niet is toegesneden op de situatie waarin we ons nu bevinden.

Het is waar, als we de blik richten op instanties die van oudsher een regulerende taak hebben, rechtspraak en wetgeving, dan zien we informalisering. Dan zien we die toenemende oriëntatie op vage normen en gevolgen waar ik u nu al de hele tijd mee lastig val. Als we daarnaar kijken dan kunnen we een vermaatschappelijking van het recht²³ waarnemen en dan zouden we geneigd kunnen zijn om te zeggen dat daarmee het eigene van het recht wordt ondergraven.

Maar tegelijkertijd zien we dat ook heel veel andere instanties zich bezig zijn gaan houden met regulering. Zij zijn voortdurend bezig met ofwel het reguleren van anderen ofwel het reguleren van zichzelf. De Amerikaanse

21 Uitzondering is David M. Trubek, 'Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development', *The Yale Law Journal*, Vol. 82, No 1, Nov. 1972, pp. 1-50. Hij wijst wel op het gevaar dat doelgeoriënteerd redeneren de autonomie van het recht ondermijnt, maar hij meent dat dat gevaar niet zo groot is in een politiek-pluralistische staat. Die geruststellende gedachte kan ik niet delen, omdat juist in een pluralistische staat overeenstemming over doeleinden moeilijk bereikbaar is.

22 Zie Franz Neumann, 'The Change in the Function of Law in Modern Society', *The Rule of Law under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, William E. Scheuerman (ed.), Berkeley, 1996, pp. 101-141.

23 Formalisering' en 'informalisering' zijn m.i. geschiktere begrippen dan 'juridisering' en 'vermaatschappelijking' omdat ze niet bij voorbaat uitgaan van een boedelscheiding tussen 'recht' en 'maatschappij'. Ik gebruik deze laatste termen evenwel om enigszins aan te sluiten bij bestaande discussies.

rechtssocioloog Galanter²⁴ heeft erop gewezen dat zij dat in toenemende mate doen op een manier die erg recht-achtig is. De ABN-AMRO heeft niet alleen een uitgebreide code opgesteld van gedragsregels waar de eigen werknemers zich aan moeten houden, maar er zijn hele compliance-afdelingen opgericht, waar mensen werken die weer controleren of die regels worden nageleefd. Als de V&D iemand ontslaat, kan men tegen dat ontslag in beroep gaan bij de beroep- en bezwaarcommissie van V&D zelf. Als we alleen al naar onze eigen academische omgeving kijken, dan zien we hoe ons dagelijks leven wordt beheerst door visitatiecommissies en zelfstudierapporten waarvoor stuk voor stuk weer procedures en protocollen zijn vastgesteld. Een paar jaar geleden werd door collega De Ridder een congres georganiseerd over toezichtregimes en daar sprak een gevangenisdirecteur over het feit dat hij aan maar liefst negen toezichthouders verantwoording moest afleggen. Negen. Het was hem een dagtaak. Als je daar allemaal naar kijkt dan is er helemaal geen sprake van informalisering. Integendeel. Dan is mijn pleidooi voor formalisering net zo onzinnig als de zomer bepleiten als het lente is.

Dus de vermaatschappelijking van het recht gaat gelijk op met een juridisering van de maatschappij die nog nooit eerder op deze schaal heeft plaatsgehad. Verlies aan autonomie is een wederzijds proces. Niet alleen de autonomie van het recht gaat verloren, maar ook de autonomie van andere maatschappelijke organisaties. Ook aan de autonomie van de politiek is een eind gekomen en dan denk ik niet alleen aan Europa maar ook aan het feit dat veel van die moderne toezichtregimes georganiseerde pogingen zijn van de overheid om zichzelf te reguleren.

De beeldspraak van het bastion dat ondergraven wordt door de zee moet dan worden bijgesteld door erbij te zeggen dat de zee zelf zo ongeveer geplaveid is geraakt met de bakstenen uit dat voormalige bastion. Ik geef toe, het is een wat gezochte en vooral lelijke beeldspraak, maar ik kom maar niet van die watermetaforen af.

Die wederzijdse doordringing van recht en maatschappij en de opkomst van talloze instanties die zich allemaal op hun eigen manier met regulering bezighouden, maakt dat ik denk dat we op een keerpunt staan. In het afgelopen uur heb ik u een beeld geschetst van een maatschappij die probeert haar handelingen te coördineren met behulp van het stellen van doeleinden. Ik heb geprobeerd te laten zien dat de toenemende interventie van de overheid zich weerspiegelt in een juridische redeneerstijl waarin beginselen, vage normen en maatschappelijke gevolgen voorop staan.

Ik heb de indruk dat aan die beweging nu een einde gekomen is. De opkomst van de vele regulerende en zelfregulerende publieke, semi-publieke, private en semi-private organisaties duidt erop dat 'de' overheid als die al

24 Marc Galanter, 'Law Abounding: Legalisation Around the North Atlantic', *The Modern Law Review*, 1992, Vol. 55, No. 1, pp. 1-24.

ooit bestaan heeft, in toenemende mate fragmentariseert. Door overbelasting en een enorme hoeveelheid taken is het kennelijk niet meer mogelijk een omvattend perspectief te ontwikkelen. Maar als zo'n perspectief onmogelijk is geworden, is het stellen van doeleinden ook niet langer een geschikte strategie om de boel bij elkaar te houden.

Wij kunnen natuurlijk de formalisering van het maatschappelijk leven betreuren. De vele regels en protocollen waar men dagelijks mee te maken krijgt, maken het leven niet overzichtelijker. Maar kennelijk duidt die formalisering ook op een gebrek aan consensus over nastrevenswaardige doeleinden die door iedereen onderschreven worden. Waar de vanzelfsprekendheid verdwijnt, komt de regel op. Dat hoeft niet als een probleem te worden ervaren; we kunnen het ook zien als een groot goed. Het bestaan van al die regulerende instanties wijst erop dat we – gelukkig – nog ver verwijderd zijn van de toekomst waarvoor we vrezen als we Neumann lezen. Toen had de centrale overheid vrij spel om maatregelen en beschikkingen uit te vaardigen; nu zit die overheid als een optelsom van organen gevangen in een web van regels die zij deels over zichzelf heeft afgeroepen.

Wat is de taak van de juridisch geschoolde professional in zo'n samenstel van regulerende instanties? Waarin ligt de meerwaarde van een juridische opleiding? Ik zou zeggen dat die ligt in het omgaan met geformaliseerde regelsystemen. Staat u mij toe dat ik daar nog even nader op in ga.

Wij danken aan de rechtsfilosoof H.L.A.Hart het inzicht dat recht zich onderscheidt van andere regelsystemen, zoals bijvoorbeeld etiketteregels of religieuze regels, doordat het niet alleen regels bevat die betrekking hebben op gedragingen, maar dat het ook regels bevat die de toepassing en de reikwijdte van die regels regelen. Naast de primaire regels die iets zeggen over wat we moeten doen of nalaten, bevat het recht ook secundaire regels die ons vertellen hoe we regels als zodanig kunnen herkennen, hoe ze veranderd mogen worden en op welke manier en door wie zij mogen worden toegepast. Kortom: recht bestaat niet alleen uit regels maar ook uit regels over regels.

Als we met Harts blik kijken naar de vele regels die door die zelfregulerende instanties worden ontworpen, dan zien we inderdaad een grote hoeveelheid van die primaire regels, maar we zien maar weinig secundaire regels. Collega Griffiths²⁵ heeft opgemerkt dat in de medische sector, die van oudsher sterk zelfregulerend is, wel enkele secundaire regels bestaan, met name regels die bepalen onder welke omstandigheden de eigen regels dan wel de juridische regels gelden. Daarentegen bestaan de gedragscodes van veel bedrijven bijvoorbeeld uit niet veel meer dan een catalogus van do's en don'ts. Die regels en regeltjes ontberen samenhang; zij zijn inderdaad als die bakstenen die los van elkaar op zee drijven.

25 *Op.cit.*

Het voordeel van juristen lijkt mij nu dat zij expertise hebben over hoe metaregels kunnen worden ontworpen waarmee een heleboel van die loshangende regeltjes tot een zinvol geheel kunnen worden gesmeed en hoe je procedures kan ontwerpen die een grotere mate van coördinatie bewerkstelligen dan al die eilandjes met hun eigen regelsysteempjes voor zich dat kunnen doen.²⁶

Bij die coördinatie is het denk ik van groot belang dat al die codes, protocollen en procedures die ons leven zijn gaan beheersen, getoetst worden op de criteria waaraan regelgeving in een democratische rechtsstaat moet voldoen. Die eisen worden nu wel gesteld aan de wetgever, maar niet aan al die andere regulerende instanties. Zo kan het gebeuren dat een wet waarin een arts of werkgever opgeroepen wordt om te handelen in overeenstemming met wat redelijkerwijs van hem verwacht mag worden, of noem maar een andere vage zorgplichtbepaling, wél democratisch gelegitimeerd is, maar dat al die talloze regels die invullen wat dan die verwachtingen zijn, zich aan zo'n democratische controle onttrekken. Dat lijkt mij een onwenselijke zaak.

Het ontwerpen van metaregels is dus de eerste belangrijke bijdrage van de moderne jurist. Maar er is meer. Als we weer voor ogen proberen te krijgen waar ik op doelde met regeloriëntatie, dan zagen we dat die oriëntatie nauw verbonden was met het model van de herstellende rechtvaardigheid tussen formeel gelijke partners. Herwaardering van dit model lijkt me van het grootste belang wil ordening niet voortdurend afhankelijk zijn van het ingrijpen van een machtige overheid. Maar hoe kan dat worden bereikt? Ik heb net laten zien dat het model van herstellende rechtvaardigheid het heeft moeten afleggen tegen het model van verdelende rechtvaardigheid.

Maar ook hier lijkt de wal het schip te keren. In de relaties met burgers treedt de overheid niet meer uitsluitend op als de dirigistische verdelers. Omdat de overheid in kleinere eenheden is opgedeeld, is het ook mogelijk geworden dat die instanties op voet van formele gelijkheid in contact treden met andere organisaties. Dat komt tot uiting bijvoorbeeld in de uitzonderlijke rechtsfiguur van het convenant. Collega's Lambers en Herweijer weten er natuurlijk veel meer van dan ik, maar ik ben geneigd om in het convenant waarin de overheid en maatschappelijke organisaties als formeel gelijke partners in een wederkerige relatie tot elkaar staan en tot een vergelijk komen, een eigentijdse vorm te zien van herstellende rechtvaardigheid.²⁷

Kort samengevat denk ik dat de rol van de jurist weer meer dan de afgelopen decennia gekenschetst zou moeten worden met de termen vereffening,

26 Dit idee is geïnspireerd op Teubner's idee van reflexief recht, zij het dat ik denk dat zijn nadruk op (deel)systemen een grotere mate van integratie veronderstelt dan aannemelijk is. Zie G. Teubner, 'Substantive and reflexive elements in modern law', *Law and Society Review*, 1983, Vol. 17, No. 2, pp. 239-285.

27 Strict gesproken wordt hier natuurlijk niets 'hersteld'. Het begrip 'herstellende rechtvaardigheid' wordt hier, zoals gezegd, alleen gebruikt als aanduiding voor een ordeningsmodel.

evenwicht, maatvoering, kanalisering en ordening. Voor het rechtsfilosofische onderzoek betekent dit dat het accent niet langer zozeer moet komen te liggen op de funderende waarden, beginselen en doeleinden van het recht. Het gaat juist om de veel belangrijker vraag hoe de grote hoeveelheid reeds geformuleerde en vaak conflicterende waarden en doeleinden te coördineren valt binnen het kader van de democratische rechtsstaat. Met die vraag wil ik me de komende jaren bezighouden.

Dan wil ik nu eindigen met enige woorden van dank. Allereerst wil ik bedanken mijn promotor Ernst Kossmann voor alle stimulansen, belangstelling en hartelijkheid die ik van hem, en van zijn vrouw, mocht ontvangen. Hij is mij een voorbeeld, niet alleen in intellectueel opzicht maar vooral ook wat betreft zijn persoonlijke levenshouding en professionele attitude. Damiaan Meuwissen dank ik voor de elegante wijze waarop hij de honneurs als interne promotor heeft waargenomen en de tolerantie waarmee hij mijn wel zeer afwijkende visies heeft bejegend.

Ik ben bijzonder veel dank verschuldigd aan de rechtenfaculteit die mij in haar schoot heeft opgenomen sinds mijn afstuderen als filosoof. Dat klinkt hoogdravend, maar de woorden zijn opzettelijk zo gekozen want ik heb het gevoel hier kind aan huis te zijn. Dat gevoel is sterker geworden naarmate ik me meer op het recht zelf ben gaan oriënteren. Ik denk met veel plezier terug aan de jaren na mijn promotie toen ik verbonden was aan het CRBS, toen nog onder de vindingrijke leiding van Douwe Jan Elzinga. Ik dank de leden van het CRBS en ook de velen daarbuiten, verspreid over een groot aantal vakgroepen, dat zij mij altijd geduldig hebben aangehoord en dat ze me wegwijs hebben willen maken in de wondere wereld van het recht.

Ik wil ook danken voor de persoonlijke warmte die ik al die jaren mocht ontvangen. Ik heb de afgelopen jaren ervaren dat het aan onze faculteit geen noemenswaardig verschil maakt of je nu aio bent, ud of hoogleraar. Dat is heel bijzonder. De faculteit heeft niet alleen een open en liberale cultuur, maar herbergt velen die hart voor hun werk hebben. Ik denk aan Jenneke Bosch, Marinus Klomp, de mensen van DOS en van de juridische bibliotheek, de vorige decaan Vino Timmerman van wie ik veel steun gehad heb en de huidige decaan Dirk Herman de Jong, die ik speciaal wil bedanken voor het mooie praatje dat hij zonet hield.

De vakgroep Rechtstheorie bestaat uit een groot aantal mensen. Hen wil ik niet alleen danken voor de jarenlange gezelligheid maar ook voor de welwillendheid waarmee ze mij tegemoet traden toen ik vakgroepvoorzitter werd. Ze zullen het mij hoop ik niet kwalijk nemen dat ik hen niet allemaal persoonlijk noem en me beperk tot het bedanken van de mensen uit de sectie rechtsfilosofie, waartoe sinds kort is toegetreden Rob Schwitters, die me altijd te hulp schiet met precies die ene opmerking of dat ene boek wat ik echt nodig blijkt te hebben. Met Anne Ruth Mackor werk ik inmiddels

jarenlang met veel plezier samen en nog altijd sta ik verbaasd over haar grote scherpzinnigheid en vooral over haar volstrekte onbaatzuchtigheid.

Meestal worden de studenten zo'n beetje obligaaf met een verzamelterm aangeduid en bedankt: 'de' studenten. Toen ik mijn oratie afhad realiseerde ik mij dat ik ze daarmee onrecht zou doen. Het thema van de vage normen was het onderwerp van de scriptie van Femke Bakker die binnenkort afstudeert, het dilemma tussen vergelding en preventieer is het onderwerp van de scriptie van Vincent Geeraets die sinds kort aio is bij onze sectie. De spanning tussen herstellende en verdelende rechtvaardigheid staat centraal in de scriptie van Anita Poort die binnenkort bij ons afstudeert en zelfregulering is het lievelingsthema van Jellienke Stamhuis, ook als aio aan onze sectie verbonden. Wie nu denkt dat ik die arme mensen die thema's heb opgedrongen, heeft het mis. Het is veeleer zo dat ik het daarover heb omdat zij daar zulke mooie scripties over hebben geschreven. Ik kan ze niet genoeg bedanken voor de stimulerende gesprekken, waarbij nooit duidelijk is wie nu wie begeleidt.

Tenslotte zou ik mijn moeder willen bedanken, maar toen ik daar voorzichtig over begon, zei ze onmiddellijk hartgrondig: 'hè bah!' Ik doe het zwijgen er dus maar toe en misschien is dat ook wel de meest passende manier om te denken aan alles wat ik aan haar en aan mijn overleden vader te danken heb. Over Paul en mijn twee zoontjes Floris en Caspar hoef ik tenslotte niet veel te zeggen. Iedereen die mij een beetje kent, en dat zijn vrijwel allen die hier aanwezig zijn, weet dat ik een heel gelukkig mens ben.

Ik heb gezegd.

Hoe doelgeoriënteerde klimaatregels het bereiken van de klimaatdoelen in de weg staan

*Derk Bonthuis**

Inleiding

Op 9 april 2024 oordeelde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) dat een groep van Zwitserse gepensioneerden, verenigd onder de naam KlimaSeniorinnen, hun recht op 'respect voor het privé- en gezinsleven' geschonden zagen doordat de Zwitserse overheid hen niet voldoende beschermde tegen de gevolgen van hittegolven veroorzaakt door klimaatverandering.¹ Het was voor het eerst dat het EHRM een uitspraak deed in een klimaatzaak, maar nationale rechtbanken gingen het EHRM al voor. In 2015 begon actiegroep Urgenda een rechtszaak tegen de Nederlandse staat om de staat te verplichten de nationale reductiedoelstelling van broeikasgasemissies te verhogen. In navolging van de Urgenda-zaak worden er inmiddels over de hele wereld klimaatrechtszaken gevoerd.² Het succes bij de rechter leidt vanzelfsprekend tot meer klimaatrechtszaken, maar naast het enthousiasme klinkt er ook kritiek. Veelgehoord is het verwijt dat de rechter 'op de stoel van de politiek' zou gaan zitten³ en dat klimaatzaken de verhouding tussen politiek en rechtspraak op scherp zetten. De procederende

* Derk Bonthuis werkt bij het Ministerie van Financiën op het gebied van Europese samenwerking. Daarvoor werkte hij onder meer bij de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland en het Ministerie van Economische Zaken. In 2006 is Derk in de rechtsfilosofie afgestudeerd bij Pauline Westerman, tegelijkertijd met het behalen van een doctoraal politieke geschiedenis aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 EHRM 9 april 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020 (Verein KlimaSeniorinnen Schweiz en anderen/Zwitserland).

2 'The pensioners and babies behind a new era of climate lawsuits', *Financial Times*, 12 april 2024.

3 Toenmalig minister van Economische Zaken en Klimaat Eric Wiebes geciteerd in: www.trouw.nl/nieuws/kabinet-gaat-in-cassatie-tegen-urgenda-uitspraak-bedc430c/.

actiegroepen zouden het algemene belang niet vertegenwoordigen⁴ en de rechter zou zich niet moeten mengen in deze maatschappelijk gevoelige kwesties.⁵

Aldus richt de kritiek zich op de ‘politieke’ positie van de rechter. Toch is de kwestie meer dan louter een conflict over de scheiding der machten. De maatschappelijke ophef over wie het ‘algemeen belang’ mag vertegenwoordigen, wijst erop dat de vraag voorligt of het *rechtvaardig* is dat actiegroepen via de rechter hun zin krijgen en het recht *als instrument* voor hun eigen doeleinden gebruiken. Het is de vraag wat dergelijk instrumenteel gebruik van het recht betekent voor de autonomie van het recht: dat het recht een intrinsieke waarde heeft, los van de bedoelingen waarmee het wordt toegepast. Het is de intrinsieke waarde waardoor recht in de samenleving herkenbaar is als *recht* in plaats van slechts regels. Op deze vragen is Pauline Westerman ingegaan in haar dubbel-oratie ter aanvaarding van het hoogleraarschap rechtstheorie aan de Vrije Universiteit en het hoogleraarschap rechtsfilosofie aan de Rijksuniversiteit Groningen.⁶ Aan de hand van Westermans argumenten voor de intrinsieke waarde van ‘onbedoelde’ regelgeving⁷ kan worden betoogd dat er wel degelijk grond is voor kritiek op de klimaatzaken. Anders dan de gangbare kritiek betreft de kritiek echter niet de rol van de rechter, maar de vorm van de klimaatregelgeving waarop de klimaatzaken zijn gebaseerd.

All ends and no means⁸

Zoals gezegd richt de discussie over klimaatzaken zich meestal op de scheiding tussen recht en politiek. De één vindt dat de rechter zich mengt in politieke kwesties, terwijl de ander meent dat de rechter een op de wet gebaseerde aansporing aan de politiek geeft. Dennis van Berkel, als jurist bij de Urgenda-stichting de drijvende kracht achter het Urgenda-arrest, stelt zich op dat laatste standpunt: ‘De enige reden voor deze klimaatrechtszaken is het feit dat de politici hun werk niet doen. Rechters moeten ingrijpen om tegen politici te zeggen: “dit is wat je hebt beloofd, dit is je werk en nu moet

4 In het hoofdlijnenakkoord van mei 2024 tussen de fracties van PVV, VVD, NSC en BBB staat dat onderzocht zal worden of en hoe op grond van artikel 3.305a Burgerlijk Wetboek nadere vereisten kunnen worden gesteld aan de representativiteit van belangenorganisaties met een ideëel doel. Zie: www.kabinetformatie2023.nl/documenten/publicaties/2024/05/16/hoofdlijnenakkoord-tussen-de-fracties-van-pvv-vvd-nsc-en-bbb, p.18.

5 ‘Hou grote afwegingen buiten de deur van de rechter. Bepaalt de rechter straks het klimaatbeleid?’, *Financieel Dagblad*, 23 mei 2024.

6 Pauline Westerman, *Twee pleidooien voor formalisering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

7 Idem, p. 23.

8 Pauline Westerman, *Outsourcing the Law. A philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edgar Elgar 2018, p. 5.

je de beloftes waarmaken”.⁹ Ook in de zaak van de KlimaSeniorinnen benadrukt het EHRM dat het de Zwitserse staat slechts houdt aan bestaande zorgplichten. Het Hof haast zich vervolgens om te benadrukken dat het geen voorschriften geeft aan de Zwitserse overheid hoe deze zorgplichten moeten worden ingevuld.¹⁰

In de klimaatrechtszaken, zo is het argument, neemt de rechter geen politieke positie in door nieuwe verplichtingen op te leggen, maar verwijst de rechter slechts naar de regelgeving waarin de regeringen zichzelf deze verplichtingen hebben opgelegd. Het EHRM voegt daar vervolgens expliciet aan toe: hoe deze verplichtingen ten uitvoer worden gelegd, is aan de staat zelf.

Juist dit laatste aspect toont de ware aard van de klimaatregelgeving die het EHRM heeft getoetst: het doel (het ‘wat’) is bepaald in de regelgeving zelf, zodat de rechter dat eenvoudig kan bevestigen. De manier waarop deze doelen moeten worden bereikt (het ‘hoe’) ligt echter niet vast, zodat de rechter zich niet over dat ‘politieke’ aspect wil uitlaten.¹¹

Klimaatregelgeving draait zodoende om doelstellingen. De meest bekende klimaatverplichting, uit het Parijsakkoord van 2015, is bedoeld om de mondiale temperatuurstijging te beperken tot maximaal 2° C ten aanzien van pre-industriële temperatuurniveaus.¹² Toezeggingen van de landen die het akkoord hebben ondertekend, hebben deze doelstelling inmiddels aangescherpt tot een maximale temperatuurstijging van 1,5° C, maar het is aan

9 “The pensioners and babies behind a new era of climate lawsuits”, *Financial Times*, 12 april 2024. Vertaling door de auteur.

10 In het persbericht bij de EHRM-uitspraak staat hierover: “The Court found that the Swiss Confederation had failed to comply with its duties (“positive obligations”) under the Convention concerning climate change. There had been critical gaps in the process of putting in place the relevant domestic regulatory framework, including a failure by the Swiss authorities to quantify, through a carbon budget or otherwise, national greenhouse gas (GHG) emissions limitations. Switzerland had also failed to meet its past GHG emission reduction targets. While recognizing that national authorities enjoy wide discretion in relation to implementation of legislation and measures, the Court held, on the basis of the material before it, that the Swiss authorities had not acted in time and in an appropriate way to devise, develop and implement relevant legislation and measures in this case.” Zie: *Violations of the European Convention for failing to implement sufficient measures to combat climate change*, European Court, 09.04.2024, ECHR 087 (2024).

11 Het is een veelbetekenende voorzichtigheid van het EHRM, maar evenzeer onzinnig: het is als benadrukken dat het ziekenhuis weliswaar ten minste 100 patiënten moet verzorgen, maar wel zelf de kleur van de lakens mag uitkiezen. Als het doel vaststaat, is alle vrijheid die er zou zijn om dit doel te bereiken slechts schijn. Een instructief voorbeeld op dit punt zijn de vijfjarenplannen, met productiedoelen, in de USSR.

12 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), *The Paris Agreement*, 12 december 2015.

de ondertekenende landen zelf om te bepalen hoe deze doelstelling dient te worden bereikt. Deze Parijs-doelstellingen vormden vervolgens de grondslag voor de stelling van de Urgenda-actiegroep dat de Nederlandse staat de verplichting had om de broeikasgasemissie met 25% te verminderen ten aanzien van het emissieniveau in 1990. De veronderstelde verplichting was aldus niet het resultaat van een afweging van belangen, die vervolgens in regelgeving is gestold, maar het resultaat van een doelstelling, voortgekomen uit een ambitieus internationaal verdrag.¹³

Deze vorm van regelgeving, die kan worden gekenmerkt als *doelgeoriënteerd*, doet zich niet alleen voor bij klimaatregels. Niet toevallig valt de opkomst van doelgeoriënteerde regelgeving samen met de toepassing van 'New Public Management', de poging om de Nederlandse publieke sector te moderniseren en bureaucratie te bestrijden door de overheid te behandelen als een bedrijf. Hoewel deze managementtheorie voor de publieke sector inmiddels aan de eigen gebreken ten onder is gegaan, blijven onderdelen ervan hun houdbaarheidsdatum ontkennen. De erfenis van de 'New Public Management'-misvattingen is in regelgeving zichtbaar als de focus op doelstellingen ('wat') en het uitbesteden van het proces ('hoe').¹⁴ De bedoeling hiervan is om regelgeving effectiever en flexibeler te maken, met 'minder' en 'betere' regels, zodat de overheid beter kan sturen op resultaten. Doelgeoriënteerde regelgeving is daarmee ook een poging om om te gaan met de steeds grotere verzorgingsstaat: sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw is de overheid enorm gegroeid en is zij voor allerlei collectieve lasten verantwoordelijk geworden. De KlimaSeniorinnen-uitspraak van het EHRM laat dit ook zien: volgens het EHRM behoort de bescherming van oudere burgers tegen door klimaatverandering veroorzaakte hittegolven ook tot de zorgplichten van de staat. Op deze groei van zorgplichten heeft de overheid gereageerd door de verzorgingsstaat om te vormen tot prestatiestaat.¹⁵ Presteren staat centraal, afgemeten aan de in wetgeving gestelde doelen: goede zorg, onderwijs voor iedereen, bescherming van de natuur, ondersteuning bij werkloosheid en tegengaan van klimaatverandering. Deze ambitieuze doelen zijn echter niet algemeen van toepassing: de doeleinden in de regelgeving maken de regels

13 Dat doeloriëntatie alle andere afwegingen wegdrukt en geen ruimte meer laat voor een afweging van belangen, blijkt duidelijk uit de kabinetsreactie op de kans dat de klimaatdoelen van 2020 niet zouden worden gehaald en daarmee tevens niet zou worden voldaan aan het Urgenda-vonnis: 'Het doel is om het doel te halen.' Uiteindelijk was het niet de kostbare vervroegde sluiting van de kolencentrale Hemweg, maar de coronapandemie die ervoor zorgde dat de CO₂-reductiedoelstelling toch gehaald werd. Zie: <https://nos.nl/artikel/2269001-kabinet-over-klimaat-doel-is-om-het-doel-te-halen>.

14 Pauline Westerman, *Outsourcing the Law. A philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edgar Elgar 2018, p. 10-11.

15 Idem.

plaats-, tijd- en persoonsafhankelijk. Dat de doelgeoriënteerde regelgeving van de prestatie staat op gespannen voet kan staan met de rechtsstaat, is inmiddels meermaals gebleken.¹⁶

Onbedoeld recht

Een overheid die is gericht op presteren, zal aldus snel kiezen voor doelgeoriënteerde regelgeving. Regelgeving is dan één van de instrumenten waarmee de resultaten moeten worden binnengehaald. Instrumentele regels verliezen echter hun algemene karakter: doelen zijn specifiek, verschillend per persoon, plaats en tijd. Het stellen van regels vereist veralgemenisering, indeling op categorie, los van omstandigheden. Alleen door veralgemenisering zijn regels ‘onbedoeld’: van toepassing ongeacht persoon, tijd of plaats.¹⁷ Dat wil niet zeggen dat rechtsregels geen bedoeling mogen hebben, maar dan gaat het om voorwaardescheppende bedoelingen: regels die het behalen van doelen mogelijk maken in plaats van regels die het doel voorschrijven.¹⁸ Als de regel wordt ingesteld met een vooropgezet doel, dan verliest deze zijn algemene karakter en daarmee de benodigde intrinsieke waarde om als rechtsgeldige regel te worden gezien. Hoe dit werkt kan worden geobserveerd bij dictatoriale regimes. Daar wordt veelal gepoogd doelgericht, maar illegitiem en immoreel handelen te legitimeren met regelgeving die algemeen van aard lijkt, maar juist specifiek gericht is op de repressieve doelstelling. Toepassing van doelgeoriënteerde regelgeving leidt aldus in de ergste gevallen tot willekeur, terreur en pervertering van het recht.¹⁹

Doelgeoriënteerde regelgeving heeft ook effect op degenen die met de regelgeving worden geconfronteerd. Omdat de doelstellingen in de regelgeving vaak in algemene, ambitieuze termen zijn geformuleerd, moeten de doelen nog worden uitgewerkt en geconcretiseerd. Dit vereist nadere regulering, maar omdat het overkoepelende doel al is geformuleerd, is in deze ‘uitbestede’ regulering geen ruimte meer voor belangenafweging.²⁰ In klimaatregeling is dit bijvoorbeeld zichtbaar in de EU-taxonomieverordening

16 Het disfunctioneren van de rechtsstaat en de gevolgen hiervan voor de burger zijn recent onderzocht door de Staatscommissie rechtsstaat. Op 10 juni 2024 bracht deze commissie haar adviesrapport uit: Staatscommissie rechtsstaat, *De gebroken belofte van de rechtsstaat. Tien verbetervoorstellen met oog voor de burger*, 2024.

17 Pauline Westerman, *Twee pleidooien voor formalisering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 23.

18 Idem, p. 22-25.

19 Idem, p. 50.

20 Pauline Westerman, *Outsourcing the Law. A philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edgar Elgar 2018, p. 52-53.

voor *duurzame activiteiten*.²¹ Deze verordening is in essentie een rubricering waarin activiteiten, zoals de productie van kernenergie, worden voorzien van een duurzaamheidsbeoordeling. De uitwerking van de doelstellingen in nadere regelgeving onttaardt zodoende onherroepelijk in een instrumenteel en technocratisch proces, waarin het recht wordt gereduceerd tot bureaucratie. Tekenend voor deze vorm van regelgeving is dat de taxonomieverordening geenszins een einde heeft gemaakt aan het maatschappelijke debat over de vraag welke economische activiteit als 'duurzaam' kan worden gezien. Dit laat zien dat deze technocratische doelregelgeving niet bijdraagt aan maatschappelijke normering: de samenleving ervaart dit als voor hen irrelevante, technische EU-regels, niet als recht.²²

Het belang van 'onbedoelde' regels telt ook voor het democratisch proces. Als de regel al het doel bevat, is iedere discussie en belangenafweging bij voorbaat voorbij. Regels die geen doel bevatten, functioneren juist als neutrale arbiters in de discussie over doeleinden. Mensen die van mening verschillen over de doeleinden, kunnen alsnog met elkaar samenwerken als de uitgangspunten voor deze samenwerking zijn vastgelegd in regels. Deze regels zijn regelgeoriënteerd: door te abstraheren van het doel maken ze een discussie over de doelen mogelijk.²³ Kenmerkend voor deze vorm van regels is dat de reikwijdte en toepassing ervan ook regelgeleid zijn. Er zijn regels over de regels: over de totstandkoming, wijziging en door wie en wanneer de regels mogen worden toegepast en gehandhaafd. Dat er met regels grenzen worden gesteld aan regels, is een kenmerk dat het recht onderscheidt van andere 'onbegrensde' regelsystemen.²⁴

21 European Commission, EU taxonomy for sustainable activities. Zie: https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/tools-and-standards/eu-taxonomy-sustainable-activities_en.

22 Veelzeggend over de doeloriëntatie van deze verordening is de toelichting op de website: 'In order to meet the EU's climate and energy targets for 2030 and reach the objectives of the European green deal, it is vital that we direct investments towards sustainable projects and activities. To achieve this, a common language and a clear definition of what is 'sustainable' is needed. This is why the action plan on financing sustainable growth called for the creation of a common classification system for sustainable economic activities, or an "EU taxonomy".' Zie: https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/tools-and-standards/eu-taxonomy-sustainable-activities_en.

23 Pauline Westerman, *Twee pleidooien voor formalisering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 22-23.

24 Onbegrensde regelsystemen worden (vanzelfsprekend) gekenmerkt door het feit dat niet is vast te stellen waar de regels beginnen en waar ze eindigen, zoals bijvoorbeeld het geval is bij religie en politiek. In het licht van de KlimaSeniorinnen-uitspraak van het EHRM is het interessant dat ook 'universele' mensenrechten als onbegrensd kunnen worden gezien. Als blootstelling aan hittegolven volgens het EHRM al geldt als mensenrechtenschending, dan is er nauwelijks een begrenzing denkbaar aan de 'positieve verplichtingen' die uit het EVRM voortvloeien.

Klimaatrechtvaardigheid

Zo blijkt dat de huidige klimaatregelgeving alle gebreken heeft van doelgeoriënteerde regelgeving. Het doel ligt al besloten in de regels, waardoor de overheid geen belangenafweging meer kan maken, maar nog slechts voor de prestatie dient zorg te dragen. In de praktijk is gebleken dat het stellen van de ambitieuze doelen makkelijker is dan het realiseren ervan. Klimaatactiegroepen, niet belast met de uitvoering van de klimaatdoelen, vonden hierin de aanleiding om naar de rechter te gaan. Ondanks dat de rechter hen in het gelijk heeft gesteld, is de uitkomst van de klimaatrechtszaken uiteindelijk mager. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitkomst van de Urgenda-zaak: na de furore over het baanbrekende arrest bleek de naleving ervan vooral een rekenkundige exercitie, waarbij de overheid, met wat geluk vanwege onder meer de terugval van emissies tijdens de COVID-19-crisis, erin is geslaagd het verhoogde emissiereductiedoel van 25% te halen. Van daadwerkelijke aanpassing van het emissiebeleid is echter geen sprake. Ook bij de Urgenda-actiegroep bestaat het inzicht dat er ondanks de beroemde rechtszaak niet veel is veranderd, getuige haar oproep tot 'Echt beleid en actie!'.²⁵

Het effect van de instrumentalisering van klimaatregelgeving is ook zichtbaar in de samenleving: er is bijna geen bedrijf meer te vinden zonder klimaatstrategie, zero-emission-ambities en duurzaamheidsvereisten voor het bedrijfsrestaurant. Vaak blijken deze klimaatdoelen evenwel slechts *greenwashing*.²⁶ Het belijden van klimaatambities zonder daadwerkelijke actie blijft mogelijk doordat algemeen geldende, regelgeoriënteerde regels met geabstraheerde klimaatverplichtingen voor iedereen tot op heden uitblijven. Zolang de benodigde klimaatactie verwoord blijft worden als ambitie, in doelgeoriënteerde rechtsregels, zal er niets veranderen aan de ineffectiviteit van klimaatbeleid. Evenmin zal het inschakelen van de rechter effectief worden, aangezien de rechter de vorm van de regelgeving niet kan veranderen. Dan blijven klimaatrechtszaken net zo krachteloos als de doelgeoriënteerde klimaatregels waarop de rechtszaken zijn gebaseerd. Zonder betere, regelgeoriënteerde regelgeving komt er ook van de uitvoering van klimaatbeleid door de overheid niets terecht, omdat uitvoeringsregels van doelgeoriënteerde

25 Urgenda, Na 6,5 jaar vonnis bij toeval gehaald; het wordt tijd voor echt beleid en actie! (www.urgenda.nl/na-6-5-jaar-vonniss-bij-toeval-gehaald-het-wordt-tijd-voor-echt-beleid-en-actie/).

26 Zie: www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Amsterdam/Nieuws/Paginas/Reclames-KLM-waren-misleidend-consument-niet-eerlijkenformeed.aspx. Interessant genoeg leverde de advocaat van KLM in deze zaak, Branda Katan, kort voor deze uitspraak ook kritiek op klimaatrechtszaken: Advocaat Branda Katan: 'Ik heb geen medelijden met Shell, maar ik vind dat klimaatbeleid bij de politiek zou moeten liggen', *NRC*, 2 mei 2024.

regelgeving worden gehinderd door willekeur en technocratie. Hierdoor zal de maatschappelijke polarisatie over klimaatbeleid voortduren.

Dit sombere vooruitzicht kan alleen worden doorbroken als onderkend wordt dat klimaatbeleid gepaard zal moeten gaan met regels die niet het doel maar de uitgangspunten vastleggen. Vanuit die uitgangspunten, de regels over de klimaatregels, kan de discussie worden gevoerd over de doelstellingen. Als dit niet gebeurt, zal het pad naar klimaatrechtvaardigheid bezaaid blijven met slechte regels en goede bedoelingen. Een pad dat, zoals bekend, leidt naar een plek waar het significant warmer is dan 2° C boven pre-industriële temperatuurniveaus.

Een pleidooi tegen de stroom in

*Peter van Lochem**

Inleiding

De Groningse oratie die Pauline Westerman in maart 2003 hield aan de Rijksuniversiteit Groningen, was het tweede deel van haar pleidooi voor formalisering. De Groningse toehoorders werden verondersteld al kennis te hebben genomen van het eerste deel, haar oratie aan de Vrije Universiteit. Daarin maakt zij duidelijk dat formalisering staat voor een regelgeleide interpretatie en toepassing van het recht.¹ Daar staat tegenover dat bij de interpretatie en toepassing vooral wordt gelet op de beoogde doelen, de achterliggende waarden of de bijzondere omstandigheden van het geval. Anders dan Westerman duid ik dit laatste aan als informalisering. Hierna zal ik de Groningse oratie in het kort weergeven en daarbij ook laten merken dat ik de eerdere oratie aan de VU gelezen heb.

Uitgaande van een noodzakelijk evenwicht in formalisering en informalisering van de rechtspraktijk wilde Westerman met beide oraties de volgens haar alsmat toenemende informalisering van het recht een halt toeroepen om het evenwicht te herstellen. Dit streven kan als volledig mislukt worden beschouwd. Nu, zo'n twintig jaar later, is de nadruk op informalisering alleen maar sterker geworden. In deze bijdrage noem ik drie actuele pleidooien waarin formalisering in de meest stellige termen wordt afgewezen, zelfs als bron van alle kwaad wordt beschouwd. Heeft het pleidooi van Pauline Westerman voor formalisering nu, na ongeveer twintig jaar, nog enige betekenis? Tot slot probeer ik die vraag te beantwoorden.

Een pleidooi voor formalisering

De oratie aan de VU eindigde met een onheilsboodschap, namelijk dat het recht in snel tempo zijn autonome karakter aan het verliezen is, nu door een toenemend beroep op vage normen en doeleinden de geldende rechtsregels

* Peter van Lochem is fellow van het Meijers Instituut, Universiteit Leiden en associate senior onderzoeker bij CrisisLab. Hij was rector van de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen.

1 In haar VU-oratie zet Westerman uiteen dat formeel voor meer staat dan alleen regelgeleid. Korthedshalve beperk ik me hier alleen tot deze betekenis.

steeds meer aan betekenis zullen verliezen. Westerman ziet de rechter steeds meer vooruitkijken naar de gevolgen van zijn uitspraak en steeds minder achteruit naar de implicaties van de toepasselijke regels. Daarbij is het rechterlijke oordeel in toenemende mate gestoeld op ruime normen en overwegingen over de omstandigheden van het geval. Bij de formulering van haar bezwaren tegen deze afnemende betekenis van rechtsregels sluit Westerman zich aan bij de kritiek van Barendrecht, die erop wees dat door een toenemend gebruik van open normen het motiveringsvereiste een farce zou worden en dat de burger zich zou gaan afvragen waarom hij zich nog aan de wet zou moeten houden.

Niet alleen op het terrein van de rechtspraak maar ook op dat van de regelgeving ziet Westerman een vergelijkbare tendens, zoals ook bij de motivering van de straf, waar steeds meer nadruk komt te liggen op de preventie (vooruitkijken naar gevolgen) en steeds minder op vergelding (terugkijken naar de regels). Binnen het recht als geheel ziet zij een parallelle ontwikkeling waarin steeds minder accent komt te liggen op de herstellende en steeds meer op de verdelende rechtvaardigheid. Deze laatste ontwikkeling gaat gepaard met een toenemende overheidsinterventie. De herstellende rechtvaardigheid gaat immers uit van gelijke partijen waarbij de overheid alleen de voorwaarden biedt om inbreuken op de gelijkheid te herstellen.

Net als bij de regeltoepassing als bij de vergelding kan Vrouwe Justitia haar blinddoek goeddeels ophouden om zonder aanzien des persoons te oordelen. Bij de verdelende rechtvaardigheid moet echter, evenals bij gevolgentoepassing en preventie, de blinddoek af blijven om de bijzondere omstandigheden te kunnen beoordelen.

Westerman pleit niet voor een rechtspraktijk waar alleen de regel bepalend is en ook niet voor een wetgever die zich uitsluitend toelegt op strikte normen van dwingend recht. Dat een rechter ook kijkt naar de gevolgen van zijn uitspraak en acht slaat op de bijzondere omstandigheden, is wat haar betreft evident; ook dat de wetgever daarvoor enige ruimte biedt door een ruimere normering of verwijzing naar beginselen. Zij constateert echter dat deze verruiming in de regelgeving en de aandacht voor gevolgen en bijzondere omstandigheden in de rechtspraak alsmaar toenemen, zoals ook bij de strafmotivering de aandacht voor preventie steeds sterker is geworden ten koste van de vergelding en in ruimer verband de aandacht voor verdelende rechtvaardigheid die voor herstellende rechtvaardigheid steeds meer overvleugelt. Het resultaat van deze ontwikkeling is een afnemende betekenis van de rechtsregels die in een rechtsstaat de rechter en de bestuurders de nodige beperkingen opleggen.

Westermans pleidooi voor formalisering is een pleidooi voor herstel van evenwicht tussen formalisering en informalisering. Die informalisering kan positief worden gewaardeerd in termen van flexibel recht en sociale rechtsstaat, maar gaat volgens haar ten koste van de rechtsstatelijke bescherming tegen een willekeurige rechtspraak en tegen een bestuurlijke overheid die het recht primair als instrument en niet als waarborg beschouwt. Zij noemt de Weimarrepubliek als treffend voorbeeld van willekeur en instrumentalisering van het recht als gevolg van wetgeving waarin steeds meer beginselen en open normen werden opgenomen.

Over één zorgelijk gevolg van de toenemende informalisering is zij, blijkens de Groningse oratie, anders gaan denken. Westermans vrees voor verlies van autonomie van het recht ten gunste van een steeds machtiger bestuur, die zij in haar VU-oratie uitte, is weggenomen door de ontwikkeling waarin private en (semi-)publieke organisaties de open normering zijn gaan invullen in codes, protocollen en procedures. Door deze ontwikkeling deelt de overheid steeds meer haar regulerende en interveniërende macht met een veelheid aan organisaties en instanties. Westerman ziet als positief gevolg van deze maatschappelijke formalisering dat de door haar aanvankelijk gevreesde ontwikkeling à la Weimar achterwege lijkt te blijven. Voor juristen impliceert deze ontwikkeling volgens Westerman dat een kerntaak komt te liggen bij het scheppen van ordening en harmonisatie van de gefragmenteerde regelgeving van publieke en private herkomst.

Pleidooien tegen formalisering

Voor al de toeslagenaffaire heeft geleid tot een aversie tegen regelgerichtheid en tot pleidooien voor een verdere informalisering. Deze ontwikkeling vormt de kern van het al langer lopende pleidooi van Scheltema voor een niet formele, maar responsieve overheid² en van twee recente oraties waarin wordt bepleit dat de jurist zich informeel opstelt als burgervriend (oratie Van Domselaar³) en Justitia haar blinddoek voorgoed aflegt (oratie Ranchordas⁴).

2 Ik ontleen het standpunt van Scheltema aan twee publicaties: M. Scheltema, 'Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten? Bouwstenen voor een meer burgervriendelijk bestuursrecht', *Ars Aequi*, september 2021 en M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018, afl. 3, p. 120-131.

3 I. van Domselaar, *Recht, ethiek en de schreeuw van Filoktetes. Wat juristen burgers verschuldigd zijn* (oratie UvA), Den Haag: Boom 2024.

4 S. Ranchordas, *Administrative blindness: All the citizens the state cannot see* (oratie Tilburg University), Tilburg: Tilburg University 2024.

Scheltema: een responsieve overheid

In zijn kritiek op formalisering wijst Scheltema⁵ op de regelgeleide interpretatie in het arrest waarin de Hoge Raad instemt met het niet toekennen van een alleenstaande-ouderkorting⁶ aan een vrouw, omdat zij niet beschikt over een in de GBA geregistreerd adres. De reden voor dit manco was dat de vrouw uit huis was gevlucht voor haar gewelddadige partner. Voor Scheltema is duidelijk dat niet de wettelijke regel die de beschikking over een adres eist leidend moet zijn, maar de bijzondere omstandigheden waarin de vrouw verkeert en de gevolgen van de rechterlijke uitspraak.

Scheltema bekritiseert de interne gerichtheid van de juridische opleiding waarin het accent ligt op de logica van het rechtssysteem en de toepassing van de regel zonder aanzien des persoons. Hij typeert deze benadering als de bureaucratische rechtsstaat die, anders dan steeds wordt beweerd, door gebrek aan een juist beeld van de burger de burger juist niet beschermt. Verondersteld wordt een burger die rationeel handelt en steeds beschikt over voldoende inzicht en doorzettingsvermogen. Herhaaldelijk wijst Scheltema op het rapport van de WRR *Weten is nog geen doen* (2017), waarin duidelijk wordt dat dit mensbeeld volledig onjuist is. Daarom moet de 'bureaucratische rechtsstaat' plaatsmaken voor de responsieve rechtsstaat, die de burger echt beschermt.

Scheltema is verheugd over het feit dat de rechter inmiddels, als reactie op de toeslagenaffaire, zich ook minder door de regel laat leiden. Als goed voorbeeld noemt hij de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, die voortaan een niet-ontvankelijkverklaring achterwege laat wanneer een bestuursorgaan een te laat ingediend bezwaar toch in behandeling heeft genomen.⁷ Ook bestuursorganen zouden zich, volgens Scheltema, vrij moeten voelen om de wet anders uit te leggen in gevallen waarin burgers in de knel komen. Ook hier ziet hij verheugende ontwikkelingen, zoals de oprichting van de Regieraad Responsieve Overheid, die, door inschakeling van uitvoerders en wetenschappers, de meer klassieke juristen gaat helpen bij hun overgang naar een responsieve benadering. Deze ontwikkelingen moeten er onder meer toe leiden dat de wetgever een kader biedt voor maatwerk waarbij de regel niet altijd leidend is. Hoe dan tegelijkertijd het gelijkheidsbeginsel overeind

5 Scheltema heeft zijn opvatting over de responsieve overheid in een veelheid van publicaties naar voren gebracht. Ik beperk mij hier tot twee ervan, waarin hij deze opvatting uitvoerig uiteen heeft gezet: M. Scheltema, 'Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten? Bouwstenen voor een meer burgersvriendelijk bestuursrecht', *Ars Aequi*, september 2021 en M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018, afl. 3, p. 120-131.

6 HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1051.

7 CRvB 9 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1500.

kan blijven, is een vraag waar Scheltema zelf nog geen duidelijk antwoord op heeft.⁸

Van Domselaar: de jurist als burgervriend

In haar oratie van 16 februari 2024 roept Van Domselaar juristen op om zich niet zozeer te laten leiden door de regels, maar door de belangen van burgers. De jurist moet zelfs een burgervriend worden die zich beijvert om het burgerperspectief te volgen en om zich primair te bekommeren om de basisbehoeften van burgers. Voor advocaten betekent dit dat zij zich niet alleen laten leiden door de juridische claim van hun cliënt, maar ook door de belangen en basisbehoeften van diens tegenpartij. De regel in de Advocatenwet die voorschrijft dat advocaten zich juist partijdig moeten opstellen,⁹ is voor Van Domselaar kennelijk niet leidend.

Nu is de partijdige opstelling van de advocaat niet alleen een wettelijke norm, ze past ook in het concept van onze rechtsstaat, waarin de autonomie van partijen een belangrijk uitgangspunt is. Die autonomie komt in het geding wanneer de advocaat zijn eigen opvattingen volgt en afwijkt van de opvattingen van degene die hij in het proces vertegenwoordigt. AG bij de Hoge Raad Spronken wijst er ook op dat partijdigheid van de advocaat in de rechtsstatelijke benadering ervan juist in het belang is van een goede rechtsbedeling. Het lijkt haar allerminst redelijk om van de advocaat te verwachten om zich ook te buigen over de belangen van de tegenpartij.¹⁰ Van Domselaar beschouwt dit als ethisch minimalisme, dat zij recent nog gepraktiseerd zag door de advocaten die voor de NAM optraden, reagerend op de claims vanwege de Groningse aardbevingsschade.¹¹

De beroepsethiek van de jurist als burgervriend is volgens Van Domselaar niet alleen op advocaten van toepassing. Ze geldt ook voor andere juristen, zoals bedrijfs- en overheidsjuristen. Ook al acht zij de individuele autonomie wel belangrijk, zij richt zich als rechtsfilosoof vooral op de theorieën over de kwetsbaarheid, de afhankelijkheid en onderlinge verbondenheid van

8 Scheltema geeft hierbij aan dat hij niet de enige is die daarover nog in het duister tast. Hij wijst op het advies van de Raad van State in het kader van interbestuurlijke verhoudingen, van 30 september 2016, waarin de raad zegt dat hier nog nader op gestudeerd moet worden. M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018, afl. 3, p. 127.

9 Artikel 10a lid 1 van de Advocatenwet noemt de vijf kernwaarden van de advocatuur, waartoe ook de partijdigheid behoort.

10 Taru Spronken, 'Juridische beroepsethiek', *Nederlands Juristenblad* 2020, afl. 33, p. 2453-2458.

11 Deze verwijzing naar de advocaten van de NAM doet Van Domselaar in een interview naar aanleiding van haar oratie. Zie Peter Louwerse & Iris van Domselaar: 'Juristen, stel je op als burgervriend', *Mr.*, 16 april 2024.

individuen. Dat verklaart ook haar bijzondere aandacht voor sociale grondrechten, in het bijzonder die opmet betrekking tot bestaanszekerheid.¹² De burgergerichte beroepsethiek kan de jurist praktiseren door steeds oog te hebben voor de basisbehoeften van burgers, door rechtstreeks contact te hebben met burgers en door zich te laten leiden door de burgerlijke integriteit, aldus Van Domselaar.

Ranchordas: een ziende en empathische overheid¹³

In haar oratie van 26 april 2024 verwijst Ranchordas de blinddoek van Vrouwe Justitia naar de ideale wereld waarin we helaas niet leven. Dat is de wereld waarin die blindheid een garantie is voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Maar in onze echte wereld leidt die blinddoek ertoe dat miljoenen burgers die afwijken van wat in onze *administrative state* als normaal is gedefinieerd, niet worden gezien. Die blindheid werkt, aldus Ranchordas, twee kanten op, die beide nadelig zijn voor hen die buiten deze normaliteit vallen. De eerste is *underregulation*, waarbij te weinig rekening wordt gehouden met hen die afwijken van het normaalbeeld, zoals het ontwerp van de veiligheidsgordel, dat is afgestemd op het mannelijke lichaam. Het tweede effect van de blinddoek is *hyperregulation*, waarbij burgers juist extra aandacht krijgen omdat het feit dat ze buiten de normale standaard vallen vrouwen oproept. Als een resultaat hiervan noemt Ranchordas dat meer dan 80 procent van de slachtoffers van de toeslagenaffaire alleenstaande moeders waren.

We moeten volgens haar niet langer accepteren dat algemeenheid in regulering en regelsystemen ons zou nopen tot het werken met het beeld van de normale burger en onze blindheid voor hen die van dit normaalbeeld afwijken met de daaruit voortvloeiende *underregulation* en *hyperregulation*. Zij geeft een aantal oplossingen hiervoor, waaronder particularisme, waartoe zowel maatwerk in bestuurlijk handelen en wetgeving kan worden gerekend, als een automatisering door de overheid waarmee *underregulation* of *hyperregulation* wordt verholpen door een herziening van het daarin opgenomen normaalbeeld van de burger. Ranchordas verwijst in dit verband naar projecten die onder de noemer van datafeminisme vallen.

Zij onderkent wel dat het streven naar particularisme op gespannen voet staat met rechtsstatelijke uitgangspunten en de algemeenheid als inherent kenmerk van het recht. Maar zij wijst erop dat alle rechtsstatelijke pogingen tot bescherming van de gehandicapten en kwetsbaren voorlopig het

12 Opgenomen in artikel 20 van de Grondwet.

13 S. Ranchordas, *Administrative blindness: All the citizens the state cannot see* (oratie Tilburg University), Tilburg: Tilburg University 2024.

maatschappelijke stigma van hen niet hebben kunnen wegnemen. De mensenrechtenbeweging heeft de gerichtheid op het normaalbeeld van de standaardburger, dat intussen in de digitale systemen is opgenomen, en de daaruit voortvloeiende systematische discriminatie niet kunnen wegnemen, zo luidt de afsluiting van Ranchordas' oratie, waarmee zij duidelijk wil maken dat dit – met een empathische overheid – anders kan.

Heeft een pleidooi voor formalisering nog betekenis?

De drie informaliseringspleidooien zijn allerm minst uitzonderlijk. Het gaat hier eerder om een uitdrukking van de *moods of time* dan om een afwijkende opinie van enkele tegendenkers. Dat we hier hoogstwaarschijnlijk met een breed gedragen opvatting te maken hebben, kan ook blijken uit het voorneemen om de responsieve overheid wettelijk te regelen door uitbreiding van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Uit de toelichting op het in consultatie gegeven wetsontwerp blijkt dat wordt gestreefd naar een overheid 'die minder focust op strikte toepassing van regels en die er meer naar streeft recht te doen aan het individuele geval'.¹⁴

In deze post-toeslagenaffaire-periode zijn pleidooien voor een burgergerichte beroepsethiek en voor een burgergericht recht niet moeilijk te begrijpen. Het is aannemelijk dat er geen of althans veel minder slachtoffers zouden zijn wanneer de rechters zich minder hadden aangetrokken van de toepasselijke rechtsregels en meer van de behoeften en belangen van de desbetreffende ouders. Overigens volstaan de pleiters tegen formalisering niet met een verwijzing naar de toeslagenaffaire. Zij wijzen er met de nodige overtuiging op dat het concept van de rechtsstaat ver afstaat van de werkelijkheid omdat het ten onrechte uitgaat van rationele, zelfredzame burgers en bovendien niet de rechtsbescherming biedt die in dat concept besloten ligt.

Nu is het pleidooi van Westerman geen verzet tegen het tegemoetkomen aan de belangen van burgers. Dat de nieuwe responsieve benadering van de wetgever de bezwaartermijnen verlengt of het bestuur en de rechter zelfs voorschrijft dat zij de burger niet (strikt) aan termijnen moet houden, zal bij haar geen verzet oproepen. Maar als de overheid het bezwaarschrift of de vergunningaanvraag aan de keukentafel komt bespreken, zal zij toch al gauw beducht zijn dat in dergelijke gevallen de burger vrijwel niet meer in de positie is om voor zijn rechten op te komen. Dan gaat informalisering al gauw ten koste van de rechtspositie en uiteindelijk van de individuele autonomie.

¹⁴ Consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, memorie van toelichting, p. 5.

De pleiters tegen formalisering gaan ervan uit dat de burger aan de keukentafel er meer aan hecht om geholpen te worden door een goedwillende ambtenaar die hem een gunst verleent, dan om de zonder aanzien des persoons optredende ambtenaar die hem de juridische mogelijkheid laat behouden om voor zijn recht op te komen. Natuurlijk zien de pleiters tegen formalisering wel dat hun voorstellen voor een responsieve overheid en voor een ambtenaar als vriend rechtsstatelijke vragen oproepen. Opvallend is wel dat zij dit risico vermelden, maar er vrij gemakkelijk overheen stappen met het argument dat de (inmiddels klassieke) rechtsstatelijke uitgangspunten toch ook geen bescherming bieden (Ranchordas) vooral als je je richt op kwetsbare en onafhankelijke individuen (Van Domselaar), en dat de (klassieke) rechtsstaat toch eigenlijk een bureaucratische staat is waarin ten onrechte wordt uitgegaan van rationele, zelfredzame burgers (Scheltema).

Er lijkt veel voor te zeggen om, zoals Westerman deed, het belang te zien van zowel formalisering als informalisering. Dat onder invloed van een affaire, de toeslagenaffaire, het belang van formalisering zo eenvoudig terzijde wordt geschoven, althans sterk wordt gerelativeerd, lijkt riskant, zeker in een periode waarin ook politieke ontwikkelingen de rechtsstaat meer ter discussie zijn gaan stellen. Voor de jurist die zich wil gaan profileren als burgervriend en zich minder door de regel wil laten leiden, lijkt het zinvol om de betekenissen van formalisering nog eens goed te doordenken. Het pleidooi van Pauline Westerman lijkt belangrijker en actueler dan het in 2003 al was.

Doelregelgeving

Doelregelgeving en democratie

1. Doelregelgeving

Sinds enige jaren houd ik mij bezig met een verschijnsel dat ik 'doelregelgeving' ben gaan noemen¹ en dat in het buitenland ook wel aangeduid wordt als *principles-based regulation*.² In een systeem van doelregelgeving vaardigt de wetgever niet langer gedetailleerde regels uit die voorschrijven hoe burgers moeten handelen, en wat ze moeten doen of moeten nalaten. Bij doelregelgeving worden wetten uitgevaardigd die slechts aangeven welk doel moet worden bereikt of welk belang moet worden beschermd. Zo'n wet schrijft niet voor hoe dat doel moet worden bereikt, maar stelt slechts een abstracte zorgplicht vast en geeft *andere partijen* de opdracht die zorgplicht uit te werken in meer concrete regelgeving. Die andere partijen hoeven niet altijd met naam te worden genoemd.

Meestal heeft men een conglomeraat van actoren op het oog, zoals inspecties, private certificeringsinstanties, de professionals uit 'het veld', publieke instellingen, beroepsverenigingen of brancheorganisaties. Deze actoren hebben slechts met elkaar gemeen dat zij alle bezig zijn met het doel of belang dat in de zorgplicht wordt benoemd. Zij vormen samen een, wat ik zal noemen, doelregime.³ Het is aan zo'n doelregime om de benodigde maatregelen te nemen teneinde het doel te bereiken. Regelgeving is een van die maatregelen.

Daarmee is de regelgeving echter niet volledig aan hen gedelegeerd. Omdat de centrale wetgever verantwoordelijk blijft voor de mate waarin het doel wordt bereikt dienen deze andere partijen wel regelmatig te rapporteren

1 Een uitgebreidere beschrijving en analyse van doelregelgeving is te vinden in P.C. Westerman, 'Governing by Goals: Governance as a Legal Style', *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 51-72; P.C. Westerman, 'The Emergence of New Types of Norms', in: L.J. Wintgens (red.), *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, Ashgate: Aldershot 2007, p. 117-133.

2 J. Black, 'Decentring Regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a post-regulatory world', in: *Current Legal Problems* 2001, 54, p. 103-147 en *Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 13/2008, London School of Economics and Political Science, Law Department, <<http://ssrn.com/abstract=1267722>>.

3 De term 'regulatory regime' is m.i. minder precies, maar de betekenissen overlappen. Zie C. Hood e.a., *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford: Oxford University Press 2001.

over wat ze precies hebben gedaan om de doelen te bevorderen. Doelwetten bestaan dan ook meestal uit drie bestanddelen:

1. een doelvoorschrift: doel D is nastrevenswaardig en dient bevorderd of beschermd te worden;
2. een implementatieverplichting: neem maatregelen/vaardig regels uit opdat D wordt behaald;
3. een rapportageverplichting: rapporteer over de geboekte vooruitgang.

Een goed voorbeeld van deze gang van zaken biedt de Kwaliteitswet Zorginstellingen die in 1996 het licht zag. In deze wet vormt een zorgplicht het uitgangspunt. Artikel 2 luidt:

‘De zorgaanbieder biedt verantwoorde zorg aan. Onder verantwoorde zorg wordt verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patiënt.’

Maar daarbij blijft het niet. Het zwaartepunt van de wet ligt in de rapportageverplichting van artikel 5:

‘De zorgaanbieder legt jaarlijks vóór 1 juni per instelling een verslag ter openbare inzage, waarin hij verantwoording aflegt van het beleid dat hij in het afgelopen kalenderjaar heeft gevoerd ter uitvoering van de artikelen 2, 3 en 4 en van de kwaliteit van de zorg die hij in dat jaar heeft verleend. 2. In dat verslag geeft de zorgaanbieder daartoe onder meer aan: a. of en, zo ja, op welke wijze hij patiënten of consumenten bij zijn kwaliteitsbeleid heeft betrokken; b. de frequentie waarmee en de wijze waarop binnen de instelling kwaliteitsbeoordeling plaatsvond en het resultaat daarvan; c. welk gevolg hij heeft gegeven aan klachten en meldingen over de kwaliteit van de verleende zorg.’

Hier worden eigenlijk drie plichten opgelegd: (a) de eigenlijke zorgplicht: het inhoudelijke doel waarnaar gestreefd moet worden, (b) de plicht zelf ‘beleid’ te voeren die een dergelijk doel helpt te realiseren. En (c) de plicht verantwoording af te leggen over dat beleid. Van deze drie plichten is voor de normadressaat de verantwoordingsplicht de belangrijkste. Als de verantwoording onvoldoende is, of als uit de rapportage blijkt dat de normadressaat in gebreke is gebleken in zijn beleidsvorming om het gestelde doel te

bereiken kunnen sancties volgen: boetes, maar ook intrekking van subsidies of van wettelijke erkenning.⁴

2. Subsidiariteit

Hoewel hier te lande de nodige rapporten⁵ zijn verschenen waarin doelregelgeving aangeprezen wordt, is het geen exclusief Haags verschijnsel. Nog voor de Europese eenwording, al in de jaren zestig, wordt ermee geëxperimenteerd in Zweden. Maar pas in de Europese context komt het verschijnsel tot volle bloei. Daar zijn verschillende oorzaken voor aan te wijzen: de behoefte aan flexibele en op maat gesneden wetgeving en de onmogelijkheid om vanuit één centraal punt uniforme gedetailleerde regels op te leggen voor verschillende institutionele contexten en rechtsculturen.⁶ Bovendien kan met dit type regelgeving gestalte gegeven worden aan het subsidiariteitsbeginsel, sinds het Verdrag van Maastricht een van de pijlers onder de Europese eenwording.

Het subsidiariteitsbeginsel vereist dat taken aan lagere niveaus moeten worden uitbesteed behalve in die gevallen waar de uitoefening van die taken door een hoger niveau een grotere mate aan efficiency en effectiviteit zou garanderen.⁷ Hier te lande is het beginsel bekend geworden onder het motto: 'centraal wat moet, decentraal wat kan'. Verschillende argumenten zijn aangedragen ten gunste van het beginsel, die vooral gestoeld zijn op verwachtingen. Zo hoopt men dat het centralere apparaat ontlast wordt. Ook hoopt men dat de lagere niveaus die nauwer betrokken zijn bij het doel, meer weten van de manieren waarop het voorgeschreven doel kan worden bevorderd.⁸ Ten slotte hoopt men dat de naleving wordt bevorderd als men zelf betrokken is geweest bij de totstandkoming van de regels.

Uitbesteding is dus het sleutelwoord. Een manier om de relatie tussen de uitbesteder en degene aan wie wordt uitbesteed te conceptualiseren is door gebruik te maken van het aloude onderscheid tussen principal en agent. De principal is dan de opdrachtgever, en de agent degene die de opdracht uitvoert. Vroeger werd het onderscheid vooral toegepast op de verhouding

4 Voorbeeld ontleend aan 'Normering via doelstelling: zorgplichten', in: P.C. Westerman & A.R. Mackor (red.) *Vormen van (de?)regulering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

5 Bijvoorbeeld *Ruimte voor Zorgplichten*, Ministerie van Justitie, juli 2004; *Doelgericht wetgeven: doelvoorschriften in literatuur en praktijk*, Ministerie van V&W, 2009.

6 Zie *European governance: a white paper*, Brussel 2001, Commission of the European Communities.

7 A. Føllesdal, 'Survey Article: Subsidiarity', *The Journal of Political Philosophy* 1998, vol. 6, nr. 2, p. 190-218.

8 P.L. Meurs, E.K. Schrijvers & G.H. de Vries (red.), *Leren van de praktijk. Gebruik van lokale kennis en ervaring voor beleid* (WRR-Verkenning nr. 12), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 19-37.

tussen electoraat en parlement, of tussen aandeelhouders en het bestuur van een onderneming. Gaandeweg werden de begrippen toegepast op allerlei vormen van uitbesteding.

Een enorme hoeveelheid literatuur is ontstaan rond die P-A relaties,⁹ want een van de problemen ligt in de reden van de uitbesteding: de principal besteedt uit omdat hem de middelen en de kennis ontbreekt om de taak zelf uit te voeren. Dat betekent echter dat er een informatieasymmetrie ontstaat: de agent weet meer dan de principal. De klemmende vraag is dus steeds: hoe kan de principal ervan uitgaan dat de agent die meerkennis niet benut voor eigen voordeel maar daadwerkelijk aanwendt om het doel van de principal te bereiken? Een dilemma dat graag vergeleken wordt met dat van de toerist die in een vreemde stad aankomt op het vliegveld en er maar op moet vertrouwen dat de taxichauffeur hem zo snel mogelijk naar zijn hotel brengt in plaats van via een omweg, of, nog erger, hem linea recta naar een sloppenwijk brengt om hem daar berooid en beroofd achter te laten.

Ik zal straks uitgebreider over die P-A relatie spreken en wil nu alleen vermelden dat we in het oog moeten houden dat in een systeem van doel-regulering P en A relatieve termen zijn: A kan zelf weer in een P veranderen als A de regelgeving nog verder uitbesteedt. De overheid is bijvoorbeeld een principal die aan een heel veld A het doel oplegt: een goed museaal beleid te voeren. Maar binnen het veld kunnen dan weer verdere P-A relaties ontstaan door verdere uitbesteding.

9 M.D. McCubbins, R.G. Noll & B.R. Weingast, 'Administrative Procedures as Instruments of Political Control', *Journal of Law, Economics & Organization* 1987, vol. 3, nr. 2, p. 243-277; T. Moe, 'Political Control and the Power of the Agent', *Journal of Law Economics & Organization* 2006, vol. 22, nr. 1, p. 1-29; J.R. Macey, 'Organizational Design and Political Control of Administrative Agencies', *Journal of Law, Economics & Organization* 1992, vol. 8, nr. 1; Conference on the Economics and Politics of Administrative Law and Procedures (Mar., 1992), p. 93-110, Oxford University Press; M.E. Levine & J.L. Forrence, 'Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis', *Journal of Law, Economics & Organization* 1990, vol. 6 (Special Issue: Papers from the Organization of Political Institutions Conference, april 1990), p. 167-198.

3. De vermenigvuldiging van doelregels

Die verdere uitbesteding is kenmerkend voor doelregelgeving. Een wat schetsmatig voorbeeld kan de gang van zaken verder verduidelijken:

- 1a Bevorder bescherming van het milieu.
- 1b Neem de daartoe noodzakelijke maatregelen; inclusief regelgeving.
- 1c Rapporteer over de gerealiseerde voortgang.

-
- 2a De emissie van CO₂ moet 'as low as reasonably achievable' zijn.
 - 2b Neem de daartoe noodzakelijke maatregelen; inclusief regelgeving.
 - 2c Rapporteer over de gerealiseerde voortgang.
-

- 3a Binnen twee jaar moet de CO₂-uitstoot gereduceerd zijn met 10%.
- 3b Inventariseer de 'best beschikbare technieken'.
- 3c Rapporteer over de gerealiseerde voortgang.

Hierbij verwijst 1 naar de regelgeving van het hoogste niveau waarbij een P opdracht geeft aan A. Men zou verwachten dat op niveau 2 de A deze regelgeving inderdaad ter hand neemt. Dat gebeurt soms ook wel, maar meestal wordt de structuur van de regelgeving gewoon gekopieerd, zij het dat het doel als aangegeven onder (a) op niveau 2 een concreter doel is. Dus wat er vooral gebeurt, is dat het abstracte doel van (1a) door de agent verder wordt geconcretiseerd. De A stelt zich verder op als een P ten aanzien van andere organen en draagt hun op dit concretere doel weer na te streven, met nadere regelgeving te komen en te rapporteren over de geboekte vooruitgang. Enzovoort. Op ieder niveau fungeert de A weer als een P ten aanzien van een ondergeschikte A. Overigens is de beeldtaal die van 'hoog naar laag' spreekt niet helemaal adequaat. Het systeem is maar ten dele in hiërarchische termen te vangen. Er zijn vele actoren in het spel die allemaal min of meer nevenschikt zijn, maar slechts in een opdrachtgever/nemerrelatie tot elkaar staan.

Nu zien we in bovengesteld schema dat er op twee manieren kan worden geconcretiseerd. Ten eerste kunnen de abstracte doelen worden opgesplitst in concretere bestanddelen. Dat zie je heel vaak gebeuren. Mijn promovenda A.L.E. Enequist noemt die subdoelen in haar vergelijkende studie van Zweedse en Nederlandse doelregelgeving met betrekking tot de ouderenzorg, heel adequaat 'thema's'. Verantwoorde zorg wordt dan uitgesplitst in: adequate informatievoorziening, kundige staf, faciliteiten en outillage enzovoort. Maar dan weet men natuurlijk nog niet tot *in hoeverre* die thema's moeten worden verwezenlijkt. Het is één ding om het thema 'wachtlijsten' als subdoel te definiëren, maar een ander ding om te weten hoe kort die wachtlijsten moeten zijn. Met andere woorden: ook de grenswaarden moeten worden bepaald. Deze tweede vorm van concretisering zien we op niveau

3. Deze grenswaarden worden bepaald door te kijken naar de prestaties van andere vergelijkbare instellingen, door middel van benchmarking. Om een voorbeeld te noemen dat iets dichterbij huis is: men heeft bedacht dat een belangrijk thema of subdoel van het doel 'excellent wetenschappelijk onderzoek' een vruchtbaar promotieklimaat is. Dan moet vervolgens aangegeven worden wat telt als vruchtbaar en moeten de gewenste aantallen promoties worden vastgesteld. Dat aantal ligt dan net iets hoger dan de gemiddelde aantallen promoties die worden behaald door de zusterfaculteiten. Bij technisch complexere zaken, denk aan milieuregelgeving, ligt het vaststellen van die gemiddelde prestaties niet zo eenvoudig en moet men vertrouwen op de informatie van experts.

Wat we dus zien ontstaan is een enorme hoeveelheid regelgeving, die verspreid over de verschillende actoren rond een bepaald doel wordt vastgesteld. Deze berg aan targets, benchmarks, prestatie-indicatoren, eisen voor certificering enzovoort, enzovoort zijn slechts met een enkele dunne draad verbonden aan formele wetgeving, namelijk daar waar op Europees of nationaal niveau een abstracte zorgplicht wordt opgelegd en regelgevende taken worden uitbesteed. De inhoud van al die regels wordt vastgesteld door de agents en sub-agents. En omdat al die agents elkaar weer, in de gedaante van principals, aan een rapportageverplichting houden, zijn zij niet alleen bezig met het maken van regels maar ook met het controleren op naleving en in sommige gevallen ook handhaving.¹⁰

4. In de schaduw van het recht

Hiermee ontstaat een vrij bijzondere situatie. Wij mogen dan een keurig rechtssysteem hebben, maar de werkelijk belangrijke dingen die ons allen aangaan, dat wil zeggen de manier waarop onze scholen bestuurd worden, de ziekenhuizen worden ingericht en onze bedrijven worden geïnspecteerd, die worden als het ware buiten het rechtssysteem om geregeld. Veel van die protocollen, benchmarks en kenmerken immers zijn geen bindend recht of zijn op zijn hoogst recht van een twijfelachtig gehalte. Nu zijn er veel dingen geen recht die onze levens niettemin beïnvloeden, maar we moeten ons realiseren dat de naleving van veel van deze regels als het ware in de schaduw van het recht wordt afgedwongen. Een mooi voorbeeld is dat van de havenbedrijven die zich geconfronteerd zagen met regelgeving inzake het aanleggen van een veilige vluchtweg bij de overslag van gevaarlijke stoffen. Een abstract doelvoorschrift, dat echter met niet-bindende nadere regelgeving door de inspectie werd ingevuld en door de havenbedrijven zelf werd *gezien* als een

10 E.L. Rubin, *Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for the Modern State*, Princeton: Princeton University Press 2005.

bindend voorschrift, waar de havenbedrijven in totaal 400 miljoen euro aan uitgaven.¹¹

Ik zal me hier echter niet concentreren op de rechtsstatelijke feilen van doelregulering. Ik heb daar elders uitgebreider over geschreven¹² en wil me hier concentreren op het democratisch tekort dat hier dreigt. Kennelijk komen veel van die regels die ons allen aangaan, en misschien wel meer aangaan dan de incidentele moord of echtscheiding in ons leven, tot stand zonder dat van parlementair debat, laat staan instemming, sprake is.

Nu is in zekere zin dit probleem niet nieuw. De kwaliteitswet Zorginstellingen die ik hierboven aanhaalde als illustratie van doelregelgeving verving zo'n 500 regels met betrekking tot de inrichting en eisen die aan ziekenhuizen werden gesteld en het is niet goed voor te stellen dat het parlement ooit uitvoerig in de weer is geweest met het debatteren over deze regels. Dus ook hier kon men al een democratisch tekort vaststellen.

Daarom is doelregelgeving ook wel aangeprezen als het middel *par excellence* om de feilen van een parlementaire democratie te ondervangen en niet alleen het formele recht maar ook de bulk aan regulering aan democratische controle te onderwerpen. Een *regulatory state* als het naoorlogse Nederland zou in deze optiek juist moeten zinnen op alternatieve manieren om democratische participatie mogelijk te maken. Doelregulering leek naadloos aan te sluiten op de gedachte dat die democratische participatie wordt bevorderd door veel taken over te laten aan het zelfregulerende vermogen van een *civil society*.¹³ In feite lijkt doelregulering op twee manieren bij te dragen aan deze alternatieve vormen van democratisering.

Ten eerste lijkt doelregelgeving expliciet ruimte te maken voor zelfregulering en voor een grotere participatie van wat wel de civil society wordt genoemd. Men zou daarmee een beroep kunnen doen niet alleen op de grotere expertise van professionals maar ook op het zelfsturende vermogen van bestaande maatschappelijke verbanden.

Ten tweede gaat doelregelgeving altijd gepaard met een rapportage- of verantwoordingsplicht waarin wordt aangegeven in hoeverre het doel wordt bereikt. Waar men al niet betrokken geweest is bij de totstandkoming van de regels kan men toch altijd nog nagaan in hoeverre een bepaalde instelling waargemaakt heeft wat ze heeft verricht. Transparantie is hier de aangeprezen

11 Zie W. Timmer, *Bestemming bereikt! Een praktijkonderzoek naar de toepassing van doelregelgeving* (diss. Rotterdam), Rotterdam 2011.

12 Zie P.C. Westerman, 'Outputsturing in de rechtsstaat', *R.M. Themis* 2006, nr. 6, p. 237-241.

13 R.D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton: Princeton University Press 1993; E.R. Engelen & M. Sie Dhian Ho (red.), *De staat van de democratie. Democratie voorbij de staat*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2004, p. 173-196. Van belang is hierin vooral C.F. Sabel, *Beyond principal-agent governance: experimentalist organizations, learning and accountability*.

deugd. Benadrukt wordt dan ook vaak dat de rapportageverplichting niet alleen geldt ten aanzien van de P maar ook een bredere werking heeft. Door de prestaties van ziekenhuizen op internet te zetten of de inspectierapporten van scholen openbaar te maken wordt ook verantwoording afgelegd naar andere 'stakeholders' als patiënten en ouders van leerlingen.

5. Democratische regelgeving?

Ik denk echter dat dit optimisme inzake het democratisch potentieel van doelregelgeving enigszins getemperd moet worden. Laat ik beginnen met de veronderstelling dat regelgeving door het veld zelf bijdraagt aan democratische participatie. Dan valt ten eerste op dat zelfregulering niet spontaan en ook niet geheel vrijwillig tot stand komt. Het is op uitnodiging van de overheid dat zo'n veld aan het reguleren slaat. Ziekenhuisbesturen hebben dus niet het recht om zichzelf te reguleren maar ze hebben de plicht om dat te doen; een plicht die in de wet verankerd ligt en die vaak kracht bijgezet wordt door het dreigement dat als het veld zelf niet komt tot regelgeving, Den Haag dan wel zijn regels oplegt: zogenoemde geconditioneerde zelfregulering.¹⁴

Niet alleen bepaalt de principal *dat* er gereguleerd moet worden maar ook *wie* dat moet doen. De wet laat weliswaar vaak open wie precies de normadressaat is maar in de praktijk heeft de principal grote invloed op de manier waarop het veld samengesteld wordt dat de regulering dan ter hand moet nemen. De reeds genoemde Wet Kwaliteit Zorginstellingen biedt een aardig voorbeeld daarvan: enkele jaren na de inwerkingtreding van de wet had het veld nog weinig stappen ondernomen en nauwelijks iets van andere regelgeving opgesteld. Toen werd een Stuurgroep ingesteld, waarin niet alleen ziekenhuizen en vertegenwoordigers van artsverenigingen maar ook zorgverzekeraars werden opgenomen. Uiteindelijk werd de regelgeving toen ter hand genomen. Kan men in dat geval spreken van 'het veld zelf'? Hoe dat veld geconstrueerd wordt, hangt in grote mate af van het uitnodigingsbeleid van de principal, in dit geval van het ministerie van VWS. Maar zo'n ministerie gaat geen individuele beroepsbeoefenaren uitnodigen. Het doet een beroep op de tussenlagen, de koepels, de besturen. Dus niet de onderwijzer of de verpleegster zelf krijgt nu zeggenschap over de regels die zijn of haar werk bepalen. Dat doet het management.

Maar ook al slaagt de principal erin om alle betrokkenen inderdaad te laten participeren dan wordt die participatie altijd nog georganiseerd langs de lijnen van de beleidsdoeleinden die door de overheid worden gesteld; oftewel langs sectorale lijnen. Als er overlegd wordt dan overlegt men niet als burger maar als producent (of consument) van goederen en diensten die betrekking

14 P. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

hebben op zo'n doel: 'zorg' of 'onderwijs'. Het enige waarin men nog een beetje als burger kan optreden is als lid van een belangenvereniging. Maar ook daar is de ruimte voor deliberatie afgegrensd door het doel. Een lid van de milieubeweging mag niet opeens over het onderwijs gaan meepraten.

Daarmee hangt samen dat het debat dat over die regelgeving wordt gevoerd alleen maar kan gaan over hoe dat doel moet worden bereikt. Het kan niet gaan over de manier waarop bijvoorbeeld milieu tegen werkgelegenheid kan worden afgewogen. Ieder zit als het ware opgesloten in het eigen doelregime. Dit lijkt nu een academische opmerking maar is het niet. In feite is deze stand van zaken nogal klemmend voor een ziekenhuisdirecteur die bijvoorbeeld te maken heeft met verschillende van die doelregimes: de inspectie van volksgezondheid stelt dan andere eisen dan de inspectie die komt controleren op de arbeidsomstandigheden voor de verpleegsters. De ziekenhuisdirecteur voert dan verschillende gesprekken in de verschillende doelregimes met mensen die allemaal verschillende criteria en regels opstellen. Hij moet zelf zorgen dat hij een en ander in balans kan brengen, maar een *forum* om die verschillende doelen tegen elkaar af te wegen ontbreekt. Er is in ieder geval niet systematisch plaats voor zo'n discussie binnen een systeem van doelregelgeving.

Het debat gaat dus niet over het doel maar over de middelen die men wil aanwenden om dat doel te bereiken. Maar zoals we hebben gezien is dat ook maar ten dele het geval. Wie zich geconfronteerd ziet met een bepaald doel gaat dat doel eerst concretiseren, in subdoelen of de thema's waarover ik het net had. Meestal ontstaan tengevolge van die definitie van thema's weer nieuwe commissies en stuurgroepen en die gaan dan de prestatie-indicatoren opstellen, en de grenswaarden bepalen. Ik zei zo-even al dat daarvoor gewoonlijk veel expertise nodig is. Daarmee dreigt het gevaar dat de experts het debat gaan beheersen.

6. Democratische controle?

Maar er is een tweede kanaal waarlangs men hoopt dat doelregelgeving bijdraagt tot democratisering: de verantwoording achteraf. Hier wordt het democratische potentieel niet gezocht in degenen die de regels opstellen, maar in degenen die de regelopstellers ter verantwoording roepen. Nu denk ik dat collega Bovens ons meer kan vertellen over accountability dan ik,¹⁵ dus ik wil slechts op enkele punten de aandacht vestigen.

Ten eerste moet in het oog worden gehouden dat in een doelregulerend systeem een instelling geen verantwoording aflegt over wat fout gegaan is maar over wat *goed* gegaan is, wat is gepresteerd. De instelling moet in haar

15 M. Bovens, *Analysing and Assessing Public Accountability. A Conceptual Framework*, European Governance Papers (EUROGOV) No C-06-01, <www.commex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-01.pdf>.

rapportage voortdurend laten zien op welke manier aan het einddoel gestalte is gegeven. Nu is het uitermate moeilijk om dat te doen, want het veronderstelt dat men in staat is aan te tonen dat men goed gepresteerd heeft. Maar wat is goed? Daarover moet enige consensus zijn.

Ten tweede: op welke manier kan dit goede worden getoond en bewezen? Het is uitermate moeilijk om te bewijzen dat men goed onderwijs geeft of goede zorg verleent. Men moet op zoek gaan naar allerlei indicatoren die min of meer kunstmatig zijn maar als enige voordeel hebben dat zij meetbaar, aantoonbaar en controleerbaar zijn. Vaak wordt die rol gespeeld door allerhande beleidsdocumenten, keurmerken, certificaten en protocollen. Zo heb ik laatst de opdracht gekregen om een portfolio aan te leggen van mijn onderwijsprestaties. Daarin staan niet alleen evaluatieresultaten maar ik word daarin gevraagd naar mijn onderwijsvisie, welke problemen ik heb ontmoet, hoe ik die heb opgelost en hoe ik mijn leerdoelen haal. Omdat alleen die documenten als tastbaar bewijs kunnen dienen, nemen zij de plaats in van de echte prestaties. Hoe ik echt onderwijs geef weten natuurlijk alleen ik en mijn studenten.

Deze min of meer kunstmatige criteria bepalen voorts weer hoe dat doel wordt geconcipieerd door het bredere publiek, dat zelf niet werkzaam is in het veld maar wel belanghebbende is. De mededeling dat het ziekenhuis van Leeuwarden onvoldoende vaak hartoperaties uitvoert – een meetbare inspectienorm – laat het publiek impliciet weten: dit is een belangrijk criterium. Daarmee wordt het oordeel van het publiek verregaand *gevormd* door de criteria die door de instellingen, althans door hun besturen, zelf zijn opgesteld. Zodanig dat ik laatst een mevrouw tegen een ander hoorde zeggen in onze plaatselijke supermarkt dat ze maar naar Groningen waren gegaan omdat Leeuwarden niet goed genoeg is volgens internet. Dit betekent dat de bewering dat de instelling daarmee transparant en toetsbaar is geworden voor het publiek dan ook genuanceerd moet worden. Het publiek heeft geen set van gedeelde eigen criteria die worden toegepast op de prestaties van de instelling. Het tegenovergestelde is het geval: de criteria van het veld worden door besturen omgevormd tot kunstmatige maar toetsbare criteria en die worden aan het publiek verkocht als *de* criteria. De Cito-score vormt hiervan misschien wel het treurigste voorbeeld. Wie durft zijn kind naar een school te sturen met een gemiddeld lage Cito-score?

Los van deze overwegingen moet gesteld worden dat de rol van het publiek in deze constellatie sowieso marginaal is, om de eenvoudige reden dat het publiek in al deze verhoudingen niet de principal is aan wie verantwoording wordt afgelegd. Het publiek is hooguit een derde partij maar *niet degene die de opdracht heeft gegeven*. En daarmee dus ook niet degene die uiteindelijk de instelling afrekenet op haar prestaties. Wie rekent er dan wel af? De directe principal; bijvoorbeeld de Raad van Cultuur die musea beoordeelt en adviseert over subsidiëring. En uiteindelijk natuurlijk de overheid of de Europese commissie als ultieme principal.

7. Het volk als principal of als agent?

Daarmee komen we op de vraag of dat publiek, of laten we het gewoon maar eens 'het volk' noemen, een term die gek genoeg in onbruik is geraakt, ooit wel als principal kan optreden. Nu wil het geval dat juist dat P-A model vaak ook op de representatieve democratie wordt toegepast. Het electoraat is daarin de principal. Het geeft immers opdracht aan het parlement om in zijn naam te spreken. In dat model is de agent, het parlement, wel degelijk degene die verantwoording schuldig is aan het volk en het electoraat kan de falende agent afrekenen door er niet meer op te stemmen.¹⁶

Deze macht ontbreekt in de beide aangeprezen alternatieve mogelijkheden tot democratische participatie. In geen van beide mogelijkheden is het volk de werkelijke principal. In de eerste optie, regelgeving door het veld zelf, is dat veld betrokken bij de regelgeving als agent. Niet als principal. Het voert een opdracht uit en wel een opdracht die ten goede komt aan het doel dat door de principal wordt nagestreefd. Als er al sprake is van een volk, of van burgers (we zagen net dat de burger eigenlijk achter de horizon verdwenen is) dan treden die burgers op als agents. Zij worden ingehuurd omwille van hun grotere expertise. Zij zijn de taxichauffeur en niet de klant. Het is dan ook kunstmatig en in zekere zin ronduit bedrieglijk om de activiteit van deze taxichauffeurs te zien als vormen van democratische participatie. Maar ook in de tweede optie, als degenen aan wie verantwoording wordt afgelegd, treedt het volk niet op als principal. Zij kijkt hooguit toe. De werkelijke principals zijn de raden van cultuur, en de overheid, degenen die werkelijk 'betalen' en daarmee ook bepalen. Misschien laten deze principals zich wel leiden in hun oordeel door de hoge bezoekerscijfers of de populariteit van een instelling maar de waardering van het publiek dient hooguit als een performance indicator. Ook hier is het volk niet de principal.

Nu kan men natuurlijk zeggen dat als de overheid optreedt, doelen stelt en subsidie geeft, zij dit doet uit naam van het volk en dat het volk de uiteindelijke principal is. Formeel is dat juist. Maar gek genoeg hangt de democratische legitimatie dan toch af van de mechanismen van een formele representatieve democratie. En daarvan werd nu juist opgemerkt dat

16 Mij is opgevallen dat de P-A relatie aan een zekere verschuiving van betekenis onderhevig is. In de klassieke literatuur die de verhouding tussen electoraat en vertegenwoordigers in P-A termen analyseert, geeft de P aan de A het mandaat om in zijn naam te handelen. Er staat niet bij tot welk doel. De omschrijving is hooguit iets als 'belangen behartigen'. Zie R.G. Holcombe & J.D. Gwartney, 'Political Parties and the Legislative Principal-Agent Relationship', *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1989, vol. 145, nr. 4, p. 669-675. Maar in modernere varianten van het P-A model wordt niet van vertegenwoordiging gesproken maar van het leveren van *diensten*, of het maken van *producten*. De opdracht van de P is dan ook nauwer omschreven dan in een mandaat.

zij slechts met een dunne draad verbonden is aan de bulk van regulering die zich aan de democratische besluitvorming onttrekt. Door de mechanismen van doelregelgeving, de rechtsvorming door het veld alsmede de verantwoordingsplicht, wordt dus *niets extra's* toegevoegd wat deze stijl van regelgeving democratischer zou maken. Integendeel: in de eerste optie wordt de burger verplicht zich te committeren aan het doel waarin hij werkzaam is en in de tweede optie wordt hij hooguit een prestatie-indicator. Alleen in de representatieve democratie met al haar tekorten is de burger waarlijk principal.

Doelregelgeving in het basisonderwijs; nu en in de toekomst

*Job Buiting**

Inleiding

De minister, de Onderwijsraad, belangengroepen en de media lijken het over één ding eens te zijn: de basisvaardigheden van leerlingen gaan hard achteruit.¹ De overheid ziet een rol voor zichzelf om dit op te lossen. Er zouden ‘glasheldere doelen’ gesteld moeten worden, die door de Inspectie van het Onderwijs, het parlement en de regering gecontroleerd kunnen worden.² Doelregelgeving is evenwel geen heilige graal om maatschappelijke problemen op te lossen, zo schreef Pauline Westerman in een artikel uit 2014.³ In deze bijdrage worden de ideeën uit dit artikel toegepast op het stellen van doelen in het basisonderwijs. Hierbij staat de volgende vraag centraal: welke rol speelt doelregelgeving nu bij het ontwikkelen van de basisvaardigheden van leerlingen in het basisonderwijs en wat betekent dit voor de toekomst?

Om deze vraag te beantwoorden wordt eerst beschreven hoe de kwaliteit van onderwijs wordt gereguleerd en welke rol de grondwettelijke vrijheid van onderwijs hierin speelt. Vervolgens wordt geschetst hoe er nu met doelregelgeving wordt gestuurd op de basisvaardigheden van leerlingen, en ten slotte wordt toegelicht of helderdere doelen kunnen bijdragen aan het verbeteren van de basisvaardigheden van leerlingen in het basisonderwijs.

* Job Buiting is senior wetgevingsjurist bij het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

1 Zie respectievelijk *Kamerstukken II 2023/24*, 31293, nr. 727, p. 1; Onderwijsraad, *Taal en rekenen in het vizier*, 2022; AOB, ‘Vaardigheden vo-leerlingen hollen verder achteruit’, 30 november 2023, aob.nl; NOS, ‘Nog steeds zorgen om basisvaardigheden leerlingen, “scholen kunnen meer doen”’, 10 mei 2023, nos.nl.

2 *Kamerstukken II 2022/23*, 31293, nr. 669, p. 5.

3 P.C. Westerman, ‘Doelregelgeving en democratie’, in: M. Groenhuijsen e.a. (red.), *Recht in geding*, Den Haag: Boom Juridisch 2014, p. 125-134.

Westerman en doelregelgeving

Westerman schrijft dat van doelregelgeving sprake is als regels worden uitgevaardigd die slechts aangeven welk doel bereikt moet worden of welk belang beschermd moet worden.⁴ Hiervan is in elk geval sprake bij open normen, zorgplichtbepalingen, maar ook bij bepalingen waarbij aansluiting wordt gezocht bij regels van derden of bepalingen die derden opdragen om (nadere) regels of beleid op te stellen over een bepaald onderwerp. Met doelregelgeving wordt de uitwerking van de wettelijke norm uitbesteed aan een derde. Hiervoor wordt onder meer gekozen omdat de wetgever niet over de benodigde expertise beschikt om de taak zelf uit te voeren. Er is dus sprake van informatieasymmetrie tussen de wetgever en de derde. Dit roept evenwel de vraag op hoe de wetgever kan controleren of de opgedragen taak juist wordt uitgevoerd. Vaak wordt geprobeerd dit te ondervangen met verantwoordingsplichten.

Doelregelgeving zou ruimte moeten bieden aan zelfregulering door diegenen die er verstand van hebben. Westerman ziet evenwel een aantal nadelen.⁵ In de eerste plaats vermenigvuldigen doelregels zich doordat verschillende actoren deze doelen nader gaan uitwerken zodat ze toetsbaar worden. Een tweede nadeel is dat al deze nieuwe nadere regels in 'de schaduw van het recht' worden afgedwongen; er is dan ook een gebrek aan democratische legitimatie. Westerman schrijft daarom dat het optimisme voor doelregelgeving enigszins getemperd moet worden.⁶

Reguleren van het onderwijs

Een belangrijke oorzaak voor doelregelgeving in het onderwijs is artikel 23 van de Grondwet. Hierin is vastgelegd dat het onderwijs enerzijds een voorwerp van aanhoudende zorg van de regering is, maar anderzijds ook dat het geven van onderwijs vrij is. De deugdelijkheid van het onderwijs moet bij wet worden geregeld, waarbij de vrijheid van richting van de bijzondere school in acht moet worden genomen.⁷ Aan openbare scholen komt daarnaast de vrijheid van inrichting toe, die de wetgever ook dient te respecteren.⁸ De wetgever reguleert het onderwijs met het stellen van deugdelijkheidseisen.⁹

4 Idem, p. 125.

5 Idem, p. 128-130.

6 Idem, p. 131.

7 Artikel 23, vijfde lid, van de Grondwet.

8 Artikel 23, derde lid, van de Grondwet en J.S. Buiting, *De autonomie van de leraar*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 55.

9 Voor bijzondere scholen zijn de deugdelijkheidseisen voorwaarden om voor bekostiging in aanmerking te komen.

Zoontjens schrijft dat hierbij historisch vooral werd gedacht aan het wettelijk creëren van voorwaarden die de onderwijskwaliteit op schoolniveau zouden kunnen bevorderen, zonder in het domein van de school te treden.¹⁰ De Boer beschrijft dat tegenwoordig niet langer louter respect van de overheid voor de vrijheid van scholen centraal staat, maar dat de aandacht verschuift naar een sociaal-statelijk perspectief waarbij de positie van de individuele leerling belangrijker wordt.¹¹ De wetgever schrijft daarom nu ook materiële kwaliteitsvoorschriften voor om het recht op goed onderwijs van de leerling te borgen; de kerndoelen zijn hier een voorbeeld van.

Hoewel bij het reguleren van het onderwijs tegenwoordig niet enkel de vrijheid van onderwijs een rol speelt, maar ook de rechten van de leerling van belang zijn, blijft de wetgever zich terughoudend opstellen. Lange tijd was de visie van de overheid dat scholen autonomie zouden moeten hebben.¹² De reden hiervoor was dat 'de centrale overheid niet over de expertise beschikt die nodig is om tot op gedetailleerd niveau binnen het onderwijsproces uitspraken te kunnen doen over de gewenste aanpak'.¹³

Doelen in het onderwijs

Dat sprake is van doelregelgeving in het onderwijs, zien we terug in artikel 10 van de Wet op het primair onderwijs, waarin is vastgelegd dat de school zorg draagt voor de kwaliteit van het onderwijs. De school moet in het schoolplan zelf het stelsel van kwaliteitszorg nader uitwerken.¹⁴ Voor wat betreft de inhoud van het onderwijs schrijft de wet een aantal kerndoelen en referentieniveaus voor. De kerndoelen zijn verdeeld over gebieden zoals Nederlandse taal, rekenen en wiskunde, zintuiglijke en lichamelijke oefeningen, en kennisgebieden zoals aardrijkskunde en geschiedenis.¹⁵ In de kerndoelen wordt het eind van het leerproces aangeduid, maar niet de wijze waarop de doelen bereikt moeten worden.¹⁶ Zo moet een leerling aan het eind van de basisschooltijd bijvoorbeeld informatie kunnen achterhalen uit informatieve en instructieve teksten.¹⁷

10 P.J.J. Zoontjens, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 23.

11 J.A. de Boer, *De vaststelling en handhaving van deugdelijkheidseisen in het onderwijs*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 27 en Zoontjens 2023, p. 23-24.

12 Zie over de verschillende sturingsvisies in het onderwijs uitgebreider J.S. Buiting, *De autonomie van de leraar*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 164-170.

13 *Kamerstukken II* 1985/86, 19200 VII, nr. 63, p. 7.

14 Artikel 12, vierde lid, van de Wet op het primair onderwijs.

15 Artikel 9, eerste en tweede lid, van de Wet op het primair onderwijs.

16 *Stb.* 2005, 551, p. 3 (Nota van toelichting bij het Besluit vernieuwde kerndoelen WPO).

17 Kerndoel 5 van het Besluit vernieuwde kerndoelen WPO.

Voor Nederlandse taal en rekenen moet de school daarnaast de meer gedetailleerde referentieniveaus als uitgangspunt nemen.¹⁸ Hiervoor is in 2010 gekozen omdat leerlingen de Nederlandse taal en het rekenen minder goed machtig waren en omdat er voor leraren geen heldere en concrete doelen waren op basis waarvan zij de voortgang van hun leerlingen konden meten. Scholen voor voortgezet onderwijs kregen hierdoor leerlingen binnen met grote niveaoverschillen.¹⁹ De verwachting is evenwel niet dat alle leerlingen het streefniveau halen; de basisschool bedient leerlingen met verschillen in cognitieve capaciteiten, die uiteindelijk uitstromen naar verschillende niveaus van voortgezet onderwijs.²⁰

Hoewel de referentieniveaus voor de leerlingen gelden als streefniveaus, is dit voor de school niet het geval. Als aan het eind van de basisschooltijd de leerresultaten van de leerlingen op basis van deze niveaus tekortschieten in vergelijking tot een school met een vergelijkbaar leerlingenbestand, dan wordt de school aangemerkt als zeer zwak en kan de bekostiging worden ingehouden of opgeschort.²¹ In dat geval voldoet de school niet aan zijn zorgplicht voor de kwaliteit van het onderwijs.

Naar heldere doelen in het onderwijs?

Om de afnemende basisvaardigheden van leerlingen tegen te gaan wil de minister ‘*glasheldere*’ doelen gaan stellen.²² Dit gaat vermoedelijk de problemen niet oplossen. Er geldt immers al een zorgplicht, er zijn kerndoelen en referentieniveaus én scholen worden erop afgerekend als hun leerlingen de gestelde doelen niet halen. Dit alles kan evenwel het tij niet keren. Wellicht komt dit doordat doelregelgeving ertoe leidt dat de uitwerking van de doelen in het onderwijs plaatsvindt in de ‘schaduw van het recht’.²³ Onder meer het kwaliteitsbeleid, de uitwerking van het curriculum in onderwijsmethoden door uitgevers en de toezichtkaders van de Inspectie blijven immers verborgen en ontberen democratische legitimatie. De uitwerking en uitvoering van de doelen in het onderwijs zijn dus, zoals Westerman schrijft, enkel met een ‘dunne draad’ verbonden aan formele wetgeving.²⁴ Ook voor de nieuwe, meer heldere doelen zal dit het geval zijn.

18 Artikel 9, elfde lid, van de Wet op het primair onderwijs.

19 *Kamerstukken II* 2009/10, 32290, nr. 3, p. 9.

20 *Kamerstukken II* 2009/10, 32290, nr. 3, p. 10.

21 Artikel 10a, eerste en tweede lid, en artikel 155 van de Wet op het primair onderwijs.

22 *Kamerstukken II* 2022/23, 31293, nr. 669, p. 5.

23 P.C. Westerman, ‘Doelregelgeving en democratie’ in: M. Groenhuijsen e.a. (red.), *Recht in geding*, Den Haag: Boom Juridisch 2014, p. 130.

24 Idem, p. 129.

Nu het vaststellen van nieuwe doelen vermoedelijk niet de oplossing zal zijn, is het de vraag wat de minister nog wel kan doen om de basisvaardigheden van leerlingen te verbeteren. Het maken van uitgebreide formele wetgeving ten aanzien van de inhoud van het onderwijs is niet mogelijk gezien de in de Grondwet vastgelegde vrijheid van onderwijs. Bovendien kan het onderwijs niet geheel in regels en procedures worden gegoten; de school heeft ruimte nodig om het onderwijs toe te spitsen op de eigen richting of overtuiging en de leraar moet met zijn autonomie het onderwijs kunnen toespitsen op de behoeften van zijn leerlingen.²⁵ In zoverre juridische instrumenten kunnen bijdragen aan het verbeteren van de basisvaardigheden van leerlingen, kunnen wellicht oplossingen worden gevonden in het stellen van specifieke regels over bijvoorbeeld de scholing van leraren, het vaststellen van kaders die de effectiviteit van onderwijsmethoden borgen en het vroegtijdig signaleren en ingrijpen als de onderwijsresultaten tekortschieten, zodat niet langer louter het streefniveau van de leerling bij het afronden van de basisschool centraal staat.

25 J.S. Buiting, *De autonomie van de leraar*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 413-414.

Toch niet weer een artikel over AI?

*Lennart Kortés**

Inleiding

... Nee, althans niet in de zin dat geprofeteerd wordt dat artificiële intelligentie voor de mensheid een ramp of juist een zegen zal zijn. Grote technische ontwikkelingen (de stoommachine, de verbrandingsmotor, kernsplitsing, internet, het vuur?) blijken op termijn meestal wel beide te zijn, zij het niet zo fataal als door sommigen wel gevreesd, maar ook niet zo fantastisch als door sommigen wel gejubeld. Een dergelijke uiteenzetting zou de belangstelling van Pauline Westerman naar verwachting dan ook maar beperkt wekken, terwijl dat wel de bedoeling is van dit stuk, dat tenslotte ter ere van haar afscheid van de Onderzoeksgroep wordt geschreven.

Wel kans op het wekken van die belangstelling biedt het meer uit oogpunt van wetgevingstechniek inzoomen op de wijze waarop de Europese Unie voornemens is AI te gaan reguleren in de zogenoemde ‘AI-act’. In april 2021 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een verordening gedaan die op de markt te brengen ‘AI’ bindt aan productkwaliteitseisen en -procedures die onder andere beogen allerlei risico’s van AI te adresseren. Er staat volgens de toelichting bij het voorstel niet weinig op het spel: ‘Gezien de snelheid van de technologische veranderingen en de mogelijke uitdagingen, is de EU vastbesloten te streven naar een evenwichtige aanpak. Het is in het belang van de EU om haar technologische leiderspositie te behouden en ervoor te zorgen dat Europeanen kunnen genieten van nieuwe technologieën, ontwikkeld en functionerend volgens de waarden, grondrechten en beginselen van de Unie.’¹

* Lennart Kortés neemt al vele jaren deel aan de bijeenkomsten van Pauline Westerman aan de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen. Hij is hoofd van de Afdeling Wetgeving en Normuitleg van de Autoriteit Persoonsgegevens. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie (Wet op de artificiële intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de Unie), COM (2021) 206 final. In april is een gecorrigeerde tekst uitgebracht: www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138-FNL-COR01_NL.pdf.

Of de Unie inderdaad een ‘technologische leiderspositie’ heeft, lijkt mij discutabel, maar dat AI grote uitdagingen meebrengt, in het bijzonder ook als het gaat om de ‘waarden, grondrechten en beginselen van de Unie’ is, denk ik – in onder ICT-deskundigen gangbare terminologie – een *no brainer*. De ambitie van de Unie om daar – als eerste ter wereld, dat wel – een wettelijk kader voor te scheppen komt zo bezien niets te snel. Ook is duidelijk dat de opdracht voor wetgevers om te zorgen dat hun wetgeving bij de tijd blijft juist bij AI – we weten nog niet wat het allemaal kan, maar al wel dat het zich bijzonder snel ontwikkelt en dat het héél breed toepasbaar zal zijn – op dit terrein nog extra uitdagend is.

De wetgevingsarchitectuur die de Commissie voorstelde, stond vroeger wel bekend als de ‘Nieuwe Aanpak’ en behelst in de kern een vorm van doelregulering, niet toevallig een onderwerp waarover Pauline Westerman kritisch heeft gepubliceerd.²

Eind 2023 bereikten de Raad en het Europees Parlement na een drie dagen durende ‘gespreksmarathon’ een voorlopig akkoord. Op 21 mei 2024 ging de Raad definitief akkoord, zodat deze wetgeving er echt gaat komen.³

De AI-act en het oude ‘Nieuwe wetgevingskader’

De Unie zag zich dus gesteld voor de vraag hoe je een adembenemend snelle technologische ontwikkeling, die op allerlei deels onvoorzienbare vlakken zowel heel nuttig als heel gevaarlijk kan zijn, in een deugdelijk wettelijk kader vangt.

Hoewel AI op het punt van ongrijpbaarheid wel ‘een soort van next level’ is, is het uiteraard niet het eerste product waarvoor de Unie harmoniserende wetgeving maakt. Integendeel, onder de noemer ‘het nieuwe wetgevingskader’ is in de woorden van de Commissie een ‘compleet systeem’ beschikbaar dat ‘alle verschillende elementen die in de wetgeving inzake productveiligheid moeten worden geregeld, in een coherent, alomvattend wetgevingsinstrument heeft samengebracht’. Dit instrument kan, aldus de Commissie, ‘over de gehele linie worden gebruikt, in alle industriële sectoren en zelfs daarbuiten wanneer EU-wetgeving is vereist.’⁴ En dus ook voor AI.

2 P.C. Westerman, ‘Doelregelgeving en democratie’, in: M. Groenhuijsen e.a. (red.), *Recht in geding*, Den Haag: Boom Juridisch 2014, p. 125-134.

3 Zie <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>; www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/05/21/artificial-intelligence-ai-act-council-gives-final-green-light-to-the-first-worldwide-rules-on-ai/pdf/ (verder: AI-act).

4 P. 12 van de mededeling van de Commissie De Blauwe Gids van 2022: richtlijnen voor de uitvoering van de productvoorschriften van de EU (Voor de EER relevante tekst) (2022/C 247/01). Hierna: de Blauwe Gids.

Het bijzondere aan de AI-act is zo bezien dat het als ongrijpbaar ervaren fenomeen AI vrij nuchter wordt benaderd als een ‘gewoon’ product dat ook ‘gewoon’ in het bestaande stelsel van EU-productveiligheidswetgeving kan worden ingebracht. De veiligheid van een AI-systeem wordt hier op hoofdlijnen op vergelijkbare wijze geregeld als – zeg – de veiligheid van een teddybeer onder de speelgoedrichtlijn.⁵

De aan dit artikel toebedachte ruimte laat een beschrijving van alle aspecten van ‘het nieuwe wetgevingskader’ niet toe. Dat hoeft gelukkig ook niet; het is niet zinvol om te proberen de door de Commissie bij wijze van ‘mededeling’ uitgegeven zogenoemde ‘Blauwe Gids’ hierover in duidelijkheid en volledigheid te evenaren.⁶ Van belang is dat het stelsel een ‘overkoepelende’ algemene verordening en ook voor het markttoezicht geldende algemene bepalingen kent.⁷ Het voor het publiek meest zichtbare algemene kenmerk van deze productwetgeving is dat de producten die eronder vallen, alleen op de markt van de Unie gebracht mogen worden als ze voorzien zijn van een zogenoemde CE-markering. Ook voor AI wordt dit verplicht.⁸ Achter dit herkenbare symbool gaat een wereld aan verantwoordelijkheden en procedures schuil voor fabrikanten, importeurs, onafhankelijke keuringsinstanties, toezichthouders, accreditatieorganen, en talrijke voorschriften over documentatie, modules voor conformiteitsbeoordelingen, keuringen en maatregelen om onveilige producten uit de schappen te halen. Ook het verder ontsluiten van de AI-act zelf hoeft niet uitgebreid in dit artikel te worden besproken, omdat ook hierover de Commissie een informatieve website heeft.⁹

Hier interesseert ons vooral de materiële normstelling door anderen dan de EU-wetgever zelf: wie bepaalt in dit stelsel nu eigenlijk waaraan AI moet voldoen?

5 De speelgoedrichtlijn is een typische productveiligheidsrichtlijn met CE-markering en dergelijke: Richtlijn 2009/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 betreffende de veiligheid van speelgoed (Pb 2009 L 172).

6 Zie noot 5.

7 Verordening (EG) nr. 765/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 339/93 (Pb L 218 van 13 augustus 2008, p. 30). Besluit nr. 768/2008/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 betreffende een gemeenschappelijk kader voor het verhandelen van producten en tot intrekking van Besluit 93/465/EEG van de Raad (Pb L 218 van 13 augustus 2008, p. 82). Verordening (EU) 2019/1020 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende markttoezicht en conformiteit van producten en tot wijziging van Richtlijn 2004/42/EG en de Verordeningen (EG) nr. 765/2008 en (EU) nr. 305/2011 (Pb L 169 van 25 juni 2019, p. 1).

8 Artikel 48 van de AI-act.

9 Zie <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai>. Zie voor een private organisatie eventueel ook: <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>.

Normering in het ‘Nieuwe wetgevingskader’

Uitgangspunten van de ‘nieuwe aanpak’ wetgevingstechniek voor wat betreft de normering zijn de volgende:

- De richtlijn (of verordening) wordt beperkt tot de *essentiële eisen* (bij voorkeur prestatie- eisen, functionele eisen).
- De technische specificaties voor producten die moeten voldoen aan de essentiële eisen, worden vastgelegd in *geharmoniseerde normen* die naast de wetgeving kunnen worden toegepast.
- Producten die in overeenstemming met de geharmoniseerde normen zijn, profiteren van een *vermoeden van conformiteit* met de essentiële eisen.
- De fabrikant kan andere technische specificaties toepassen om aan de essentiële eisen te voldoen als hij kan aantonen dat die ook voldoen (doorgaans door inschakeling van een onafhankelijke keuringsinstantie).¹⁰

Naast de eisen in de verordening zelf komt in dit stelsel dus veel belang toe aan de ‘geharmoniseerde normen’. Daarmee wordt bedoeld op de in beginsel private normen die door de Europese normalisatie-instituten – zoals in Nederland het NEN – in het kader van CEN en Cenelec worden ontwikkeld. Dat zijn de ‘specs’ die geacht worden in elk geval een goede invulling te geven aan de essentiële eisen. Een daarmee conform product wordt vermoed aan de essentiële eisen te voldoen en mag (na conformiteitsbeoordeling al naar gelang door de fabrikant zelf of door een onafhankelijke keuringsinstantie) dus met CE-markering op de markt van de Unie worden gebracht.

Het behoeft geen betoog dat met de vaststelling van de geharmoniseerde normen grote belangen gemoeid kunnen zijn. Ook hiervoor geldt daarom een algemene verordening met onder andere eisen die aan het proces worden gesteld op het gebied van transparantie en representativiteit, waar de AI-act ook naar verwijst.¹¹ Die verordening bepaalt ook dat de Commissie een verzoek kan doen om een geharmoniseerde norm te ontwikkelen. Als de norm voldoet aan ‘de eisen die hij beoogt te dekken en die zijn vastgesteld in de overeenkomstige harmonisatiewetgeving van de Unie’, maakt de Commissie een referentie van die geharmoniseerde norm bekend in het Publicatieblad van de Europese Unie.¹² Vanaf dat moment geldt de norm als geharmoni-

¹⁰ P. 8 van de ‘Blauwe Gids’, zie voetnoot 5.

¹¹ Artikel 40, tweede en derde lid, van de AI-act.

¹² Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012, nr. 1025/2012 betreffende Europese normalisatie, tot wijziging van de Richtlijnen 89/686/EEG en 93/15/EEG van de Raad alsmede de Richtlijnen 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG en 2009/105/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Beschikking 87/95/EEG van de Raad en Besluit nr. 1673/2006/EG (PB 2012 L 316, p. 19).

seerde norm, met het daaraan gekoppelde vermoeden van conformiteit met de essentiële eisen uit de verordening zelf.

Hoewel de AI-act ook een aantal concrete AI-toepassingen verbiedt en ook overigens wel specifieke bepalingen voor AI bevat, zijn de ‘familietrekjes’ van het Nieuwe wetgevingskader prominent aanwezig. Zo stelt Overweging 121 bij de AI-act dat normalisatie een belangrijke rol speelt bij ‘de levering van technische oplossingen aan aanbieders om de naleving van deze verordening te waarborgen, in overeenstemming met de stand van de techniek, opdat de innovatie, het concurrentievermogen en ook de groei op de eengemaakte markt kunnen worden bevorderd’. De naleving van geharmoniseerde normen moet daarbij ook ‘een middel zijn voor aanbieders om de overeenstemming met de voorschriften van deze verordening aan te tonen’. Daarna wordt de Commissie nog aangespoord om haast te maken met de verzoeken. Overweging 123 benoemt dat voor een hoog niveau van betrouwbaarheid van AI-systemen met een hoog risico, conformiteitsbeoordeling nodig is voordat zij in de handel worden gebracht of in gebruik worden gesteld.¹³ In artikel 40 van de AI-act zijn dan ook zowel het vermoeden van overeenstemming als de opdracht aan de Commissie om voortvarend verzoeken tot ontwikkeling van normen te doen neergelegd. Ook andere bepalingen in hoofdstuk III over hoog risico AI zijn ‘hard core’ Nieuw wetgevingskader.

Veel AI zal niet op zichzelf staand op de markt gebracht worden, maar deel uitmaken van een ander product waarvoor op grond van sectorale richtlijnen al EU-producteisen gelden. In dat geval moeten de AI-eisen en -procedures als het ware worden opgeteld bij de voor dat product al geldende sectorale (procedurele en inhoudelijke) eisen.¹⁴ Ook de bevoegde toezichthouder volgt in beginsel dan uit deze indeling.¹⁵ Annex I bij de AI-act bevat een catalogus van de EU-wetgeving waar het om gaat.

Punt van Pauline: is het volk hier eigenlijk nog wel de ‘principal’?

Het komt er al met al op neer dat AI in belangrijke mate gereguleerd zal worden via wat Pauline Westerman gemunt heeft als ‘doelregelgeving’: geen gedetailleerde regels die voorschrijven hoe burgers moeten handelen, maar wetten die ‘slechts aangeven welk doel moet worden bereikt’ – in het Nieuwe wetgevingskader de ‘essentiële eisen’ – ‘of welk belang moet worden beschermd’ (bijv. schending van grondrechten door AI voorkomen). ‘Zo’n

13 Overwegingen bij de actuele tekst van het voorstel voor de AI-act; zie noot 2 voor de vindplaats.

14 Artikel 8, tweede lid, van de AI-act.

15 Artikel 74, derde lid, van de AI-act.

wet schrijft niet voor hoe dat doel moet worden bereikt, maar stelt slechts een abstracte zorgplicht vast en geeft andere partijen de opdracht op die zorgplicht uit te werken in meer concrete regelgeving. Die andere partijen hoeven niet altijd met naam te worden genoemd.¹⁶

Doelregelgeving is volgens Pauline bepaald niet probleemloos. Omdat het in de kern om uitbesteding gaat, is er sprake van klassieke ‘principal en agent’-problematiek: kort gezegd besteedt de principal uit omdat hem de middelen en de kennis ontbreken om de taak zelf uit te voeren. Daardoor ontstaat informatieasymmetrie: de agent weet meer dan de principal. En dat levert een ‘klemmende vraag’ op: ‘hoe kan de principal ervan uitgaan dat de agent die meerkennis niet benut voor eigen voordeel, maar daadwerkelijk aanwendt om het doel van de principal te bereiken?’¹⁷

Vertaald naar een publieke context is deze vraag des te klemmender omdat – mogelijk via een keten van principal-agentrelaties – het hier dan uiteindelijk gaat om democratische verantwoording waarbij de gezamenlijkheid van (EU-)burgers (Pauline: ‘het volk’) eigenlijk de echte principal is. De vraag is dus of zich bij deze wijze van reguleren van AI ook de situatie voordoet waarbij democratische legitimatie ‘slechts met een dunne draad verbonden is aan de bulk van regulering die zich aan de democratische besluitvorming onttrekt’.¹⁸ In andere woorden is de conclusie van Pauline: ‘Alleen in de representatieve democratie met al haar tekorten is de burger waarlijk principal.’ Is dit verenigbaar met de keuze om een belangrijk deel van de normering van zoiets ingrijpends als AI over te laten aan in beginsel private normalisatie-instituten?

Een (te) dunne draad?

Hieraan vooraf gaat de vraag of er wel keus is; is het wel mogelijk het fenomeen AI te vangen in klassiek één op één normerende (Unie)wetgeving? En hoe gedetailleerd zou dergelijke wetgeving dan moeten zijn en hoe zorgen we dan dat de Uniewetgever voldoende alert reageert op nieuwe ontwikkelingen? Maar ook als de Uniewetgever geen andere keus had dan het benutten

16 P.C. Westerman, ‘Doelregelgeving en democratie’, in: M. Groenhuijsen e.a. (red.), *Recht in geding*, Den Haag: Boom Juridisch 2014, par. 1.

17 Idem, par. 2.

18 Idem, par. 3: ‘Nu kan men natuurlijk zeggen dat als de overheid optreedt, doelen stelt en subsidie geeft, zij dit doet uit naam van het volk en dat het volk de uiteindelijke principal is. Formeel is dat juist. Maar gek genoeg hangt de democratische legitimatie dan toch af van de mechanismen van een formele representatieve democratie. En daarvan werd nu juist opgemerkt dat zij slechts met een dunne draad verbonden is aan de bulk van regulering die zich aan de democratische besluitvorming onttrekt.’

van de mogelijkheden van het aloude Nieuwe wetgevingskader – ik neig naar die opvatting – is het zinvol te bezien of de door Pauline geschetste democratische verantwoordingsmanco's in dit stelsel riskante vormen aannemen. Dat er risico's zijn bij 'uitbesteding' van normering, is zonder meer aannemelijk; dat doet zich ook bij teddyberen voor en is op zichzelf dan ook niet nieuw. Uiteindelijk kan alleen empirisch onderzoek over een jaar of twintig aantonen of de 'agent' eigen doelen heeft nagestreefd waardoor gevaarlijke AI op de markt kwam (of in beginsel ook omgekeerd: nuttige, veilige AI onterecht niet op de markt kwam). Van doorslaggevend belang zal zijn (1) wie de pen vasthoudt en (2) wie uiteindelijk beslist welke normen daadwerkelijk gaan gelden.

Op beide vlakken zijn voorzieningen getroffen in de algemene verordening over Europese normalisatie (verder Vo. 1025/2012) en in de AI-act.¹⁹ Daaruit volgt voor wat betreft de penvoering kort gezegd dat de Europese normalisatieorganisaties moeten zorgen voor 'passende vertegenwoordiging en effectieve deelname van alle belanghebbenden' (inclusief mkb, consumentenorganisaties en belanghebbenden op sociaal en milieugebied). Ook toegang voor toezichthouders wordt aangemoedigd.

Voor wat betreft het beslissen (2) is van belang dat de opgestelde normen het 'vermoeden van overeenstemming' met de essentiële eisen ontberen zo lang de verwijzing ernaar door de Commissie nog niet is gepubliceerd in het Publicatieblad.²⁰ Hoewel opmerkelijk 'feitelijk' geformuleerd, gaat het hier in de kern om een bevoegdheid die ook beoogt om ondeugdelijke normen niet het 'vermoeden' toe te kennen. Bekendmaking van een normreferentie is dus een besluit dat sterk lijkt op 'goedkeuring' en dat uiteindelijk genomen wordt door een orgaan dat daarover democratische verantwoording verschuldigd is aan een parlement. Lidstaten en Europees Parlement kunnen ook formele bezwaren indienen en ook overigens gelden er transparantie-verplichtingen.²¹ Hierdoor ligt er in dit stelsel toch een behoorlijk 'dikke draad'. Dat ondervangt nog niet de situatie dat het vaststellen van geharmoniseerde normen dringend geboden is, maar niet tot stand komt. De AI-act

19 Artikel 40, derde lid, van de AI-act verwijst naar de artikelen 5, 6 en 7 van Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012, nr. 1025/2012 betreffende Europese normalisatie, tot wijziging van de Richtlijnen 89/686/EEG en 93/15/EEG van de Raad alsmede de Richtlijnen 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG en 2009/105/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Beschikking 87/95/EEG van de Raad en Besluit nr. 1673/2006/EG (PB 2012 L 316, p. 19).

20 Artikel 40, eerste lid, van de AI-act.

21 Artikel 11, resp. 12 en 4 van Vo. 1025/2012.

ondervangt dit echter ook door de Commissie de bevoegdheid toe te kennen dan zelf normen vast te stellen.²²

Per saldo lijkt dus een deugdelijke procedure voor de ‘promotie’ van private normen aanwezig. Mogelijk is er nog wel een andere legitimatie-kwetsbaarheid in het stelsel: het voldoen aan de wettelijke ‘essentiële eisen’ is (uiteeraard) verplicht, maar het voldoen aan de geharmoniseerde normen juist niet; deze zijn immers geen wetgeving, maar bieden slechts een vermoeden van overeenstemming. Dat betekent dat er een alternatief is om tot geldige CE-markering en markttoegang te komen door andere normen toe te passen en de conformiteit van het product met de essentiële eisen te laten beoordelen door een onafhankelijke, bij de Commissie aangemelde keuringsinstantie (doorgaans aangeduid als ‘notified body’ of ‘nobo’). Ook de AI-act biedt deze mogelijkheid.²³ Consequentie hiervan is dat dan vertrouwd moet worden op de essentiële eisen zelf en de kwaliteit van de toegepaste (private) normen en van de beoordeling door (in beginsel private) aangemelde instanties. ‘De draad’ lijkt dan wat dunner, want beperkt tot de abstracte essentiële eisen, de systematiek van aanmelding van keuringsinstanties en de lidstaatverantwoordelijkheid daarvoor.

Voorzichtige conclusie

De nuchtere ‘teddybeerbenadering’ van de regulering van AI heeft heel veel voordelen: er komt alomvattende juridische infrastructuur beschikbaar (wetgeving, normering, procedures, toezicht) die dankzij decennialange ontwikkeling behoorlijk uitgekristalliseerd en getest is en in de hele Unie al bekend is en toegepast wordt. Het stelsel is van zichzelf relatief flexibel, omdat er een soort gecontroleerde wisselwerking met de markt ontstaat, terwijl toch sprake is van een behoorlijke mate van democratisch gelegitimeerde ‘grip’. Die open wisselwerking is een niet te onderschatten voordeel; we hebben immers nog geen idee waarvoor AI allemaal gebruikt zal gaan worden en wie zich dus nog zullen gaan melden als ‘fabrikant’. Ook de relatief eenvoudige aansluiting met sectorale productwetgeving – de AI loopt in het ontwerp, de keuring enzovoort meteen mee – zou weleens een onmisbaar deel van een succesformule kunnen blijken te zijn.

Dat neemt niet weg dat de ‘vermaningen’ van Pauline ook op dit terrein onverminderd actueel zijn. Het is uitbesteding vanwege gebrek aan kennis, dat levert informatie-asymmetrie op en dus risico’s dat er toch gevaarlijke AI op de markt komt. Het optreden van de Commissie maar ook van de

22 Artikel 41 van de AI-act.

23 Artikel 43 van de AI-act.

lidstaten, de toezichthouders, de nobo's, de marktpartijen, de importeurs enzovoort moet daarom met argusogen worden gevolgd. Als het stelsel werkt zoals beoogd, slaat de Unie een grote slag. Een realistisch alternatief is er waarschijnlijk ook niet. Het lijkt mij een goede greep, laten we hopen dat ik gelijk heb.

De *bunq*-zaak: doelbepalingen, uitbestede regelgeving en het verschil tussen outputnormen en middelvoorschriften

Simon van Oort*

‘Vandaag, 18 oktober 2022, heeft bunq een historische rechtszaak gewonnen tegen De Nederlandsche Bank (DNB) over het gebruik van moderne technologie in de strijd tegen witwassen van geld. De Nederlandse rechtbank heeft krachtig in het voordeel van onze technologiedreven filosofie besloten.’¹

Met deze woorden richtte bunq-CEO en -oprichter Ali Niknam zich tot de bunq-gebruikers. De titel van het bericht? ‘De zaak van bunq vs. DNB – effectiviteit vs. dogma’. Bunq stond zich voor op de door hun ingenieurs ontwikkelde ‘op risico gebaseerde methoden’ waarmee fraude zogenoemd ‘slimmer en efficiënter’ bestreden kon worden. Ze verzetten zich in de woorden van Niknam tegen De Nederlandse Bank (DNB), die hun methoden lange tijd afwees en hen in plaats daarvan ‘dwong’ om ‘hun verouderde benadering te volgen, “doe wat zij zeggen”’.² De uitspraak in hoger beroep is uiteraard genuanceerder dan het persbericht van de gedeeltelijk in het gelijk gestelde appellante doet vermoeden,³ maar de scherp aangezette tegenstellingen vertonen opmerkelijke overeenkomsten met Pauline Westermans werk op het gebied van doelregelgeving. In deze bijdrage poog ik deze casus te annoteren in de geest van Westermans bijdragen aan het debat over dit onderwerp. Niet de toezichtrechtelijke en bestuursrechtelijke finesses van de

* Simon van Oort is jurist en historicus. Hij is werkzaam als projectleider modernisering sanctiestelsel bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken en is als buitenpromovendus verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen. In zijn promotieonderzoek bekijkt hij welke rol de Britse constitutie gespeeld heeft in de geschiedenis van het Nederlandse politieke staatsrecht in de periode 1812-1983. Hij schrijft deze bijdrage op academische titel.

1 Zie www.bunq.com/nl-nl/blog/the-case-of-bunq-vs-dnb-effectivity-vs-dogma#.

2 Idem.

3 Cf. www.dnb.nl/nieuws-voor-de-sector/oud/toezicht-2022/reactie-op-uitspraak-cbb-in-zaak-bunq/.

zaak staan centraal,⁴ maar de meer rechtsfilosofische beschouwingen. Allereerst bespreek ik het doelvoorschrift waar de zaak met name om draaide. Vervolgens ga ik nader in op hoe de open norm waar het hier om te doen is, wordt ingevuld door de toezichthouders, en tot slot bespreek ik de uitspraak, waarbij mijn stelling is dat deze in essentie ging om het verschil tussen middel en doelvoorschriften en dat daarbij een aantal democratisch-rechtstatelijke pijnpunten aan de oppervlakte kwamen die Westerman in haar oeuvre blootlegt.

Het cliëntenonderzoek om witwassen en terrorismefinanciering tegen te gaan: de anatomie van een doelvoorschrift

*In een systeem van doelregelgeving vaardigt de wetgever niet langer gedetailleerde regels uit die voorschrijven hoe burgers moeten handelen, en wat ze moeten doen of moeten nalaten. Bij doelregelgeving worden wetten uitgevaardigd die slechts aangeven welk doel moet worden bereikt of welk belang moet worden beschermd. Zo'n wet schrijft niet voor hoe dat doel moet worden bereikt, maar stelt slechts een abstracte zorgplicht vast en geeft andere partijen de opdracht om die zorgplicht uit te werken in meer concrete regelgeving.*⁵

Eén Nederlandse wet waarvoor dit opgaat en die de laatste jaren volop in de maatschappelijke en politieke belangstelling staat, is de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Het doel van deze wet uit 2008 is het voorkomen van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en het financieren van terrorisme.⁶ De Wwft legt daartoe een aantal zorgplichten op aan financiële ondernemingen, zoals banken ('instellingen' in Wwft-jargon). Deze verplichtingen omvatten onder meer het doen van cliëntenonderzoek en het melden van ongebruikelijke transacties.⁷ In de *bunq*-zaak stond het cliëntenonderzoek centraal. De bepaling waar een groot deel van de zaak om draaide, was artikel 3, tweede lid, onder c Wwft. Voor een goed begrip van deze bepaling is enig zicht op het omliggende wetgevende pees- en spierweefsel cruciaal:

4 Datisal met vruchteldersgedaan. Zie m.n. CBb 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, AB 2022/344 m.nt. R. Stijnen en CBb 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, RF 2022/75 m.nt. R. Stijnen.

5 P.C. Westerman, 'Doelregelgeving en democratie', in: M. Groenhuijsen e.a. (red.), *Recht in geding*, Den Haag: Boom Juridisch 2014, p. 125.

6 *Stb.* 2008, 303.

7 Zie hierover uitgebreider het preadvies van R. Stijnen, 'Zorgplichten bij financiële dienstverlening, bij bestrijding van witwassen, bij marktregulering en bij het waarborgen van de volksgezondheid', in: *Zorgplichten in het bestuursrecht. Preadviezen* (VAR-reeks 170), Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 203-269.

- ‘1. Een instelling verricht ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme cliëntenonderzoek.
2. Het cliëntenonderzoek stelt de instelling in staat om:
(...)
c. het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie vast te stellen;
(...)
8. Een instelling stemt het cliëntenonderzoek aantoonbaar af op de risicogevoeligheid voor witwassen of financiering van terrorisme van het type cliënt, zakelijke relatie, product of transactie.’

De bepaling is bepaald niet de enige in haar soort. Sterker nog, zij volgt het klassieke stramien van het genus doelwetgeving. Doelbepalingen bestaan meestal uit drie bestanddelen, aldus Westerman:

- ‘1. een doelvoorschrift: doel D is nastrevenswaardig en dient bevorderd of beschermd te worden;
2. een implementatieverplichting: neem maatregelen/vaardig regels uit opdat D wordt behaald;
3. een rapportageverplichting: rapporteer over de geboekte vooruitgang.’⁸

Het uitgebreide stelsel van rapportageverplichtingen dat de Wwft kent, blijft hier om redenen van beknoptheid buiten beschouwing. Wat de verdere anatomie betreft, is het doelvoorschrift het voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering. De implementatieverplichting is het moeten doen van cliëntenonderzoek. De inhoud van dit cliëntenonderzoek is daarbij niet geheel ongeclauseerd, in de zin dat ook dit aan een aantal specifieke doelvereisten moet voldoen. Daarvan is hier relevant dat het cliëntenonderzoek de instelling in staat moet stellen om het doel en de aard van een zakelijke cliënt-relatie vast te stellen. Hoe dat precies dient te gebeuren, wordt in het midden gelaten. Om de complexe balans tussen vrijheid en gebondenheid nog één slag complexer te maken, geldt dat het cliëntenonderzoek ‘aantoonbaar’ risico-gebaseerd moet zijn.

Het toezicht op de naleving: uitbestede regelgeving?

DNB houdt toezicht op de naleving van de Wwft door banken. Dit toezicht behelst deels het invullen van de wettelijke open normen, iets waar de toezichthouder zich zelf ook zeer bewust van is:

8 P.C. Westerman, ‘Doelregelgeving en democratie’, in: M. Groenhuijsen e.a. (red.), *Recht in geding*, Den Haag: Boom Juridisch 2014, p. 125-26. Vgl. de definitie van zorgplichten in S.E. Zijlstra e.a., *Ruimte voor zorgplichten*, p. 6, bijlage bij *Kamerstukken II 2003/04*, 29279, nr. 14.

‘De Wwft kent een flink aantal open normen. Die zijn soms uitdagend om na te leven voor instellingen. DNB biedt handvatten om deze normen te kunnen naleven. Deze informatiefunctie heeft een belangrijke plaats in het toezicht van DNB. Naast verduidelijkende documenten van internationale organisaties als FATF en EBA, geeft DNB in leidraden, good practices, Q&A’s en nieuwsberichten toelichting en verduidelijking.’⁹

‘Handvatten’, ‘leidraden’, ‘good practices’. De parallel met Westermans duiding van dit soort quasi-rechtsfiguren is dusdanig pregnant dat een woordelijk citaat hier op zijn plaats is:

‘Wat we dus zien ontstaan is een enorme hoeveelheid regelgeving, die verspreid over de verschillende actoren rond een bepaald doel wordt vastgesteld. Deze berg aan targets, benchmarks, prestatie-indicatoren, eisen voor certificering etc etc. zijn slechts met een enkele dunne draad verbonden aan formele wetgeving, namelijk daar waar op Europees of nationaal niveau een abstracte zorgplicht wordt opgelegd en regelgevende taken worden uitbesteed. De inhoud van al die regels wordt vastgesteld door de agents en sub-agents. En omdat al die agents elkaar weer, in de gedaante van principals, aan een rapportageverplichting houden, zijn zij niet alleen bezig met het maken van regels maar ook met het controleren op naleving en in sommige gevallen ook handhaving.’¹⁰

Het gegeven dat de toezichthouder door het invullen van open normen feitelijk aan normstelling doet, en de normstelling dus in feite door de wetgever is uitbesteed, is een belangrijke constatering voor de beantwoording van de vraag die in de zaak centraal staat. Wat daarbij een rol speelt, is aan wie de wetgever heeft uitbesteed. Is dat de toezichthouder of de normadressaat?

De zaak: hebben we hier te maken met een doelvoorschrift of een middelvoorschrift?

‘Scherpe grenslijnen zijn er niet te trekken tussen proces en output noch tussen doel en middel, omdat ieder doel weer middel kan zijn tot een volgend doel, maar deze filosofische moeilijkheden kunnen we omzeilen door ons steeds de praktische vraag te stellen of de norm ruimte laat

9 De Nederlandsche Bank (DNB), *Van herstel naar balans. Een vooruitblik naar een meer risicogebaseerde aanpak van het voorkomen en bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering*, Amsterdam: DNB 2022, p. 21.

10 P.C. Westerman, ‘Doelregelgeving en democratie’, in: M. Groenhuijsen e.a. (red.), *Recht in geding*, Den Haag: Boom Juridisch 2014, p. 130-31. Deze argumentatie is nader uitgewerkt in P.C. Westerman, *Outsourcing the Law. A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edgar Elgar 2018.

*voor gedragsalternatieven. Als die ruimte er is, dan hebben we te maken met outputnormen. Is die ruimte er niet, dan hebben we te maken met middelvoorschriften.*¹¹

Terwijl de Wwft nog in wording was, schreef Westerman bovenstaande zinnen in *RMThemis* en raakte daarmee onbedoeld de essentie van de *bunq*-zaak. Feitelijk en juridisch was de vraag of bunq de Wwft overtreden had door te werken met standaardprofielen die zijn opgesteld aan de hand van algoritmes voor het doen van het risicogebaseerde cliëntenonderzoek. Daarover verschilden bunq en DNB principieel van opvatting.¹²

Bunq voerde daarbij aan dat er voor het vaststellen van het doel en de aard van een zakelijke relatie meerdere manieren zijn en dat ook de wet daarvoor de ruimte biedt. ‘De wetgever laat de precieze invulling over aan de instelling, waarbij niet de methode maar het resultaat centraal staat’, aldus bunq.¹³ Anders gezegd: het gaat hier om een doelvoorschrift en het staat ons vrij om een middel te kiezen. DNB stelde hier tegenover dat dit betoog uit zou gaan van een onjuiste wetsuitleg, omdat het gebruik van standaardprofielen ertoe zou leiden dat alle nieuwe klanten toegang tot een bankrekening krijgen, voordat een toereikend, op het individu toegespitst onderzoek naar het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie heeft plaatsgevonden.¹⁴ In die optiek is er dus al sprake van een aanzienlijke invulling van de wettekst waarbij de ruimte voor gedragsalternatieven beperkter wordt en er al een paar stappen gezet worden op de zeephelling naar een middelvoorschrift.

Alvorens de knoop door te hakken, bracht het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) ter opmaat de wetsgeschiedenis in herinnering.¹⁵ Omdat uit onderzoek ten tijde van de totstandkoming van de Wwft naar voren was gekomen dat instellingen gedetailleerde voorschriften met betrekking tot het cliëntenonderzoek ‘als onnodig knellend ervaren’, koos het wetsvoorstel voor een ‘principle-based’ benadering.¹⁶ Dat houdt in ‘dat niet wordt voorgeschreven hoe het cliëntenonderzoek dient te worden verricht, maar tot welk resultaat het onderzoek moet leiden. (...) Aangezien het de instelling vrij staat om te bepalen hoe tot dit resultaat wordt gekomen kan de wijze van uitvoering van cliëntenonderzoek in de praktijk sterk verschillen.’¹⁷

11 P.C. Westerman, ‘Outputsturing in de rechtsstaat’, *RMThemis* 2006, afl. 6, p. 237.

12 Cbb 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, AB 2022/344 m.nt. R. Stijnen.

13 Cbb 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, par. 8.1.2.

14 Cbb 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, par. 8.2.2.

15 Cbb 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, par. 8.3.

16 *Kamerstukken II* 2007/08, 31238, nr. 3, p. 6.

17 *Kamerstukken II* 2007/08, 31238, nr. 3, p. 7.

Met deze wetsgeschiedenis in de hand overwoog het CBb dat de bepaling niet voorschrijft op welke wijze het cliëntenonderzoek moet worden verricht. 'Het inwinnen van informatie over het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie moet een instelling in staat stellen om eventuele risico's die de dienstverlening aan een cliënt oplevert in te schatten.' De methode van bunq doet dit. DNB heeft volgens het CBb niet inzichtelijk gemaakt waarom bunq op basis van deze informatie niet in staat was om eventuele risico's die de dienstverlening aan deze bestaande klanten oplevert in te schatten. 'Alleen de stelling van DNB dat met die gegevens niet het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie conform de Wwft is vastgesteld, biedt dat inzicht niet', aldus het CBb.¹⁸ Met deze laatste overweging bewijst het CBb de rechtsstatelijkheid van doelvoorschriften een eer. In 2006 vreesde Westerman namelijk (niet ten onrechte) dat het verschil tussen klassieke normstelling en outputregulering hem in een omkering van de bewijslast zou zitten. Daarbij zou het niet langer aan de overheidspartij zijn 'om te bewijzen dat de normadressaat zijn plicht niet is nagekomen' maar aan de normadressaat om te bewijzen dat hij zijn plicht wel degelijk heeft vervuld.¹⁹ Met die gevaarlijke ommekeer is het CBb niet meegegaan. Het is niet aan bunq als normadressaat om tegenbewijs te geven voor de stelling van de toezichthouder, maar aan de toezichthouder om het bewijs van de overtreding van de open norm te leveren. Daarbij verduidelijkt het CBb dat de invulling van de open normen in dezen aan de normadressaat is, niet aan de toezichthouder. Net als bij de klassieke normstelling greep de rechter voor de beslechting van dit geschil terug op de bedoeling van de wetgever. Daarmee is de mogelijkheid geschapen dat het veld weer wat vrijer wordt. Misschien, heel misschien, is dit een voorbeeld van doelregelgeving die de toets doorstaat?

18 CBb 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, par. 8.5.4.

19 P.C. Westerman, 'Outputsturing in de rechtsstaat', *RMThemis* 2006, afl. 6, p. 240.

Autonomie

Nudging en de paradox van autonomie

Op menig ministerie wordt bepleit sociaal-psychologische kennis in te zetten om de burger effectief in de richting van een bepaald gewenst beleidsdoel te sturen. De vraag is in hoeverre zo'n praktijk, die uitgaat van de beperkte rationaliteit van de mens, verenigbaar is met de autonomie van de burger. Is het niet verstandiger uit te gaan van de beperkte rationaliteit van overheden?

1. Inleiding

Alweer meer dan tien jaar geleden verscheen het artikel 'Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron' van R.H. Thaler en C.R. Sunstein, waarin zij het begrip 'nudgen' introduceerden.¹ Overheden doen er verstandig aan, aldus de auteurs, om hun burgers af en toe een 'nudge' te geven, 'een duwtje' in de goede richting. Dat is nodig omdat burgers zelf niet altijd weten wat goed voor hen is, en ook een vaak beperkte visie hebben op de vraag waarmee het algemeen belang het beste gediend is. Overheden zouden zulke duwtjes niet direct moeten beschouwen als ontoelaatbare inmenging in het privéleven. Een zeker paternalisme is volgens de auteurs wenselijk en volgens hen ook heel goed te verzoenen met libertarisme waarin de vrijheid van het individu wordt gerespecteerd.

De vraag die ik in deze bijdrage aan de orde wil stellen is of dat nudgen ook te verzoenen is met het idee van de autonome burger. Om deze vraag te beantwoorden zal ik eerst in het kort iets meer vertellen over nudgen als vorm van paternalisme. Daarna zal ik ingaan op de ideehistorische achtergrond van het libertarisme en de rol die de gedachte van de autonome mens daarin vervult. Ik zal beargumenteren dat de libertaire veronderstellingen van Thaler en Sunstein leiden tot twee inconsistenties. Ten eerste wordt ten onrechte volgehouden dat overheden zelf niet aan beperkte rationaliteit lijden en ten tweede wordt sturing voorgesteld als in strijd met natuurlijke vrijheid en autonomie. In paragraaf 3 zal ik beargumenteren dat beide

1 R.H. Thaler & C.R. Sunstein, 'Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron' (Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, nr. 185), Coase-Sandor Institute for Law and Economics 2003, beschikbaar via http://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/308/, geraadpleegd januari 2017.

inconsistenties te vermijden zijn zodra men inziet dat de autonome burger niet de bron maar juist het product is van een werkzame rechtsorde. In zo'n rechtsorde zijn maatregelen genomen om machtsverschillen tussen overheid en burger te verkleinen en verschijnt de overheid niet alleen als 'duwer', maar ook als 'geduwde'. Pas dan heeft de burger de mogelijkheid zijn leven via het recht vorm te geven en een bescheiden mate van autonomie uit te oefenen. Ik eindig met de conclusie dat dergelijke beperkte autonomie alleen kan worden gegarandeerd als we het idee van de natuurlijke autonome mens verlaten.

2. Bounded freedom

Het artikel van Thaler en Sunstein, dat later uitgroeide tot hun boek *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*,² is geïnspireerd door empirisch-psychologisch onderzoek dat laat zien dat de mens allesbehalve rationeel is als het erom gaat zijn voorkeuren te bepalen en te kiezen tussen gedragsalternatieven. Gedragspsychologen zoals de bekende Daniel Kahneman menen dat observaties van gedrag betrouwbaarder resultaten opleveren dan de rationele motieven die burgers zichzelf toedichten. Ik kan menen dat ik gezond leef, maar observatie van mijn gedrag laat toch zien dat ik eerder de lift neem dan de trap als de lift makkelijker bereikbaar is. De reden daarvoor is de neiging om de gemakkelijkste weg te bewandelen. Het kan rationeler zijn om de optie te kiezen die niet voor de hand ligt, maar in de praktijk blijkt men onbewust de inspanning te mijden die zo'n afwijkende route kost. Mensen kunnen verkeerd inschatten wat hun mogelijkheden en kansen zijn, en kunnen zelfs misleid worden door de woorden waarin gedragsalternatieven worden aangeboden. Uit onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat als men geld terugkrijgt met de mededeling dat dit een 'restitutie' is, het bedrag op de bank wordt gezet. Wordt hetzelfde bedrag echter als 'bonus' gepresenteerd dan wordt het vrijelijk gespendeerd. Kahnemans bevindingen leiden dan ook tot de conclusie dat we de menselijke rationaliteit niet moeten overdrijven: als er al enige rationaliteit te ontwaren valt dan is dat toch zeker een *bounded rationality*.

Op grond van deze psychologische bevindingen concluderen Thaler en Sunstein dat *bounded rationality* moet leiden tot *bounded freedom*. Beslissingen over welke gedragsalternatieven de voorkeur verdienen moeten we niet helemaal vrijlaten. Het is helemaal niet zo gek om als overheid de burger een beetje in de goede richting te sturen. Daarmee zou de overheid zich moeten laten leiden door deze psychologische inzichten en de wereld zo moeten inrichten dat de burger gemakkelijker voor het goede kan kiezen: de 'architectuur' moet zo zijn dat de burger in de richting gestuurd wordt van

2 R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, Londen: Penguin Books 2009.

het doel dat de overheid voor ogen heeft. Supermarkten zijn bekende voorbeelden van zo'n keuze-architectuur. Door de goedkopere producten op de onderste en moeilijkst bereikbare plank te leggen zorgen ze ervoor dat de klant het duurdere product koopt. Wat supermarkten met het oog op gewin doen, kunnen overheden ook aanwenden ter bereiking van het algemeen belang. Waarom zouden we bijvoorbeeld niet het meest calorierijke of zoete voedsel in de kantine achteraan zetten of op een moeilijker bereikbare plaats?

Kernbegrip voor wie nadenkt over zo'n keuze-architectuur is 'default'. Het ordenen en sturen van keuzen gaat voor een belangrijk deel via het veranderen van de default-optie. Defaults komt men bijvoorbeeld tegen op digitale formulieren waar een bepaalde antwoordoptie al is aangevinkt. Bedrijven die je reclame willen sturen hebben zo'n optie bij voorbaat aangevinkt op het bestelformulier. De moeite en aandacht die het kost om het vinkje uit te zetten leveren hen gemakkelijk de benodigde toestemming. Het belang van defaults is ook goed te zien aan de manier waarop organdonatie wordt gereguleerd. Zoals bekend, wordt in een aantal landen uitgegaan van een default waarin men uitdrukkelijk toestemming tot donatie moet geven (nee, tenzij). In andere landen is de default juist omgekeerd: tot het tegendeel is bewezen kan men ervan uitgaan dat men instemt met donatie (ja, mits). Het resultaat van dit verschil is dat in landen met een ja-default meer organen beschikbaar zijn dan in landen met een nee-default. Kennelijk is het volgen van de default makkelijker en daarmee gangbaarder dan het afwijken van zo'n default.

Thaler en Sunstein beargumenteren nu dat de vrijheid van de burger door dit soort ingrepen in de keuze-architectuur niet wezenlijk wordt aangetaast. Men kan immers altijd nog kiezen voor de optie die niet als default staat aangemerkt. Het abonnement dat automatisch wordt verlengd kan immers worden opgezegd, de optie die niet staat aangevinkt kan worden gekozen en de moeilijk bereikbare lift achterin het gebouw kan nog altijd worden geprefereerd boven de makkelijk bereikbare trap. Thaler en Sunstein beklemtonen daarom dat de burgers hun vrijheid houden; de overheid beperkt zich ertoe de omgeving zo in te richten dat mensen – vaak onbewust – het goede doen.

Het werk van Thaler en Sunstein is met opvallend enthousiasme ontvangen in de wereld van bestuur en beleid. Menig ministerie en adviesraad is in de ban gekomen van de nudge, en bepleit gedragswetenschappelijke expertise ter ondersteuning van wetgeving en beleid. In het Verenigd Koninkrijk werd het Behavioural Insights Team op Downing Street 10 geïnstalleerd³, en ook in Nederland zagen tal van rapporten en adviezen het licht.⁴

³ www.behaviouralinsights.co.uk/about-us/.

⁴ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Met kennis van gedrag beleid maken*, Den Haag/ Amsterdam: WRR/Amsterdam University Press 2014; Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *De verleiding weerstaan. Grenzen aan beïnvloeding van*

De Nederlandse rapporten zijn overwegend positief over de vooruitzichten van 'slimme' sturing, en halen onveranderlijk dezelfde voorbeelden aan. Niet al die voorbeelden zijn adequaat. In de literatuur blijkt een wel heel ruim begrip van nudging te worden gehanteerd; in sommige genoemde voorbeelden weet de burger namelijk niet eens dat er een keuzemogelijkheid is. De vlieg die staat afgebeeld op de urinoirs in Schiphol om 'targeted' urineren aan te moedigen – een favoriet voorbeeld – dankt haar effectiviteit immers vooral aan het feit dat de toiletgebruiker niet eens weet dat hij ergens heen geleid wordt en dus evenmin beseft dat er een contraire keuze kan worden gemaakt. In andere gevallen is de keuzevrijheid theoretisch. Denk bijvoorbeeld aan de cookie-regeling waarbij men alleen een site kan raadplegen als men op 'ja' klikt. En ten slotte zijn sommige van de genoemde nudges helemaal geen zacht duwtje meer, maar een keiharde stoot, namelijk daar waar zij ingebakken zijn in de fysieke architectuur, zoals in verkeersdrempels of software-programmering die het onmogelijk maakt te kopiëren of te downloaden. Het libertaire element is in deze laatste voorbeelden ver te zoeken.⁵

De discussie over de toepasselijkheid en wenselijkheid van nudging⁶ als iets dat 'institutioneel verankerd' moet zijn in de 'beleidscyclus' wordt enigszins verduisterd door deze uiteenlopende interpretaties van 'nudging'. Daar waar nudging neerkomt op pure manipulatie is de conclusie al snel getrokken dat nudging op gespannen voet staat met de rechtsstaat, omdat de burger niet in staat gesteld wordt de norm te kennen. Hij of zij wordt in een bepaalde richting gestuurd zonder dat sprake is van een keuze. De autonomie van de burger zou daarmee worden ondergraven. Om de discussie enigszins interessanter te maken beperk ik de definitie van nudgen tot de mogelijkheid om de keuze-architectuur zo aan te passen dat de vrijheid van de burger intact blijft en het kiezen van de non-default alleen wordt bemoeilijkt. Leiden dergelijke zachte duwtjes-met-behoud-van-vrijheid eveneens tot een teloorgang van autonomie?

Om die vraag te beantwoorden is het echter raadzaam om niet alleen aandacht te geven aan het paternalistisch aspect van het nudgen, maar ook aan het libertarisme waarop de auteurs zich zeggen te beroepen. Hun

gedrag door de overheid, Den Haag 2014; Raad voor de Leefomgeving en Infrastructuur, *Doen en laten. Effectiever milieubeleid door mensenkennis*, Den Haag 2014; Nederlandse School voor Openbaar Bestuur, *Nudges onderscheiden: Over de inbedding van gedragspsychologie in overheidsbeleid*, 2014.

5 R. Leenes, 'Framing Techno-Regulation: An Exploration of State and Non-State Regulation by Technology', *Legisprudence* 2011, afl. 2, p. 143-169.

6 Een lezenswaardige bundeling academische essays kan men vinden in A. Alemanno e.a., 'Nudging Healthy Lifestyles – Informing Regulatory Governance with Behavioural Research', *European Journal of Risk Regulation* 2012, afl. 1, te raadplegen via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2005672.

voorstel is immers om te komen tot een ‘libertarian paternalism’. Hoe moeten we dat libertarisme begrijpen en wat is het verband tussen libertarisme en autonomie?

3. Twee inconsistenties

De gedachte dat de mens autonoom is – dit wil zeggen letterlijk zijn eigen recht schept – vindt zijn hoogtepunt in de lange traditie van politieke theorieën waarin een denkbeeldig contract wordt verondersteld als basis van de politieke orde. In de theorie van John Locke bijvoorbeeld fungeert de burger niet als normadressaat maar als de bron van die rechtsorde. Er is in deze theorie geen sprake van een contract tussen reeds bestaande partijen. Bij Locke wordt een van de partijen – de overheid – via het contract juist in het leven geroepen. Rousseau gaat nog een stapje verder. Niet alleen de overheid ontstaat ten gevolge van het contract maar hij veronderstelt nog een tweede, daaraan voorafgaand contract waarmee de individuen zich aansluiten tot een volk. In zijn theorie is dus niet alleen de overheid maar ook het volk het resultaat van het contract. In beide gevallen echter berusten de politieke orde en de rechtsorde op de instemming van vrije en onafhankelijke individuen die letterlijk autonoom zijn; zichzelf de wet stellen en de overheid aanstelt als hun hoeder. Deze primordiale mens, de overheidstichtende burger, is niet aangewezen op een rechtsorde die paal en perk stelt aan datgene waartoe hij mag contracteren en de condities aangeeft die moeten worden vervuld wil het contract geldig zijn. Hij is hooguit gebonden aan de abstracte vereisten van het natuurrecht. Dat natuurrecht kan slechts overdrachtelijk gezien worden als een rechtsorde. Het bestaat uit niet meer dan enkele uitgangspunten zoals ‘beloften moeten worden nagekomen’, ‘ieder het zijne’ of ‘nadeel moet gecompenseerd worden’ die op hun beurt worden afgeleid uit de aard van de mens. Het natuurrecht is weinig informatief over hoe we een contract moeten sluiten of hoe we daaraan enige geldigheid kunnen geven. Het natuurrecht stelt maar één eis aan het contract dat we sluiten met de overheid: het zegt alleen dat de mens de plicht en het recht heeft zijn zelfbehoud na te streven. De contracterende burger mag zijn zelfbehoud niet verkwanselen aan een overheid die zijn vrijheid of leven op het spel zal zetten.

Maar om aan deze minimale eis te voldoen moet natuurlijk wel verondersteld worden dat de instemmende burger in enige mate rationeel is. Hij moet niet alleen de opdracht van het natuurrecht begrijpen, maar hij moet ook weten op welke wijze hij zijn zelfbehoud het beste kan bevorderen. De instemmende burger kan en mag geen fanaticus zijn die zijn zelfbehoud wil opofferen ten behoeve van staatsbelang of eeuwig zielenheil.⁷ Autonomie vereist dus niet alleen een zekere vrijheid van dwang maar ook rationaliteit.

7 B. Zwiebach, *Civility and Disobedience*, Cambridge: Cambridge University Press 1975.

De gedachte dat overheden gestoeld zijn op instemming van de burgers kan alleen worden verdedigd als we tevens veronderstellen dat die burgers rationeel zijn, weten waar hun belangen liggen en hoe die het beste kunnen worden gediend op de lange termijn. Alleen een mens die van nature vrij en rationeel is kan geacht worden de bron te zijn van een rechtsorde.

We zien dus dat het concept van de autonome burger die zelf de stichter is van de rechtsorde waarin hij leeft inherent verknoopt is met de veronderstelde rationaliteit van de mens. Als nu uit de besproken gedragspsychologische experimenten blijkt dat mensen hooguit een beperkte rationaliteit genieten en hun keuzes het resultaat blijken te zijn van verkeerde inschattingen, dan moet daar noodzakelijkerwijs uit voortvloeien dat als die burgers aan zelfwetgeving gaan doen ook die rechtsordes weleens op dwalingen en misvattingen zouden kunnen gaan berusten. Voor zover *bounded rationality* wordt gekoppeld aan autonomie – de mogelijkheid zelf recht te scheppen – dan lopen we het risico dat dat zelfgemaakte recht weleens ondeugdelijk recht kan zijn, gebaseerd op een verkeerde voorstelling van zaken en al die andere dwalingen waar gedragspsychologen ons op attent maken.

Thaler en Sunstein besteden aan die mogelijkheid echter geen aandacht. De gedachte komt niet bij de auteurs op dat de rechtsorde zelf weleens een verkeerde of onrechtvaardige rechtsorde zou kunnen zijn, voortvloeiend uit de *bounded rationality* van degenen die haar in het leven riepen, of, aannemelijker nog, de *bounded rationality* en de misvattingen van degenen die haar nu bemannen en vertegenwoordigen. De auteurs nemen voetstoots aan dat de duwtjes-gevende overheid zelf heel goed weet wat de burgers zouden moeten wensen en waar het algemeen belang uit bestaat. Men blijft zich concentreren op de misvattingen en redeneerfouten van de burgers zonder zich af te vragen of de overheid niet aan dezelfde blinde vlekken zou kunnen lijden.

Maar ook een tweede inconsistentie springt in het oog. Want hoezeer ook de auteurs doordrongen zijn van de gebrekkige rationele vermogens van de burgers, zij blijven wel vasthouden aan het libertaire gedachtengoed van de natuurtoestand, waarin overheidsingrijpen gezien wordt als een inbreuk op de ‘natuurlijke’ gang van zaken waarin vrije en gelijke individuen met elkaar contracteren zonder enig andere beperkingen dan die van het natuurrecht. Dit betekent niet dat de auteurs deze aannamen expliciet herhalen, maar de aloude concepten en veronderstellingen klinken heel duidelijk door in de voorbeelden die de auteurs geven van overheidsingrijpen. Dat is te zien in een voorbeeld van libertair paternalisme dat door Thaler en Sunstein wordt genoemd: het recht van de consument op veertien dagen bedenktijd na aankoop. Sunstein en Thaler stellen het voor alsof de extra gegunde bedenktijd een vorm van (mild) paternalisme is, een vorm van overheidsingrijpen om de klant tegen zijn eigen onbezonnenheid te beschermen.

Maar is deze voorstellingswijze wel gerechtvaardigd? Waarom zou men de toestand van de vrije markt waarin klanten niet worden beschermd tegen leveranciers zien als de ‘meer natuurlijke’? Alleen toch maar omdat men onder invloed is van die eeuwenlange traditie waarin vrije individuen in de natuurtoestand leven voordat zij een maatschappelijk verdrag sluiten? Maar als we ons nu eens indenken dat die natuurlijke toestand op een misverstand berust, misschien wel net zo’n groot misverstand als de hele gedachte van rationele individuen, zouden we de ingreep van de veertien dagen bedenktijd dan nog steeds als een paternalistische ingreep zien? Ik denk het niet. Als we de natuurrechtelijke traditie van ons af proberen te schudden dan wordt het mogelijk om zowel de veertiendagenoptie als ook de vrije markt te zien als een kwestie van architectuur.

Het libertarisme van Thaler en Sunstein bestaat in hun veronderstelling dat de keuzearchitectuur die door de overheid wordt aangebracht verrijst in het lege landschap van de natuurtoestand, waarin de vrije markt de natuurlijke situatie is die door geen overheid wordt gereguleerd. Maar ook de vrije markt is een vorm van architectuur. Ook een begrip als partijautonomie is het resultaat van een bewuste keuze van de wetgever om de zaken zo en niet anders te regelen. Er is niets dat consumentenbescherming ‘minder natuurlijk’ maakt dan partijautonomie of andersom. Beide arrangementen zijn architectonische bouwwerken die de keuze weerspiegelen die door de wetgever is gemaakt. Het enige verschil in beide gebouwen is de mate van bescherming die aan de ene dan wel de andere partij – de producent dan wel de consument – wordt gegeven. Maar beide architectonische constructies vereisen overheidsingrijpen en vereisen normatieve keuzes over welke belangen en waarden beschermd moeten worden. Beide zijn in die zin met een groot woord ‘paternalistisch’ te noemen.

4. Zonder rechtsorde geen autonomie

De laatste zin van de vorige paragraaf is niet een pleidooi voor paternalisme en overheidsingrijpen maar slechts een constatering. Als we ons afvragen of burgers en contractspartijen werkelijk autonoom zijn, dat wil zeggen feitelijk ‘zichzelf de wet stellen’, kunnen we kort zijn. Nee. Alle burgers zijn gebonden aan wet en regel en in het merendeel van de gevallen worden die niet door henzelf vastgesteld maar door andere personen en instituties. De autonomie van contractspartijen lijkt een uitzondering op die regel omdat deze partijen inderdaad – via het contract – recht vormen, maar zelfs als we de partijautonomie in het burgerlijk recht een flink stuk oprekken voorbij de grenzen die daar gewoonlijk aan worden gesteld, is toch eenvoudig in te zien dat autonomie met een grote letter A hier ver te zoeken is.

Zonder een rechtsorde kan men namelijk niet eens spreken van contracten. Contracten kunnen alleen gesloten worden binnen een juridisch stelsel

dat voorziet in de figuur van contract. Zij zijn alleen geldig als zij voldoen aan bepaalde formele en materiële voorwaarden die in die rechtsorde worden gesteld. En zij kunnen alleen worden afgedwongen in een rechtsorde die voorziet in een beroep op de rechter. Men kan dus alleen zelf recht maken binnen een rechtsorde die door anderen gemaakt is. Alleen binnen een reeds bestaande rechtsorde en alleen in landen met een overheidsapparaat van enige betekenis ontstaat de mogelijkheid dat de individuele burger zelf zijn leven vormgeeft door een bedrijf op te zetten, te trouwen, contracten te sluiten en testamenten na te laten. Deze mogelijkheden tot rechtsvorming – autonomie met een kleine letter a – zijn van het grootste belang.

We spreken daarover zelden, wellicht omdat het bestaan van al deze mogelijkheden in onze rechtsorde zo vanzelfsprekend is. Maar wie in landen als India of Nigeria zaken probeert te doen, merkt wat het betekent als er geen werkzame rechtsorde is. Men is dan aangewezen op informele contacten, op connecties, op persoonlijke reputatie en vooral op veel steekpenningen om dingen te bereiken die voor ons eenvoudig op het stadhuis kunnen worden afgedaan. Zo meldt De Soto dat in een land als Egypte het formeel laten registreren van een bedrijf een bureaucratisch proces vereist dat 14 jaren in beslag neemt.⁸ Zo merkt Goyal op dat zakendoen in India voornamelijk mogelijk is dankzij het bestaan van informele tussenpersonen die met hun persoonlijke reputatie garant staan voor het welslagen van de transactie.⁹ Boo laat zien hoe een rechterlijke macht functioneert als rechters omkoopbaar zijn en wat dat betekent voor de burgers van zo'n rechtsorde.¹⁰

Autonomie ligt dus niet ten grondslag aan de rechtsorde zoals in de contractstheorie wordt beweerd. Het is juist andersom. De rechtsorde ligt ten grondslag aan een zekere mate van autonomie. Zonder zo'n rechtsorde is men ten prooi aan de grillen van rechter en bestuurder, is men aangewezen op een persoonlijk netwerk van contacten, op de eigen persoonlijke financiële bronnen en zelfs dan is men nooit zeker van zijn zaak. En wie nooit zeker is van zijn zaak, kan geen plannen maken, en zal niet investeren in ondernemingen die op de lange termijn pas voordelig zijn. Met andere woorden, in een situatie zonder rechtszekerheid kan de individuele burger zijn leven niet zelf vormgeven. Autonomie, zelfs die met een kleine letter a, is onmogelijk.

Dat brengt ons op de stelling dat een zekere mate van autonomie slechts mogelijk wordt gemaakt door heteronomie, en pas kan worden verwezenlijkt door een rechtsorde die de wereld zo inricht – en ja, daar komt architectuur bij kijken – dat burgers de bevoegdheid hebben om recht te kunnen vormen

8 H. de Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, New York: Basic Books 2000.

9 Y. Goyal, *Institutions in Informal Markets* (diss. Rotterdam), 2016, te raadplegen via <https://repub.eur.nl/pub/93023/> BW-Goyal_lr.pdf.

10 K. Boo, *Behind the Beautiful Forevers*, New York: Random House 2012.

en daarmee rechten en plichten van anderen te kunnen veranderen. We kunnen nu de vraag naar de relatie tussen nudgen en autonomie scherper stellen. Als we inzien dat autonomie het resultaat is van de specifieke manier waarop onze rechtsorde is ingericht, dan is het niet langer adequaat om te veronderstellen dat elke architectuur, elke vorm van nudgen per definitie haaks staat op autonomie. Integendeel. Het inrichten van een rechtsorde, compleet met bepaalde default-optie is juist een voorwaarde voor die autonomie. De vraag wordt dan veeleer: welke architectuur biedt de meeste mogelijkheden voor de burger om zijn leven te vormen zoals hij dat zelf wil? Welke default-opties bevorderen de autonomie en welke default-opties doen daar afbreuk aan? Nu er geen 'natuurlijke leegte' meer verondersteld hoeft te worden en we inzien dat er altijd een zekere keuze-architectuur bestaat, dient de vraag zich aan hoe die architectuur eruit moet zien willen haar bewoners burgers en geen onderdanen zijn.

Ik denk dat zo'n architectuur aan minstens één voorwaarde moet voldoen. De rechtsorde moet zo zijn ingericht dat deze rekening houdt met de mogelijkheid dat overheden evenzeer kunnen dwalen als individuen. Zoals ik in de vorige paragraaf al opmerkte komt deze gedachte niet op bij de voorstanders van nudging. Zij spreken alleen over de burger als degene die behept is met beperkte geestesvermogens en gaan er stilzwijgend van uit dat de overheid het vaak 'beter' weet. De slimme sturing die in beleidsrapporten wordt aangeprezen betreft alleen sturing van de burger en niet die van de overheid. Willen we de *bounded rationality* van de mens echter serieus nemen, dan moeten we defaults inbouwen die niet alleen rekening houden met het irrationele gedrag van de individuele burger, maar zeker ook dat van de overheid. Dat betekent dat het niet alleen de burger maar ook de overheid moeilijk moet worden gemaakt om irrationele keuzes te maken. Ook de overheid moet moeite doen om van bepaalde defaults af te wijken als die defaults wenselijk zijn.

Voor een groot deel zijn die defaults al ingebouwd en wel in de juridische architectuur. De onschuldpresumptie is een voorbeeld van zo'n default. De onschuld van de verdachte staat al aangevinkt. De overheid moet nu moeite doen om het vinkje te zetten bij schuld. Het gelijkheidsbeginsel is een andere default. De overheid moet bewijzen dat het noodzakelijk is om bepaalde onderscheidingen inzake ras, religie en sekse te maken. Het wordt de overheid dus moeilijk gemaakt om van het gelijkheidsbeginsel af te wijken. Kortom, onze rechtsorde is voor een groot deel al op te vatten als een bouwwerk waarbij bepaalde keuzen makkelijker worden gemaakt dan andere. Het enige verschil is dat de aandacht in deze juridische architectuur ook uitgaat naar het mogelijk irrationele gedrag van de overheid. Veel juridische keuze-architectuur is erop gericht het risico van mogelijke overheidsdwalingen te minimaliseren.

Op dit punt aangekomen valt gemakkelijk in te zien waarom het nudgen zo populair is op de ministeries. Al langere tijd is de aandacht verschoven van overheid naar burger. Zo werd begin deze eeuw opeens gewag gemaakt van zogenaamde ‘algemene beginselen van behoorlijk burgerschap’. Inmiddels is een stijl van reguleren in zwang geraakt waarbij de normadressaat de bewijslast krijgt opgelegd. Het is aan de normadressaat om te bewijzen dat prestatie-indicatoren of targets zijn behaald, en aan de zorgplicht is voldaan.¹¹ Nudging als het eenzijdige duwtje in de rug van de burger in plaats van aan de overheid past naadloos in dit beeld.

Daarbij worden de machtsverschillen tussen overheid en burger uit het oog verloren. Maar juist die machtsverschillen zijn van het grootste belang als het gaat om de autonome burger. Als we nudging alleen maar begrijpen als het duwtje dat de sterkere partij aan de zwakkere partij geeft, dan is het niet denkbeeldig dat de autonomie van de zwakkere bedreigd wordt, net als de autonomie van de klant van de supermarkt uitgehold wordt door de uitgekiende marketingspecialisten die onze keuze manipuleren ten gunste van groter gewin.

Daarentegen is nudgen ten gunste van het verkleinen van die machtsverschillen naar mijn mening wel normatief verdedigbaar omdat zij die autonomie scheppen of vergroten. Dan denk ik met name aan defaults zoals grondrechtenbescherming waarmee het overheden lastig gemaakt kan worden te dwalen of ten nadele te handelen van de minder machtige burger. Maar ook de veertiendagenterugbrenggarantie past in deze categorie omdat het de beperkt-rationele zwakke burger beschermt tegen de evenzeer beperkt-rationele sterke burger. Ingrepen ten gunste van bescherming van de zwakkere partij, zowel in privaat- als publiekrechtelijke verhoudingen vergroten de autonomie immers van degenen die anders overgeleverd zouden zijn aan de dwalingen van de sterkere partij.

5. Conclusie

Nudging als vorm van ‘slimme’ sturing die gebaseerd is op gedragspsychologisch onderzoek blijkt een eenzijdige aangelegenheid te zijn. Hoewel het in de rede ligt te veronderstellen dat niet alleen burgers maar ook overheden met een beperkte rationaliteit kampen, figureert de overheid in zowel het werk van Thaler en Sunstein alsook in de diverse beleidsrapporten die nudging aanprijzen overwegend als de ‘duwer’ terwijl de burger vooral de positie bekleedt van ‘geduwde’.

Een tweede veronderstelling waarop het pleidooi voor een libertair paternalisme is gebaseerd is de veronderstelling dat libertarisme zich kenmerkt

11 Zie p. Westerman, ‘The Changing Bell Jar’, *European Journal of Legal Studies* 2008, afl. 1, p. 183-202.

door afwezigheid van overheidsinterventie. Libertarisme wordt voorgesteld als de instandhouding van een natuurlijke 'leegte' waarin vrije en rationele individuen met elkaar contracteren en waarin geen enkele architectuur is aangebracht.

In dit artikel heb ik beide veronderstellingen bekritiseerd: de veronderstelde leegte berust op een illusie. De burger is niet van nature autonoom, maar dankt zijn autonomie juist aan de rechtsorde. De bevoegdheden die hij heeft om te trouwen, zaken te doen en eigendom na te laten zijn hem verleend door de rechtsorde en kunnen ook alleen worden uitgeoefend in een werkzame rechtsorde.

Wie dat erkent kan zich afvragen hoe het architectonische bouwwerk eruit moet zien waarin de autonomie van de burger wordt gegarandeerd en kan worden uitgebreid. De vraag is dan niet *of* er moet worden ingegrepen, maar *hoe*. De bestaande rechtsorde maakt goed duidelijk dat een bouwwerk waarin machtsverschillen tussen overheid en burger en tussen sterke en zwakke partijen worden geëxpliciteerd tevens de mogelijkheid biedt deze machtsverschillen te verzachten en zo de autonomie van zwakkere partijen te vergroten. Dat kan door de default-opties zo in te richten dat de sterkere partijen meer obstakels te overwinnen hebben dan de zwakkere.

Maar dat kan alleen wanneer machtsverschillen niet onder tafel geveegd worden. Het gaat erom wie bepaalt wat 'de goede richting' is en wie mag duwen. Door te sleutelen aan de defaultknoppen kunnen we de antwoorden op die vraag beïnvloeden. Zolang we vasthouden aan de gedachte van autonome individuen in een lege natuurtoestand ontfangen we ons de mogelijkheid om de institutionele rechtsorde zo in te richten dat mensen daadwerkelijk autonomie verwerven. De paradox van autonomie is dat ze alleen kan worden verworven als men erkent dat mensen niet van nature autonoom zijn.

Een duwtje van de overheid in de rug van de beroepsgroep leraren

Gerard Bruin*

Voor het schrijven van mijn proefschrift met de titel ‘Geregelde beroepen: Publiek-private samenwerking voor het opstellen van wet- en regelgeving’¹ heb ik dankbaar gebruik gemaakt van publicaties van Pauline Westerman over autonomie. In het bijzonder de publicatie ‘Nudging en de paradox van autonomie’² heeft mij nuttige inzichten gegeven in de betekenis van autonomie. In die publicatie beschrijft Westerman nudging als het aan de burger geven van ‘een duwtje’ in de goede richting door de overheid. Als voorbeeld van nudging wordt genoemd dat de consument na aankoop recht heeft op veertien dagen bedenktijd. Het regelen van deze bedenktijd is een vorm van overheidsingrijpen waarbij de overheid in de richting van het doel stuurt dat zij voor ogen heeft. De consument wordt extra beschermd en tegelijkertijd doet deze bescherming niet af aan de vrijheid van de consument om een onbezonnen aankoop niet te retourneren.³

In deze bijdrage ga ik in op de rol van nudging bij regulering van beroepen, in het bijzonder bij de beroepsgroep leraren. Want hoe is nudging door de overheid te verenigen met het uitgangspunt dat bekwaamheidsonderhoud bij de beroepsgroep leraren ‘van, voor en door de leraar’ moet zijn?⁴ In dat

* Gerard Bruin is als coördinerend jurist werkzaam bij het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat en was daarvoor werkzaam bij het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. In 2024 heeft hij zijn promotieonderzoek met de titel ‘Geregelde beroepen: Publiek-private samenwerking voor het opstellen van wet- en regelgeving’ afgerond.

1 G.J. Bruin, *Geregelde beroepen: Publiek-private samenwerking voor het opstellen van wet- en regelgeving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom 2024.

2 P.C. Westerman, ‘Nudging en de paradox van autonomie’, *Ars Aequi* 2017, afl. 7/8, p. 582-590.

3 Idem, p. 586-587. Westerman ontleent het voorbeeld van geregelde consumentenbescherming aan R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*, Londen: Penguin Books 2009.

4 G.J. Bruin, *Geregelde beroepen: Publiek-private samenwerking voor het opstellen van wet- en regelgeving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom 2024, p. 286-288. Voor meer bespiegelingen over de juridische positie van de leraar, zie: F.H.J.G. Brekelmans

verband wordt in de literatuur over professionalisering van beroepen gepleit voor zo min mogelijk overheidsinterventie. In deze literatuur is aangedragen dat beroepen op grond van eigen governance, vakkenis en beroepsethiek zonder vergaande overheidsinterventies publieke belangen moeten kunnen waarborgen. De overheid dient deze beroepsbeoefenaars ruimte te geven en zoveel mogelijk gebruik te maken van de kennis en ervaring van beroepsbeoefenaars. Door ruimte aan beroepsbeoefenaars te geven zou ongewenste uitwerking van overheidsinmenging op de beroepsuitoefening worden vermeden, terwijl het publieke belang nog steeds wordt geborgd. Dit principe zou zowel moeten gelden voor het opstellen van wetgeving als voor wet- en regelgeving zelf.⁵ In feite wordt hiermee opgeroepen tot meer autonomie voor de beroepsgroep bij beroepsuitoefening en bij regulering van het beroep.⁶

De relatie tussen nudging en autonomie

Westerman stelt in haar publicatie dat bij een gereguleerd onderwerp geen sprake kan zijn van een natuurlijke vorm van autonomie. In die vorm is autonomie een 'natuurlijk iets' dat beroepsbeoefenaars bij beroepsuitoefening toekomt.⁷ Overheidssturing door wet- en regelgeving staat het ontstaan van autonomie bij een beroepsgroep als een 'natuurlijk iets' in de weg. Tegelijkertijd kan de overheid met wet- en regelgeving een zekere mate van autonomie aan de beroepsgroep bieden. Deze vorm van autonomie bij regulering wordt dan mogelijk gemaakt door heteronomie. De autonomie die de consument in het voorbeeld van consumentenbescherming toekomt, is bijvoorbeeld het resultaat van een rechtsorde waarin het privaatrecht een bepaalde mate van contractvrijheid toekent. Het regelen van consumentenbescherming is een aanpassing in de architectuur van de rechtsorde waarin de consument een zekere mate van autonomie toekomt.⁸

& M. van Es, 'Bespiegelingen over de juridische positie van de leraar in het funderend onderwijs onder Rutte IV', *NTOR* 2023, afl. 4, p. 25-26.

- 5 M.A. de Bree & M. Dees, 'Maatschappelijke dynamiek en complexiteit vergen meer innovatie in beleid en wetgeving', *TPEdigitaal* 2022, nr. 1, p. 61; M.A. de Bree, M. Dees & M.W. Scheltema, 'Ex-durante-evaluatie van wetgeving en beleid. Nieuw normaal in turbulente tijden', *RegelMaat* 2023, afl. 3, p. 227-228; G.J. Bruin, *Geregelde beroepen: Publiek-private samenwerking voor het opstellen van wet- en regelgeving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom 2024, p. 283.
- 6 Idem, p. 47-50.
- 7 P.C. Westerman, 'Nudging en de paradox van autonomie', *Ars Aequi* 2017, afl. 7/8, p. 586-588; G.J. Bruin, *Geregelde beroepen: Publiek-private samenwerking voor het opstellen van wet- en regelgeving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom 2024, p. 48; M.F. Nolen, *De bestuurder in het onderwijs. De juridische positie van de bestuurder in vijf onderwijssectoren* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 25-26.
- 8 P.C. Westerman, 'Nudging en de paradox van autonomie', *Ars Aequi* 2017, afl. 7/8, p. 588; G.J. Bruin, *Geregelde beroepen: Publiek-private samenwerking voor het opstellen van wet- en regelgeving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom 2024, p. 48.

Ook bij regulering van het beroep leraren is sprake van een bestaande rechtsorde. In deze rechtsorde speelt het schoolbestuur een belangrijke rol. Het schoolbestuur kan vanwege zijn sterke positie als opdrachtgever van leraren en wettelijk verantwoordelijke voor de kwaliteit van het onderwijs het beleid voor bekwaamheidsonderhoud aan een school vaststellen. Het schoolbestuur kan leraren verbinden aan verplichtingen voor bekwaamheidsonderhoud.

Het is dan ook maar de vraag in hoeverre de beroepsgroep of een beroepsorganisatie voor leraren in de praktijk ook echt de ruimte heeft om zelf beslissingen te nemen als de overheid zich zo min mogelijk bemoeit met regulering van het beroep. Als de beroepsgroep leraren zelf het beroep wil reguleren, zal deze rekening moeten houden met de positie van het schoolbestuur. De beroepsgroep leraren zal met de schoolbesturen afspraken moeten maken over bekwaamheidsonderhoud. De beroepsorganisatie dient dan wel sterk gepositioneerd te zijn om op te komen voor de belangen van de beroepsgroep.⁹ Als leraren zich verenigen in een beroepsorganisatie om de belangen van de beroepsgroep te verwezenlijken, kan de beroepsgroep een sterkere positie verwerven. De beroepsorganisatie als vertegenwoordiger van de beroepsgroep kan dan bij de schoolbesturen erop aandringen om bepaalde afspraken te maken over de beroepsuitoefening.

Als de beroepsorganisatie niet goed in staat is om de belangen van de beroepsgroep te vertegenwoordigen, blijft het schoolbestuur de sterke partij in het krachtenveld. Juist dan zou de beroepsgroep baat kunnen hebben bij de betrokkenheid van de overheid. De overheid zou de beroepsorganisatie of de leraren aan een school een duwtje in de rug kunnen geven door op een voor de beroepsgroep gunstige manier in te grijpen.¹⁰ Anders gezegd, de overheid zou het krachtenveld tussen de beroepsgroep leraren en de schoolbesturen kunnen nudgen. Door nudging worden machtsverschillen verkleind. In dit geval gaat het om de machtsverschillen tussen de overheid en het schoolbestuur als sterke partijen in het krachtenveld en de beroepsgroep leraren als zwakkere partij.¹¹

9 Idem, p. 109-115. Het 'zelfregulerend vermogen' van de beroepsgroep en de beroepsorganisatie dient in voldoende mate aanwezig te zijn om een sterke positie te verwerven en op te kunnen komen voor eigen belangen.

10 Idem, p. 286-288.

11 P.C. Westerman, 'Nudging en de paradox van autonomie', *Ars Aequi* 2017, afl. 7/8, p. 589. Westerman geeft aan dat nudging door de overheid normatief verdedigbaar is voor het scheppen of vergroten van autonomie van de zwakkere partij. In dit voorbeeld wordt het de overheid of het schoolbestuur door nudging lastiger gemaakt om ten nadele van de beroepsgroep leraren te handelen.

Nudging bij de beroepsgroep leraren

Hoe zou een vorm van nudging in dit krachtenveld eruitzien? Interessant is te constateren dat de wetgever de beroepsgroep leraren in wetgeving al een duwtje in de rug heeft gegeven. In onderwijswetgeving is bijvoorbeeld in artikel 7.8 van de Wet voortgezet onderwijs 2020 bepaald:

‘De leraar beschikt over voldoende vakinhoudelijke, vakdidactische en pedagogische zeggenschap, waaronder de zeggenschap over:

- a. de inhoud van de lesstof;*
- b. de wijze waarop de lesstof wordt aangeboden en de middelen die daarbij worden gebruikt;*
- c. de te hanteren pedagogisch-didactische aanpak op de school en de wijze waarop daar uitvoering aan wordt gegeven, waaronder de begeleiding van de leerlingen en de contacten met de ouders; en*
- d. het in samenhang met de onderdelen a, b en c, onderhouden van de bekwaamheid van de leraren als onderdeel van het team.’*

Deze bepaling kent overeenkomsten met het voorbeeld uit de inleiding over consumentenbescherming. Net als bij consumentenbescherming wordt het machtsverschil tussen de betrokken partijen verkleind door het wettelijk toekennen van rechten aan een partij. Ook dienen zowel de consument als de leraar zelf in actie te komen door een beroep te doen op hun rechtsbescherming of zeggenschap. Anders gezegd, de overheid kan dan wel een duwtje in de goede richting geven, maar een consument of een leraar dient autonomie nog steeds actief te blijven verwerven. De zwakkere partij in het krachtenveld zal zelf moeten blijven streven naar een sterkere positie. Daarvoor kan bij leraren de vorming van een beroepsorganisatie of ander georganiseerd verband nuttig zijn.

Een belangrijk verschil zit echter in de mogelijkheden om actief een beroep op deze bepalingen te doen. Naleving van consumentenbescherming is mogelijk doordat de consument naar de Geschillencommissie voor Consumentenzaken of naar de kantonrechter kan gaan om zich hierop te beroepen. Dat is anders bij leraren. Bij de beroepsgroep leraren is de naleving en de mogelijkheid tot handhaving van bovengenoemde bepaling namelijk afhankelijk gemaakt van andere partijen binnen de schoolorganisatie en de Onderwijsinspectie. Hierna ga ik in op de samenhangende taken van het schoolbestuur, de medezeggenschapsraad en de Onderwijsinspectie.¹²

12 Voor meer informatie over de relatie tussen samenhangende instrumenten, zie: G.J. Bruin, *Geregelde beroepen: Publiek-private samenwerking voor het opstellen van wet- en regelgeving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom 2024, p. 221-224.

Bovengenoemde bepaling over zeggenschap van de leraar is in de wet geformuleerd als een bekostigingsvoorwaarde. Deze bepaling is daarom in beginsel een opdracht aan het schoolbestuur. Het schoolbestuur dient hieraan uitvoering te geven, maar omdat de zeggenschap van leraren de beleidsvrijheid van het schoolbestuur inperkt, zal het schoolbestuur met de uitvoering van deze bepaling terughoudend zijn. De bepaling biedt ook de ruimte om terughoudend te zijn, omdat niet duidelijk is wanneer sprake is van 'voldoende' zeggenschap. Verder bestaat onduidelijkheid over de relatie tussen de zeggenschap van leraren en de medezeggenschap van de medezeggenschapsraad van een school. Beide partijen gaan over de interne kwaliteitszorg van een school, bijvoorbeeld over de keuze voor een rekenmethode.¹³ Tot slot is de handhaving van deze bepaling afhankelijk gemaakt van het handhavingsbeleid van de Onderwijsinspectie. Als de Onderwijsinspectie geen prioriteit geeft aan de handhaving van deze bepaling, kan dat afbreuk doen aan de mogelijkheid van de leraar om op deze zeggenschap een beroep te doen.

Door de samenhang van bovengenoemde bepaling met de taken van het schoolbestuur, de medezeggenschapsraad en de Onderwijsinspectie wordt de in de rechtsorde gecreëerde ruimte van de beroepsgroep voor het verwerven van autonomie weer ingeperkt. Waar de overheid eerst nog een duwtje in de rug geeft, heeft de beroepsgroep vervolgens voor het verwerven van autonomie weer door de overheid gecreëerde hobbels te nemen. Deze hobbels kunnen door de overheid worden weggenomen door de zeggenschap van leraren in regelgeving concreet af te bakenen en de taak van handhaving bij een onafhankelijke instantie voor geschilbeslechting neer te leggen, zoals een geschillencommissie of een rechter.

Conclusie

De terugtrek van de overheid leidt bij de beroepsgroep leraren niet tot een vorm van autonomie waarin deze beroepsbeoefenaars zichzelf zonder invloed van buitenaf de wet kunnen stellen. Als de overheid ruimte geeft aan beroepsbeoefenaars en een beroepsorganisatie om het lerarenberoep te reguleren, ontstaat er ook ruimte voor andere partijen om daar invloed op uit te oefenen. Nudging door de overheid en daardoor overheidsinterventie bij regulering van dit beroep is in dat geval een beter alternatief. Door het

13 F.H.J.G. Brekelmans & M. van Es, 'Bespiegelingen over de juridische positie van de leraar in het funderend onderwijs onder Rutte IV', *NTOR* 2023, afl. 4, p. 25-26; J.S. Buiting, *De autonomie van de leraar* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 228-229. De interne kwaliteitszorg maakt deel uit het schoolplan. Op grond van artikel 10 van de Wet medezeggenschap op scholen heeft de medezeggenschapsraad instemmingsrecht ten aanzien van het vaststellen of wijzigen van het schoolplan.

toekennen van zeggenschap in de wet biedt de overheid een duwtje in de rug van de beroepsgroep leraren. Van deze beroepsgroep is dan nog steeds actieve inzet nodig om daadwerkelijk autonomie te verwerven. De beroepsgroep kan zelf pas invulling gaan geven aan zeggenschap als zij zich organiseert in bijvoorbeeld een beroepsorganisatie of een lerarenraad van een school. Tegelijkertijd is voor een goede werking van nudging goede architectuur in wetgeving nodig. Nudging dient te worden doorgevoerd in alle samenhangende taken en bevoegdheden van betrokken partijen in het stelsel waarin het beroep wordt gereguleerd. Bij de beroepsgroep leraren dient de bepaling over zeggenschap voor leraren voldoende concreet te zijn afgebakend, zodat voor andere partijen duidelijk is welke zeggenschap de beroepsgroep heeft. Ook dient de handhaving van deze bepaling gericht te zijn op het versterken van de autonomie van de beroepsgroep leraren. Alleen dan kan het duwtje van de overheid voor de beroepsgroep leraren pas een goede duw in de rug worden.

Nudging en de dienende overheid

Ramona Grimbergen*

Inleiding

Toen de redacteuren mij vroegen of ik een bijdrage wilde schrijven voor Pauline, heb ik, nadat de e-mail eerst verloren ging in een stroom van andere e-mails, de mogelijkheid met beide handen aangegrepen. De opdracht was simpel. Reflecteer op een van de artikelen van Pauline. Ik heb gekozen voor het artikel 'Nudging en de paradox van autonomie', al was het alleen al vanwege de aantrekkelijke titel met de woorden 'nudging' en 'paradox'.¹

In dit artikel, verschenen in 2017, reflecteert Pauline op het artikel 'Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron' van R.H. Thaler en C.R. Sustain uit 2003. Eigenlijk is deze bijdrage van mijn hand dus een reflectie op een reflectie.

In het artikel uit 2003 dat in de bijdrage van Pauline centraal staat, introduceren de auteurs het begrip 'nudgen'. Daarmee bedoelen zij dat overheden er goed aan zouden doen om hun burgers af en toe een 'duwtje' in de goede richting te geven. Volgens de twee auteurs kan de overheid via nudging verstandige keuzes stimuleren, terwijl de burger zijn autonomie behoudt. De burger wordt namelijk niet tot een bepaalde keuze gedwongen.² Pauline vraagt zich af of dit nudgen te verzoenen is met het idee van de autonome burger. In haar zoektocht naar het antwoord op deze vraag ontdekt zij twee inconsistenties in de veronderstellingen van de auteurs. Allereerst wordt ten onrechte volgehouden dat overheden zelf niet aan beperkte rationaliteit lijden, en in de tweede plaats wordt sturing voorgesteld als in strijd met natuurlijke vrijheid en autonomie. Deze inconsistenties zijn volgens Pauline te vermijden, zodra men inziet dat de autonome burger niet de bron, maar juist het product is van een werkzame rechtsorde. Degenen die het naadje

* Ramona Grimbergen is jurist bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Oost-Brabant en plaatsvervangend Collegelid bij het College voor de Rechten van de Mens. Daarnaast is zij bezig met een proefschrift over de Unierechtelijke prejudiciële procedure.

1 P.C. Westerman, 'Nudging en de paradox van autonomie', *Ars Aequi* 2017, afl. 7/8, p. 582-590.

2 Zie ook R. Zeilstra, 'Nudging: een juridisch relevant fenomeen met rechtsstatelijke impact', *Ars Aequi* 2022, afl. 4, p. 290.

van de kous willen weten, raad ik aan de interessante bijdrage van Pauline aandachtig (na) te lezen.

Het dienstbaarheidsbeginsel

Waar ik het vooral over wil hebben, is de conclusie die Pauline trekt na haar ontdekkingsreis. Zij stelt dat de vraag niet is óf moet worden ingegrepen, maar hoe. Een bouwwerk waarin machtsverschillen tussen overheid en burger en tussen sterke en zwakke partijen worden geëxpliciteerd, biedt ook de mogelijkheid om machtsverschillen te verzachten en zo de autonomie van zwakkere partijen te vergroten. Dat kan door *default*-opties³ zo in te richten dat de sterkere partijen meer obstakels te overwinnen hebben dan de zwakkere. Maar dat kan alleen, zo stelt Pauline, wanneer machtsverschillen niet onder tafel worden geveegd. Het gaat erom wie bepaalt wat ‘de goede richting is’ en wie mag duwen.

Ik heb niet het grote rechtsfilosofische brein dat Pauline heeft. Mijn brein is overwegend bestuursrechtelijk bedraad. Daarom dwaalde het bij het lezen van deze (rake) conclusie af naar het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb.⁴ In dit wetsvoorstel is het zogeheten ‘dienstbaarheidsbeginsel’ opgenomen in een nieuw artikel 2:4a, dat luidt als volgt:

‘Het bestuursorgaan stelt zich bij het uitoefenen van zijn taak dienstbaar op.’

Van het beginsel van de dienende overheid wordt wel gezegd dat het, naast het beginsel van rechtszekerheid, het democratiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, een van de beginselen van de rechtsstaat is.⁵ Het beginsel maakt duidelijk dat de overheid er is voor de burger. De overheid heeft geen eigen

3 Het ordenen en sturen van keuzes gaat voor een belangrijk deel via het veranderen van de *default*-optie. Een voorbeeld van een *default* is een al op voorhand ingevulde antwoordoptie op een digitaal formulier (vgl. P.C. Westerman, ‘Nudging en de paradox van autonomie’, *Ars Aequi* 2017, afl. 7/8, p. 584 en R. Zeilstra, ‘Nudging: een juridisch relevant fenomeen met rechtsstatelijke impact’, *Ars Aequi* 2022, afl. 4, p. 290).

4 Wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, bijlage bij *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763.

5 M.H. Ippel & M. Scheltema, ‘De rechtsstatelijke zorgplicht’, in: *Zorgplichten in het bestuursrecht. Preadviezen* (VAR-reeks 170), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 17. Het beginsel heeft overigens ook een Unierechtelijke dimensie. Het Europees parlement heeft het opgenomen in de resolutie betreffende de Europese Wet bestuursprocesrecht (resolutie 2012/2024 (INI)); zie ook Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport: Een juridische analyse van knelpunten bij het bieden van maatwerk* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 13, bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 29362, nr. 289.

belang dat los staat van dat van de burger. Uiteindelijk moet al het handelen van de overheid dus het belang van de burger en van de collectiviteit van burgers dienen.⁶ Maar handelt de overheid nog wel zo? Het lijkt erop dat het beginsel van de dienende overheid in het huidige tijdsgewricht op de achtergrond is geraakt. De overheid is zich meer en meer als een bedrijf gaan gedragen. Burgers werden klanten tot wie de overheid in een horizontale relatie stond en aan wie aldus steeds minder ongelijkheidscompensatie toekwam.⁷ De Awb-wetgever kwam ook tot die realisatie en heeft aanleiding gezien om het dienstbaarheidsbeginsel nieuw leven in te blazen door het te codificeren in het wetsvoorstel.⁸

En het dienstbaarheidsbeginsel kan dienstbaar zijn aan het verzachten van de machtsverschillen tussen de overheid en de burger.⁹

Het dienstbaarheidsbeginsel als interpretatienorm

Dienstbaarheid betekent, aldus de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, dat het bestuur de burger centraal stelt. Dat vereist dat het bestuursorgaan zich steeds bewust is van de effecten van zijn handelen op de burger. Het bestuursorgaan dient beleid en uitvoering zo in te richten dat de belangen van de burger optimaal tot hun recht kunnen komen. Een van de functies van het dienstbaarheidsbeginsel is *ongelijkheidscompensatie*.¹⁰ De bedoeling van het beginsel is dus juist het verzachten van machtsverschillen tussen overheid en burger.

6 M.H. Ippel & M. Scheltema, 'De rechtsstatelijke zorgplicht', in: *Zorgplichten in het bestuursrecht. Preadviezen* (VAR-reeks 170), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 21.

7 R.J.N. Schlössels, 'Service Principle', *De Gemeentestem* 2016/20, p. 101; R.J.N. Schlössels, 'Een dienende en digitale overheid? Over rechtsstaat, MijnOverheid en de autonomie van het recht', in: B. Aarrass, K. Albers & R. Oortlepp (red.), *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid. Zoeken naar een balans tussen instrumentaliteit en waarborg*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 37; M.H. Ippel, 'Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2020, afl. 4, p. 191.

8 De wetgever heeft de wens om de al ingezette beweging naar maatwerk en de menselijke maat (een 'responsieve' overheid) sterker te verankeren (MvT wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, bijlage *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, p. 6).

9 M.H. Ippel, 'Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2020, afl. 4, p. 191. Net als Pauline, constateert ook deze auteur dat herwaardering van de dienende overheid begint bij het zich realiseren dat de burger en overheid naar hun aard geen gelijkwaardige partijen zijn. De overheid verkeert in een machtspositie en is in staat de rechtspositie van de burger eenzijdig te bepalen.

10 MvT wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, bijlage *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, p. 9.

Nu wijst de wetgever er in de toelichting ook op dat in de pre-consultatie van het wetsvoorstel een aantal keren de opmerking is gemaakt dat het beginsel vrij abstract is geformuleerd en daarom niet in rechte afdwingbaar is.¹¹ Het is, met andere woorden, een instructienorm gericht aan de overheid. Dat zou de mogelijkheden van het beginsel voor het verzachten van de machtsverschillen beperken. Maar, zo staat óók in de toelichting, het niet-naleven van het beginsel kan wél doorwerken. Als het bestuur het beginsel niet heeft nageleefd, dan zou dat kunnen leiden tot een onzorgvuldig genomen besluit. En dat is in strijd met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het dienstbaarheidsbeginsel biedt in zoverre dus tóch mogelijkheden. Het leent zich wat mij betreft dan ook goed als interpretatienorm.

En het dienstbaarheidsbeginsel als interpretatienorm kan invloed uitoefenen op de interpretatie van zowel het geschreven als het ongeschreven recht. Zo mag van een dienende overheid worden verwacht dat zij de burger een duwtje in de juiste richting geeft als hij informatie aan de overheid moet geven, bijvoorbeeld in een aanvraagsituatie. Met een duidelijk formulier dat leesbare informatie bevat, kan de overheid al een heel eind komen.¹² Maar er zijn ook situaties die niet te vatten zijn in een (standaard) aanvraagformulier, zoals situaties die onder een hardheidsclausule zouden kunnen vallen. Het is vaste rechtspraak dat het aan de burger is om te bewijzen dat zijn situatie leidt tot een zodanige hardheid dat de overheid zijn aanvraag moet inwilligen.¹³ Maar hoe weet een burger wat van hem wordt verwacht als zijn situatie niet bij het aanvraagformulier past? Een *dienstbaarheidsconforme* interpretatie van artikel 4:5, eerste lid, van de Awb, dat bepaalt dat een aanvrager in de gelegenheid wordt gesteld om zijn (incomplete) aanvraag aan te vullen, kan deze ongelijkheid rechtekken.¹⁴ Een andere invulling van de *default*-optie dus.¹⁵ Het dienstbaarheidsbeginsel kan bijvoorbeeld óók als interpretatienorm invloed hebben op het vertrouwensbeginsel. De memorie

11 MvT wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, bijlage *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, p. 10.

12 L.J.A. Damen, 'Een informatieplicht voor dienende bestuursorganen, een hintplicht voor dienende bestuursrechters?', in: A.T. Marseille e.a., *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 424.

13 Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3292.

14 L.J.A. Damen, 'Een informatieplicht voor dienende bestuursorganen, een hintplicht voor dienende bestuursrechters?', in: A.T. Marseille e.a., *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 424.

15 Ippel en Scheltema wijzen erop dat wetgeving en de ondersteuning die van het bestuursorgaan verlangd dient te worden, communicerende vaten zijn: is de wetgeving eenvoudig, begrijpelijk, proactief toepasbaar en voorzien van de juiste *defaults*, dan is het voor het bestuursorgaan relatief eenvoudig om invulling te geven aan de zorgplicht (M.H. Ippel &

van toelichting bij het wetsvoorstel noemt als voorbeelden voor de invulling van het dienstbaarheidsbeginsel dat informatie beschikbaar moet zijn en dat het bestuursorgaan bereikbaar moet zijn. Een invulling van dienstbaarheid is ook het versturen van een brief waarin de overheid aangeeft dat bepaalde handelingen nodig zijn.¹⁶ Informatieverstrekking speelt dus een belangrijke(re) rol in de interactie tussen burger en overheid. En de burger mag van de overheid verwachten dat die informatie juist is.¹⁷ Ik kan me zomaar voorstellen dat een *dienstbaarheidsconforme* interpretatie van het vertrouwensbeginsel eerder leidt tot gerechtvaardigd vertrouwen van de burger. Daarbij speelt de meer burgervriendelijke invulling van het vertrouwensbeginsel van de hoogste rechters mee.¹⁸ Ook hier zou het dienstbaarheidsbeginsel tot een andere invulling van de *default*-optie kunnen leiden.

Afronding

Het dienstbaarheidsbeginsel als interpretatienorm voor zowel het ongeschreven als het geschreven recht biedt wat mij betreft een mooie kapstok voor het veranderen van een aantal *default*-opties, waardoor de burger in zijn relatie tot de overheid minder obstakels te overwinnen heeft. Overigens moet hierbij worden gezegd dat de rechtsontwikkeling zich al in deze richting lijkt te bewegen.¹⁹ De toekomst zal moeten uitwijzen of het dienstbaarheidsbeginsel, overigens samen met de per 1 januari 2024 in artikel 2:1, eerste lid, van de Awb opgenomen zorgplicht, zal leiden tot (nog meer) verzachting van machtsverschillen tussen de overheid en de burger.²⁰

M. Scheltema, 'De rechtsstatelijke zorgplicht', in: *Zorgplichten in het bestuursrecht. Preadviezen* (VAR-reeks 170), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 64).

16 MvT wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, bijlage *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, p. 46.

17 M.H. Ippel, 'Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2020, afl. 42020, p. 191.

18 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, AB 2019/302, m.nt. L.J.A. Damen.

19 M.H. Ippel, 'Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2020, afl. 4, p. 194. Zie bijvoorbeeld ook de recente versoepeling van de verschoonbare termijnoverschrijding, CBb 30 januari 2024, ECLI:NL:CBB:2024:31, USZ 2024/194 m.nt. R. Grimbergen en M.W. Venderbos en AB 2024/96 m.nt. R. Ortlep.

20 Deze bepaling luidt als volgt: 'Een bestuursorgaan draagt zorg voor passende ondersteuning bij het verkeer met dat bestuursorgaan.'

Organisaties zijn net mensen

*Thijs van Rijn**

Zoals de burger slechts autonoom is dankzij de rechtsorde, zo zijn ook organisatieonderdelen binnen de overheid slechts autonoom waar daar ruimte voor is geschapen. Organisaties zijn wat dat betreft net mensen. Organisaties die rechtstreeks met burgers te maken hebben, hebben ook te maken met beleidsonderdelen van ministeries, waarvan de beleidsvorming soms een doolhof is. Het is van belang dat sterkere overheidsonderdelen de autonomie van deze organisaties op afstand accepteren, wil de overheid als geheel goed functioneren. Hiervoor is het noodzakelijk om de problemen te onderkennen die zorgen voor beperkte rationaliteit bij de overheid.

Autonomie en NPM

Autonomie van overheidsorganisaties vormt geen doel op zich. Ze is er om ervoor te zorgen dat een taak zo goed mogelijk wordt uitgevoerd. Deze taak kan om verschillende redenen op afstand zijn gezet, denk aan de noodzaak tot deskundigheid, de afwezigheid van politieke beïnvloeding of het verwerken van grote aantallen afzonderlijke beschikkingen. Ongetwijfeld de bekendste voorbeelden hierbij zijn de grote uitvoeringsorganisaties, zoals UWV, SVB en CBR. Dit zijn drie zelfstandige bestuursorganen. Maar er is een grote variatie: ook adviescolleges zoals de Gezondheidsraad en de Adviesraad Internationale Vraagstukken en rijksinspecties zoals de Inspectie Leefomgeving en Transport of het Staatstoezicht op de Mijnen vallen er bijvoorbeeld onder.

Het op afstand zetten van taken kent een lange geschiedenis, maar werd lange tijd gedomineerd door het idee van New Public Management, dat dominant werd tijdens de kabinetten-Lubbers en -Kok. Begrippen als doelmatigheid en doeltreffendheid waren hier leidend; de minister als 'eindstation' moest worden ontlast door organisaties op een ander niveau de besluiten te laten

* Thijs van Rijn is beleidsmedewerker bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Daarnaast promoveert hij aan de Universiteit Utrecht op het onderwerp 'onafhankelijkheid bij kleine organisaties'.

nemen.¹ Verwacht werd dat organisaties ‘leverden’, dat ‘key performance indicators’ werden gehaald, dat er kon worden gerekend met prijs maal hoeveelheid. Op deze wijze zou de overheid beter werk leveren voor minder geld. Tel uit je winst.

Dat uittellen bleek in de praktijk lastiger dan gedacht.² De mate van autonomie, geschonken aan deze organisatieonderdelen, was in de praktijk ook niet altijd duidelijk. Er kwamen kaders, zoals de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (inwerkingtreding 2007) en de Aanwijzingen inzake de rijksinspecties (inwerkingtreding 2016), maar de relatie tussen de organisatie en het ministerie waaronder de organisatie ressorteert, was daarmee niet uitgestuurd. Die moest zich ontwikkelen. De formele autonomie was weliswaar bedoeld als blauwdruk voor de autonomie in de praktijk, maar die praktijk kon toch een andere kant op gaan. Verzelfstandigde organisatieonderdelen ervoeren opeens meer druk op verantwoording dan toen ze nog een dienstonderdeel waren (ook wel de verzelfstandigingsparadox genoemd).³

De praktijk is weerbarstig

Terug naar de huidige organisaties op afstand. Zij moeten zowel autonoom zijn wat betreft het intern regelen van hun zaken op onder meer het gebied van personeelszaken, financiën, allocatie van goederen en managementzaken, maar ook wat betreft het optreden naar buiten toe. Ze moeten zich presenteren voor de burgers of bedrijven voor wie ze werken en ze moeten zich verhouden tot het ministerie waaronder ze ressorteren. Dit vergt een praktische uitwerking van de juridische kaders. Hiervoor is het wel belangrijk om te weten wat visie, missie en doel van de organisatie zijn. De termen klinken weliswaar vaag, maar ze bieden handvatten om te bepalen hoe je je opstelt als organisatie. Zo kunnen zelfstandige bestuursorganen (zbo's) bijvoorbeeld verwoorden wat ze belangrijk vinden. Voorbeelden van concrete organisaties zijn te vinden in de bundel over (en met) zbo's, *Zbo's tussen droom en werkelijkheid*.⁴ Zo stelde de Nationale en Internationale Wegvervoer Organisatie

1 *Steekhoudend ministerschap (rapport commissie-Scheltema), Kamerstukken II 1992/93, 21427, nr. 41, p. 45.*

2 S.P. Overman, *Great Expectations of Autonomous Agencies*, Zutphen: CPI Koninklijke Wöhrmann 2016.

3 Zie bijvoorbeeld A. Smullen, S. van Thiel & C. Pollitt, *Agentschappen en de verzelfstandigingsparadox*, 2001. *Staat van de Uitvoering 2022*, Den Haag 2023.

4 S.C. Riezebos & T.J. van Rijn (red.), *Zbo's tussen droom en werkelijkheid*, Den Haag: Ministerie van BZK 2019.

dat betrokkenheid bij transportondernemingen enerzijds en de mogelijkheid om in te spelen op nieuwe omstandigheden anderzijds noodzakelijk zijn.⁵

Ook in de *Staat van de Uitvoering* komen organisaties aan het woord. Wat uit dit laatste document echter ook blijkt, is dat taakuitoefening nog niet zo gemakkelijk is. De *Staat* stelt dat de complexiteit van wet- en regelgeving voor meerdere problemen zorgt: het maakt het ‘uitvoeringsgebouw ondoorzichtig, inflexibel en foutgevoeliger’.⁶ Dit treft niet alleen burger en bedrijf, maar ook de organisatie. Dat heeft diverse oorzaken: uitvoeringsorganisaties worden niet vanaf het begin betrokken bij de beleidsvorming, er komt steeds nieuw beleid bij en er verdwijnt weinig, waardoor er een stapeling van beleid is, de informatievoorziening is niet op orde en er bestaat spanning tussen een gestandaardiseerde aanpak en maatwerk.⁷

De oplossing, niet alleen volgens *de Staat*, maar ook breder, is gericht op het begrip publieke waarde of publieke waarden. Het verschil tussen enkelvoud en meervoud toont al een deel aan van het probleem met het begrip: is publieke waarde een overkoepelend thema waaronder allerlei andere waarden hangen, of staan publieke waarden naast elkaar? Het leidt in elk geval tot een bredere kijk op zowel de taakuitoefening van een organisatie als op de relatie tussen organisatie en ministerie. Voor wat het eerste betreft gaat het er bijvoorbeeld om niet de hokjes af te vinken waar men bij New Public Management in beland was, maar om te bezien hoe de burger echt geholpen kan worden. Voor wat betreft het tweede gaat het om een bredere gespreksagenda: niet alleen de waan van de dag, maar ook een meerjarenplanning, aandacht voor informatie-uitwisseling en maatschappelijke verantwoording.

Beperkte rationaliteit bij overheden

Hier wreekt zich de beperkte rationaliteit van overheidsorganisaties. Er zijn tal van redenen waarom de overheid en haar onderdelen niet kunnen komen met een helemaal uitgedacht, alles meenemend, iedereen tevreden stellend, ja, haast perfect besluit. De keuzes zijn, inherent aan de verhouding tussen ambtenaar en politiek, ideologisch van aard. De transitiekosten van sommige besluiten zijn zodanig groot dat dit het nemen van een besluit tegenhoudt. Compromissen tussen verschillende instituties (hetzij organisaties hetzij regelsystemen) zullen leiden tot keuzes die vanuit *rational choice* in eerste instantie niet ‘rationeel’ zijn.

5 G.J. Olthoff, ‘Nationale en Internationale Wegvervoer Organisatie’, in: S.C. Riezebos & T.J. van Rijn (red.), *Zbo's tussen droom en werkelijkheid*, Den Haag: Ministerie van BZK 2019, p. 106-107.

6 *Staat van de Uitvoering* 2022 2023, p. 4.

7 *Staat van de Uitvoering* 2022 2023, p. 20.

En wat te doen als publieke waarden elkaar dwarszitten? Het standaardantwoord is praten. Praten met alle relevante stakeholders: praten als organisatie met het ministerie, met organisaties in hetzelfde veld, met burger-, bedrijfs- en andere belangengroepen. Want iedereen wil het algemeen belang dienen, nietwaar? Verschillende groepen vinden verschillende publieke waarden belangrijk. Zo is de complexiteit in wet- en regelgeving natuurlijk ook ontstaan: voor verschillende groepen moest iets worden geregeld. Ze moesten worden ontzien, ze waren speciaal, iets praktisch was niet mogelijk en dus werd een geitenpaadje bewandeld. De vraag is of een organisatie er met praten uitkomt.

Dan moet er bovendien wel capaciteit zijn om te praten. Er is een krappe arbeidsmarkt en dat doet zich ook voelen in de ambtenarij. Er is weinig tijd voor reflectie en bezinning, weinig tijd om verder te denken dan de waan van de dag. Totaalbeeld van de afspraken, cultuur van 'tegen denken', 360-graden-feedback: wees blij dat er überhaupt nagedacht wordt.

Daar komt bij dat de positie van organisatieonderdelen niet gelijk is. Een beleidsonderdeel heeft een veel gunstiger positie dan een organisatie. Dat blijkt alleen al uit de terminologie: agentschappen en zbo's hebben 'eigenaars' die de continuïteit van de organisatie waarborgen, en 'opdrachtgevers', die de continuïteit van de taakuitoefening waarborgen. Zelf zijn ze 'opdrachtnemer'. Hoewel de driehoek aan contacten tussen de spelers niet is gebaseerd op een hiërarchie, wordt dit wel vaak zo gevoeld. Daarnaast is de informatievoorziening van een beleidsonderdeel sterker, omdat dit dichter bij het (politieke) vuur zit. Natuurlijk hebben uitvoeringsorganisaties ook waardevolle informatie over hoe de burger in de praktijk omgaat met de uitvoering, maar er is nog een cruciaal verschil: over beleid beslist uiteindelijk de bewindspersoon, oftewel indirect het beleidsonderdeel.

Conclusie

Organisaties zijn net mensen. De beslissingen en besluiten die worden genomen, worden niet genomen in het licht van alle kenbare feiten en opvattingen. Het zijn niet per se de optimale uitkomsten die uit het beleidsproces voortvloeien, met alle aandacht voor de organisaties die het beleid moeten uitvoeren. Het zijn uitkomsten die voldoende zijn, die voldoende mensen tevreden stellen. En welke criteria daarvoor belangrijk zijn, dat wordt op politiek niveau of op beleidsniveau bepaald. In het slechtste geval beperkt dit de uitvoeringsorganisaties, die op hun beurt daardoor weer de autonomie van de burger of het bedrijf beïnvloeden. Is dat erg? Niet als je de beperkte rationaliteit van de overheid accepteert en geen perfectie verwacht.

Rechtstheorie

Naar een kritische en relevante rechtstheorie

Toen ik als pas afgestudeerd wetenschapsfilosoof een baan zocht, maakte mijn vriend me attent op een advertentie in de plaatselijke universiteitskrant waarin ze iemand vroegen die het natuurrecht wilde bestuderen. 'Kijk', zei hij. 'Is dit niet iets waar jij nu eigenlijk mee bezig bent?' Inderdaad had ik me daar wat in verdiept, geïntrigeerd als ik was door de overeenkomsten en verschillen met wetenschappelijke natuurwetten. Tot onze verbazing lazen we dat deze positie vrijgegeven was op de faculteit rechtsgeleerdheid bij de sectie rechtsfilosofie. Rechtsfilosofie? Ik had er nog nóóit van gehoord, in al die negen jaren dat ik filosofie had gestudeerd. Ik besloot te solliciteren en ik kwam er nooit meer weg.

Ik heb geen reden te veronderstellen dat het een huidige afgestudeerd filosoof anders vergaat. Nog steeds bereiken mij mails als: 'ik ben vierdejaars filosofiestudent en wil mijn masterscriptie gaan schrijven over recht en rechtvaardigheid. Ik zag toevallig op de site dat u zich daarmee bezighoudt. Bij filosofie kan niemand me begeleiden, maar zou u me misschien hier meer over willen vertellen?' Een onredelijk gevoel van ergernis bekruipt me dan. Weer zo'n arrogante filosoof die me vraagt even in een mail een heel vakgebied uit te leggen! U voelt het al: ik ben in de loop der tijd dusdanig gejuridiseerd geraakt dat ik de rechtsfilosofie als een echt vakgebied ben gaan beschouwen. Als *mijn* vakgebied. Maar ook ik ben er nadien nooit in geslaagd filosofen uit te leggen dat recht minstens zo belangrijk is als taal of wetenschap en de rechtsfilosofie dus meer is dan slechts een onbelangrijk onderdeel van de sociale filosofie. Sterker, ik ben het contact met medefilosofen goeddeels verloren. Een niet onbelangrijke reden daarvoor is dat ik blij was het heetgebakerde strijdtoneel van de filosofie te verruilen voor het meestal bedachtzame en plezierige juristengezelschap.

Maar er is ongetwijfeld ook een meer structurele oorzaak aan te wijzen voor mijn geleidelijke toenadering tot de wereld van het recht. Mij bleek dat ik, wilde ik als rechtsfilosoof productief zijn, vooral baat had bij een venster op het recht en bij een dagelijks contact met juristen. Op zich is dat gek, want voor de wetenschapsfilosofie geldt dat in veel mindere mate. Ik had me als wetenschapsfilosoof geen moment gehinderd gevoeld door het feit dat ik zelf geen wetenschapper was. Je kunt je leven lang theoretiseren over de

voortgang in de wetenschap en hulp-hypothesen opstellen bij de rationele reconstructie van die voortgang zonder ook maar het minste begrip te hebben van golven en deeltjes. Bij de rechtsfilosofie is dat veel moeilijker. Zij lijkt een zekere autonomie te ontberen en is voor haar voortbestaan afhankelijk van zowel rechtspraktijk als rechtswetenschap. In zekere zin reproduceert de rechtsfilosofie daarmee de stand van zaken in de rechtswetenschap zelf, die op haar beurt ook weer afhankelijk is van de rechtspraktijk en zich ook voedt door voortdurend contact met die praktijk.

Nu zijn dit grote woorden die wellicht meer suggereren dan kan worden beargumenteerd. Want het is één ding om te beweren dat scheiding van rechtsfilosofie en recht onwenselijk is maar een heel ander ding om te zeggen dat een dergelijke scheiding onmogelijk is. Om deze laatste bewering kracht bij te zetten moeten we goed voor ogen houden wie nu eigenlijk wie nodig heeft. Heeft de filosofie het recht nodig of heeft het recht nood aan filosofische reflectie?

Ik denk dat vooral het laatste het geval is. Juristen hebben meestal het gevoel dat filosofen iets kunnen en weten dat ze niet op eigen kracht kunnen ontdekken. Toegegeven, deze behoefte aan rechtsfilosofische verdieping ziet men niet altijd terug in de budgettaire mogelijkheden die de rechtsfilosofieafdelingen krijgen geboden, noch in de personele opbouw van de faculteit of de plek van het vak rechtsfilosofie in het curriculum, maar op zich zegt dat natuurlijk niet veel. Men wil het voor een koopje hebben, maar niettemin wil men het wel hebben! Als rechtsfilosoof word je daarom toch met een zeker respect bejegend. U begrijpt nu ten volle waarom ik het juristengezelschap prefereer boven dat van de filosofenfamilie, waar men nooit meer zal kunnen worden dan het enigszins sneue achterlichtje met een onduidelijke negotie.

Juist omdat juristen filosofie nodig hebben, is de enige bestaansreden van de rechtsfilosofie als aparte discipline dat zij zich op die noden oriënteert. En dat kan natuurlijk weer alleen als de filosoof haar oor te luisteren legt bij juridisch geschoolde collega's. Doet zij dit niet, dan kan ze zich toeven met namen als sociale filosofie of politieke filosofie of ethiek of god weet wat, maar dan is het geen rechtsfilosofie meer.

Dat lijkt een geweldig open deur en dat is het ook, maar er liggen wel enkele misverstanden op de loer die onmiddellijk en met kracht moeten worden bestreden. Want voorzien in de behoefte van juristen betekent niet dat men voorziet in behoeften zoals juristen die zelf voelen en verwoorden!

Een voorbeeld van zo'n door juristen diepgevoelde behoefte is de behoefte aan grondslagen. Ik was nog maar net op de rechtenfaculteit aangesteld toen de toenmalige hoogleraar burgerlijk recht op me af kwam lopen en zei: 'Zo, kijk eens aan, een nieuwe rechtsfilosoof. En jij gaat ons dus helpen de grondslagen van het recht te vinden.' Gepokt en gemazeld als ik was in postmodernistisch anti-foundationalism dacht ik eerst dat het een geintje was, maar dat was het niet. Ik zei toen heel dom, dat ik niet geloofde in grondslagen en het is maar goed dat de man daarna snel met pensioen ging want het is niet meer goed gekomen tussen ons. Nog verbijsterender dan de inhoud van het verzoek was het feit dat het verzoek tot mij gericht was. Bij mijn weten komt het zelden voor dat een natuurwetenschapper een filosoof om hulp vraagt, niet om de vooruitgang te verklaren, niet om de fundamenteën van de natuurwetenschap te onthullen en ook niet om hem te vertellen welke theorie de voorkeur verdient. Dat weet zo'n natuurwetenschapper immers zelf het beste. En mocht zo'n wetenschapper ooit al iets gewaarworden van wetenschapsfilosofische theorieën, dan volgt in de regel hoongelach en ongelooft.

De verleiding is dan ook groot om alle postmodernistische bezwaren opzij te zetten en zich op die zo gewenste grondslagen te bezinnen. Toch ligt hier een gevaar op de loer. Wie zich voordoet als grondslagenbouwer, graaft uiteindelijk zijn eigen graf want die taak kan helemaal niet worden verricht door de filosoof. Hoe zou dat ook kunnen? Het recht is voor een groot deel ontstaan uit collectieve en eeuwenlange inspanningen van nijvere en ingenieuze juristen die zich voor tal van concrete problemen en conflicten zagen geplaatst, waarvoor ze oplossingen hebben verzonnen. Die oplossingen moesten op hun beurt wel weer gemotiveerd worden en het streven is dan om een uitgangspunt te kiezen dat voldoende abstract is om meerdere oplossingen tegelijk te rechtvaardigen. Zie daar de geboorte van het beginsel. Een beginsel als 'de vervuiler betaalt' kan als argument dienen voor meerdere milieuregels tegelijkertijd.¹

Het verlangen naar grondslagen moet denk ik begrepen worden als de veronderstelling dat nog abstractere beginselen nog meer regels kan rechtvaardigen tot, jawel, het ganse rechtsgebouw door slechts enkele pijlers gestut wordt. Juristen hopen dat dergelijke grondslagen, een soort superbeginselen in feite, precies datgene doen wat de gewone beginselen ook doen. Die taak is tweeledig. Beginselen verlenen coherentie in het recht waar zij als knooppunten dienen voor meerdere verschillende regels en tegelijkertijd als normatieve rechtvaardiging voor die regels. De gedachte is nu dat grondslagen hetzelfde

1 Een mooie illustratie hiervan voor het ondernemingsrecht is nog steeds L. Timmerman, *Grondslagen van Ondernemingsrecht*, 2009, www.recht.nl/vakliteratuur/ondernemingsrecht/aflevering/10854/ondernemingsrecht/2009/1/#a177753.

doen, maar dan bij voorkeur voor het hele rechtssysteem. Door coherentie te verlenen aan rechtsbeginselen zouden die grondslagen hele rechtsgebieden met elkaar kunnen verbinden tot een eenheid. En tegelijk zouden ze dan de ultieme normatieve rechtvaardiging kunnen bieden voor dat rechtssysteem. Althans dat hoopt men. Maar het is precies op dit punt dat de jurist dan plots lijkt te gaan twijfelen aan de eigen capaciteiten. Men meent niet diep genoeg te kunnen graven om zelf deze nog abstractere funderingen aan te leggen en dat alleen filosofen in staat zijn diepere lagen aan te boren.

Maar natuurlijk hebben filosofen helemaal niet zo'n diepteboor tot hun beschikking. Integendeel, van alle disciplines zijn filosofen het *minst* geëquipeerd om funderingen aan te leggen. Het is dan ook van groot belang om de hooggespannen verwachtingen van de jurist *direct* de bodem in te slaan en erop te wijzen dat de filosoof een essentieel andere taak heeft. Waar de jurist conflicten wil oplossen, compromissen wil vinden en coherentie en samenhang zoekt, daar zoekt de filosoof naar spanningen en tegenstrijdigheden. Als filosofen zich al bezighouden met fundamenteën dan zullen ze, tenminste als het goede filosofen zijn, onmiddellijk signaleren dat een en dezelfde pijler – aangebracht in de rechtspraak en geciteerd in de rechtswetenschap – totaal verschillend geïnterpreteerd kan worden en zullen zij daarover gaan harrewarren. Of ze zien dat er in de loop van de geschiedenis verschillende pijlers zijn aangebracht onder het juridische bouwwerk en zullen erop wijzen dat die niet met elkaar verzoend kunnen worden. Juristen willen dat niet graag horen; ze hebben in de regel de neiging conflicten te verzachten en op te lossen. Een heel mooi voorbeeld is de in het strafrecht herhaalde mantra dat 'verging de grondslag is maar preventie het doel'. Ook een term als 'democratische rechtstaat' is ervoor gemaakt om eventuele spanningen tussen rechtstatelijkheid en democratie onder het tapijt te vegen. De meest verschillende ideeën worden allemaal aangeduid met het alles verhullende 'gelijkheidsbeginsel'. Het summum van deze neiging om de kool en de geit te sparen is wel de contemporaine mode-term *T-shaped lawyer*, een term die suggereert dat er geen keus gemaakt hoeft te worden tussen specialisering en interdisciplinariteit. Voor een T heb je immers een horizontaal en een verticaal lijntje nodig; we hoeven niet te kiezen.

Dit bedoel ik niet badinerend. Men mag dergelijke compromissen zien als bloedeloze dooddoeners, maar de taak van juristen ligt nu eenmaal niet in de eerste plaats in het entameren van levendige discussies. Hun streven naar coherentie en eenheid is van belang voor ordelijk en enigszins voorspelbaar samenleven. Voor de filosoof zijn dergelijke compromissen en halfslachtige middenwegen echter doodzonden. Als filosofen zich al met grondslagen moeten bezighouden, dan moeten die geëxpliciteerd en vooral geproblematiseerd worden. Verzwegen veronderstellingen moeten aan het licht worden gebracht, gemaakte keuzes moeten worden benoemd, compromissen

vermeden en spanningen moeten juist worden bediscussieerd. En als de filosoof dat allemaal heeft gedaan, dan mag de jurist weer proberen de zaak aan elkaar te lijmen maar nu wijs geworden door het inzicht dat dat niet makkelijk is en dat er meer bij komt kijken dan woordjes achter elkaar zetten.

Zoals ik zonet al opmerkte, kan het verlangen naar grondslagen niet alleen begrepen worden uit het streven naar coherentie. De tweede reden waarom de jurist naar grondslagen zoekt, is het verlangen naar normatief houvast. Ook hier koestert men verwachtingen van de filosoof. Hoe prachtig zou het niet zijn als de filosoof zou aangeven wat billijk en onbillijk is, wat rechtvaardig en onrechtvaardig. Ik zie het elk jaar weer aan mijn studenten. Als ze al eens rechteop gaan zitten – en geloof me, sommigen gáán rechteop zitten – dan is het bij de altijd maar weer spannende verhalen over Radbruch die de rechtszekerheid opzij wil zetten voor de gerechtigheid en die muurschutters van de DDR die wel volgens de wet hebben gehandeld door op eigen burgers te schieten maar niettemin vervolgd moeten worden. Wat is rechtvaardigheid? Men spitst onmiddellijk de oren.

Ook hier komt het erop aan dit soort prille belangstelling onmiddellijk te smoren. Want kijk om je heen, geen enkel antwoord kan dienen als het laatste woord, geen enkele theorie is onomstreden, je kan altijd verder graven en men eindigt in drijfzand. Dat moeten we ze leren, deze jongens en meisjes, die bij de colleges staatsrecht in slaap zijn gewiegd toen ze leerden dat democratie en rechtstaat in elkaars verlengde liggen en om het even door contract dan wel God zijn bekrachtigd in een wereld waarin het wenselijke en het gewenste vloeibaar in elkaar overlopen. We moeten hun leren dat ook filosofen geen normatief uitsluitsel kunnen geven. Sterker nog: dat filosofen hier geen antwoord op *mogen* geven. Wat goed of slecht recht is, kan alleen door de burgers zelf worden bepaald; de filosoof kan alleen koning zijn in een totalitaire maatschappij.

Uit deze opmerkingen zou de jurist kunnen concluderen dat het respect en het ontzag dat de filosoof gewoonlijk geniet op een rechtenfaculteit niet verdiend zouden zijn. Het zijn kibbelaars, geen gelegenheid onbenut latend om verwarring te scheppen, grondvesten op drijfzand te laten berusten in een nooit eindigend steekspel tussen voors en tegens waarbij spitsvondigheden de simpele juristenziel van streek maken. Deze conclusie, dames en heren, zou onterecht zijn. Want natuurlijk hebben rechtsfilosofen de jurist veel te bieden. Oneindig veel meer zelfs dan die saaie in beton gegoten fundamenteën.

Ik herinner me dat mijn moeder me ooit vroeg wat ik die wetgevingsjuristen in Den Haag toch in vredesnaam ging vertellen. 'Nou', zei ik, 'ik vertel hun bijvoorbeeld wat een regel is'. Ze kon daar niet over uit. 'Moet jij ze dat vertellen?! Die lui *maken* toch regels, dan zullen ze toch beter weten wat het zijn

dan jij?’ Ja, dat zou je denken. Maar het is niet zo. Geen wetgevingsjurist, of zij nu aspirant of ervaren is, weet wat de structuur is van een regel, noch wat het verschil is tussen een algemene en een abstracte regel. Hetzelfde geldt voor rechten, plichten en bevoegdheden. Men legt ze op, maar wat het voor dingen zijn en op welke verschillende manieren je erover kan praten en denken? Dat moet de rechtsfilosoof vertellen! De praktiserende jurist verklaart contracten of testamenten aan de lopende band als geldig of nietig, maar wat dat betekent – en hoe het mogelijk is dat men een proces voor niet-bestaand verklaart, terwijl er toch tientallen mensen bij aanwezig zijn geweest – daarvan weet de jurist weinig tot niets.

De voorbeelden die ik noem, hebben niets te maken met grondslagen; het zijn eenvoudige, onthutsend eenvoudige explicaties van juridische technieken. Rechtsfilosofie is ook hier vooral explicitering. Vertellen wat juristen eigenlijk doen als ze een regel maken of toepassen, inzichtelijk maken wat je kan doen met een juridisch begrip en dat dat iets anders is dan een empirisch begrip, vertellen dat er spanningen zijn tussen legitimiteit en draagvlak, erop wijzen dat je een regel kan zien als argument en ook als instrument maar dat je dan wel verschillende eisen aan een regel stelt ... noem maar op. De recente rechtsfilosofische aandacht voor de relatie tussen dogmatische en empirische methoden is in die zin dan ook een wezenlijke en verhelderende bijdrage aan het methodendebat dat in de rechtswetenschap zelf gevoerd wordt. Ook hier komt het erop aan de gebruikelijke gehanteerde perspectieven en veronderstellingen te expliciteren. Of die bekritiseerd of toegejuicht worden, lijkt me dan van secundair belang. Het gaat erom dat we eerst duidelijk hebben waarover we het hebben. Dat lijkt een bescheiden taak, maar kan een leven vullen.

Of niet? Met die vraag worstel ik momenteel. Van de honderd jaar dat deze vereniging bestaat, heb ik er zelf dertig meegemaakt; bijna een derde! In die dertig jaar was er veel werk aan de winkel en het grootste deel daarvan heb ik me beziggehouden met het bovengenoemde expliciteren, het signaleren van verzwegen assumpties en het opsporen van onbenoemde spanningen en tegenstrijdigheden. Ik heb dat met veel plezier gedaan en ik heb dat alleen kunnen doen doordat juristen steeds geduldig aan mij uitlegden wat ze dachten dat ze deden en wat zij dachten dat het probleem was. Zonder die informatie had ik de misverstanden en de tegenstrijdigheden niet kunnen opsporen en het is om die reden dat ik altijd bepleit dat men in nauw contact moet staan met de juristenwereld.

Maar na dertig jaar lang te hebben uitgelegd wat het verschil is tussen primaire en secundaire regels, en dat het typerend voor recht is dat zij beide

soorten regels bevatten, denk ik nog vaak aan de opmerking van dat ene pientere meisje dat haar vinger opstak en zei: wij hebben thuis ook een secundaire *rule of recognition*: mama's wil is wet! Ze had natuurlijk gelijk. In allerlei contexten heeft men meta-regels die bevoegdheden verlenen en plichten opleggen. In allerlei contexten zijn er regels die bepalen welke regels en bevelen er wel of niet toe doen. Waarom zouden we denken dat alleen traditionele nationale rechtssystemen metaregels hebben? En waarom denkt men dat de status van internationaal recht afhankelijk is van de mogelijkheid om daarin secundaire regels te identificeren?²

Het is op dit punt dat de rechtsfilosoof gehinderd wordt door een al te nauwe band met de wereld van de praktiserende jurist. Want voor de jurist is het belangrijk om te kunnen bepalen wat rechtens geldig is en hoe hij dat geldend recht kan herkennen. Maar voor de filosoof is dat van veel minder groot belang. De filosoof wil uiteraard wel *begrijpen* wat geldigheid betekent binnen de wereld van het recht en wat er eigenlijk gebeurt als mensen aan contracten juridische geldigheid toeschrijven. Ook is het prachtig als deze inzichten vervolgens worden gedeeld met juristen. Maar de filosoof hoeft zelf geen juridische beslissingen te nemen. Daarom is er geen directe praktische noodzaak om te bepalen wat rechtens geldig is en wat niet, wat hard-law is en wat soft law of wat het verschil is tussen een juridische en een morele verplichting.

Ik denk dat de eindeloze discussies over de grenzen tussen moraal en recht dan ook vooral zijn ingegeven door een te gretige vereenzelviging met de behoeften van jurist. Uiteraard; diegenen die zich gesteld zien voor de taak om juridische beslissingen te nemen inzake concrete 'moeilijke gevallen' willen terecht weten in hoeverre de rechtszekerheid geschaad wordt bij een beroep op redelijkheid en billijkheid. Ik zeg niet dat dergelijke discussies over de grenzen tussen moraal en recht filosofisch oninteressant zijn, maar het wordt toch wat penibel als daarmee de hele rechtsfilosofie wordt versmald tot dergelijke grensbepalingen. Ik denk echter dat, mede door de allesoverheersende Hart-Dworkin-debatten, deze versmalling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en dat betreurt ik.

Ten eerste omdat een rechtsfilosofie die zich met name bezighoudt met jurisprudentie vooral het hulpje wordt van de rechtspraak. Tal van boeiende wetgevingsvraagstukken blijven dan onderbelicht, terwijl juist daar allerlei keuzes worden gemaakt waarvan men zich vaak niet bewust is. Economen,

2 Hart zelf meende niet dat secundaire regels een noodzakelijke voorwaarde was, maar de discussie wordt wel vaak langs deze lijnen gevoerd. Zie voor een kritische bespreking Mario Prost, *The Concept of Unity in Public International Law*, OUP, 2012.

beleidswetenschappers en bestuurskundigen bezetten nu dit veld dat leeggelaten is door rechtsfilosofen en dat is jammer want die lieden zijn meestal weinig geneigd om keuzes te expliciteren en te problematiseren.

Maar belangrijker dan dat is toch dat deze versmalling een kritische filosofie van het recht, ik zou bijna zeggen een 'autonome' filosofie van het recht, in de weg staat. Wat een wereld aan interessante vraagstukken zou er wel niet ontsloten kunnen worden als we bevrijd zouden kunnen worden van de taak voortdurend te identificeren wat recht is, als we niet langer het recht zouden hoeven af te bakenen van moraal, politiek en andere sociale regels, als we niet langer ons hoeven bezig te houden met het trekken van krijtlijnen en niet te vergeten met het uitvegen van andermans krijtlijnen.

We zouden ons bijvoorbeeld kunnen bezighouden met de vraag onder welke voorwaarden een normatief systeem – dat wil zeggen een systeem waarin rechten en plichten worden opgelegd – ontstaat en onder welke voorwaarden zo'n normatief systeem werkelijk verschil maakt en 'ertoe doet'. In dit verband moet ik vaak denken aan die Indiase inspecteur, door mij regelmatig ten tonele gevoerd, die met de nieuwe Indiase arbowetgeving op zak de werkgevers uitperst onder bedreiging dat hij hun anders een boete oplegt en zo zijn eigen zakken vult.³ Hoe is het toch mogelijk dat de arbeidsinspectie dat bij ons niet doet en de meeste ambtenaren hun baan niet zien als een bron van persoonlijk gewin? Hoe is het mogelijk dat er in goed functionerende rechtssystemen regels worden opgesteld door personen of organen die door diezelfde regels in hun vrijheid en macht worden beknot? Of nog breder: onder welke voorwaarden heeft überhaupt de gedachte kunnen opkomen om regels, beloften of afspraken te ontwerpen die kunnen dienen als belangrijker redenen voor gedrag dan gewone eersteorderedenen, zoals individueel dan wel collectief eigenbelang?

Begrijp me goed: ik zoek op mijn oude dag niet toch nog naar normatieve uitgangspunten. Ik ga niet opeens in grondslagen geloven zoals mensen die op de rand van de dood zich opeens tot god bekeren. Ik streef echt niet naar de mogelijkheid om filosofisch gefundeerd 'foei' te roepen tegen die inspecteur. Ik wil alleen begrijpen onder welke voorwaarden er een effectief normatief stelsel kan ontstaan, hoe dergelijke vormen van zelfbinding mogelijk zijn die indruisen tegen het directe eigenbelang.

3 Voor deze en andere voorbeelden Jan Breman, *The Poverty Regime in Village India: Half a Century of Work and Life at the Bottom of the Rural Economy in South Gujarat*, Oxford UP, 2007.

Nu kan men deze vragen naar de mogelijkheden voorwaarden op twee manieren begrijpen. Men kan ze begrijpen als varianten op de welbekende kantiaanse vraag naar de transcendentale mogelijkheden voorwaarden en men kan ze begrijpen als vragen naar historische of sociologische oorzaken. Een bekend voorbeeld van zo'n transcendentale vraag is: hoe kunnen we inzichtelijk maken wat moraliteit is? Het kantiaanse antwoord is dan dat moraliteit alleen denkbaar is vanuit de aanname dat de mens vrij is om voor het goede dan wel het kwade te kiezen. Vrijheid is daarmee een transcendentale voorwaarde voor moraliteit: het is logisch onmogelijk dat onvrijheid en moraliteit samengaan. We kunnen recht ook zo benaderen en op zoek gaan naar de noodzakelijke, niet-contingente voorwaarden voor recht. Men beperkt zich dan tot een conceptueel analyseniveau en onderzoekt welke concepten noodzakelijkerwijs moeten worden voorondersteld om een ander concept betekenis toe te kennen. Eeuwenlang gold de menselijke rationaliteit als zo'n noodzakelijke voorwaarde voor recht. Een recenter voorbeeld is Kelsens Grundnorm, een norm waarvan de geldigheid moet worden voorondersteld om betekenisvol te kunnen spreken over geldigheid. Veel rechtsfilosofisch onderzoek is van deze conceptuele aard en hoewel Hart aankondigt dat hij een descriptieve sociologische analyse gaat geven van recht, heet zijn boek toch *The Concept of Law* en niet *The Phenomenon of Law*.

Het geweldige voordeel van een conceptuele benadering is de helderheid die ze kan bieden. Het behoedt ons ervoor om willekeurig welk fenomeen als 'recht' te bestempelen en het maakt ons gevoelig voor de omstandigheid dat datgene wat men identificeert als een juridisch fenomeen sterk afhankelijk is van het concept van recht dat men hanteert; een concept dat het resultaat is van een keuze om bepaalde eigenschappen wel en andere niet in de beschouwing te betrekken. Men kan geen sociologische beschrijving geven zonder conceptuele analyse en daarom is Harts titel juist gekozen.

Maar we moeten vervolgens niet op dat conceptuele niveau blijven steken. De verschillende betekenissen van de notie van een subjectief recht die Hohfeld heeft ontrafeld, zijn bijzonder waardevol. Maar als je wilt weten onder welke voorwaarden die rechten succesvol kunnen worden afgedwongen, in welke betekenis dan ook, dan kun je niet met Hohfeld volstaan. Nu kan men hier tegenin brengen dat dat ook geen filosofische vraag is, maar een sociaalwetenschappelijke die het bereik van de filosofie nu eenmaal te buiten gaat. Maar mijn vraag is nu juist: moeten we ons bij deze taakverdeling neerleggen? Moeten we filosofie beperken tot conceptuele analyse en al het andere tot buiten onze competentie verklaren? Waarom zouden we dat doen?

Verbannen we daarmee niet een groot deel van de wereld naar buiten ons gezichtsveld?⁴

Een groot nadeel van conceptuele analyse *pur sang* is dat zij zich beperkt tot een analyse van concepten die in ons rechtssysteem nu eenmaal van belang zijn. In 'ons' recht speelt geldigheid een belangrijke rol en daarom moeten we zoiets als een Grundnorm vooronderstellen. Maar misschien is dat bij andere rechtssystemen helemaal niet zo. Misschien draait het daarin helemaal niet om geldigheid en hoeven we zo'n Grundnorm ook niet te veronderstellen. Kant kan wel een noodzakelijk verband leggen tussen recht en de mogelijkheid om de vrijheid van de een met die van de ander te verzoenen, maar dat verband tussen recht en vrijheid hoeft niet universeel te zijn, alle gepraat over universele noodzakelijkheid ten spijt. Willen we vat krijgen op de voorwaarden waaronder normatieve systemen verschil uitmaken voor het handelen, om dat voorbeeld maar weer te noemen, dan moeten we verschillende systemen gaan vergelijken en proberen een analyse-niveau te vinden dat meer omvat dan de criteria en concepten die constitutief zijn voor ons eigen systeem.⁵

Dat kan alleen door de mogelijkheidsvoorwaarden voor een effectief normatief systeem op de tweede manier op te vatten die ik zojuist onderscheidde, namelijk als historische of sociologische oorzaken. We moeten dan concreet op zoek gaan naar die sociale, economisch en culturele factoren die het mogelijk maken dat een normatief stelsel ontstaat dat voldoende gezaghebbende redenen geeft voor mensen om anders te handelen dan dat zij zouden hebben gedaan zonder die normen. Willen we meer begrijpen van de betrekkelijke irrelevantie van het Indiase arborecht, dan zou het toch prettig zijn iets te weten over hoe dat officiële recht wordt gepercipieerd. Hoe lopen de scheidslijnen tussen publiek en privaat daar? Ziet men wel een conflict tussen publieke arboregels en de regel dat men goed zorgt voor de eigen familie? Of heeft men misschien zelf juist het gevoel dat recht na te leven? Filosofen weten dat helemaal niet. We filosoferen tot we een ons wegen over de scheidslijn tussen het publieke en private domein, maar hoe dat in India zit? Geen idee. De talloze sociaalwetenschappelijke studies over corruptie,

4 Opmerkelijk genoeg heeft de wetenschapsfilosofie wel een stap naar een meer empirische benadering gemaakt en wel al sinds Woolgar and Latour het laboratorium ingingen om de wetenschap daadwerkelijk in de praktijk te kunnen bestuderen. Bruno Latour and Steve Woolgar, *Laboratory Life: The Construction of Scientific Facts*, Princeton University Press 1979.

5 Han-Pile analyseert Foucaults werk als de poging zo'n analyseniveau te vinden waarbij transcendentale vragen op historische wijze worden benaderd. Zie Béatrice Han-Pile, Foucault, Normativity and critique as a practice of the self, *Cont Philos Rev* (2016) 49:85-101.

familiebanden et cetera worden door rechtsfilosofen nauwelijks gelezen. En we hoeven helemaal niet eens naar India te gaan. Voorafgaand aan de Franse revolutie waren er talloze pogingen om de praktijk aan banden te leggen dat ambten konden worden gekocht. Waarom was dat? Wanneer werden die te kopen ambten een probleem en waarom? Moeten we daar niet naar kijken als we de huidige situatie willen begrijpen?

Ik hoor het gemor terwijl ik dit schrijf omdat u meent dat de rechtsfilosofie om het even alle kanten wordt uitgestuurd alleen maar vanwege mijn obsessie met die Indiase inspecteur. Maar de vraag is deze: hebben we nu echt de illusie dat we begrijpen wat recht is als we al deze dingen weigeren te onderzoeken? Hoe kunnen we ons als rechtsfilosoof verkopen als we geen enkel idee hebben hoe we het recht inzichtelijk en begrijpelijk kunnen maken, als we geen enkele betekenis kunnen verlenen aan het fenomeen recht, behalve dan door de wijsheden te herhalen over primaire en secundaire regels, het verschil tussen regel en beginselen, Grundnormen, soevereine staten of de vrijheid met een hoofdletter V?

Het wordt tijd om de blikrichting hier wat te verleggen. Heb ik zoëven nog bepleit dat we vooral onze oren te luisteren moeten leggen bij de juristen, dan is het nu tijd om een meer empirische oriëntatie te bepleiten. Want hoe waardevol conceptuele verheldering ook is, uiteindelijk wordt dit toch een steriele aangelegenheid als we zelf geen enkel idee meer hebben van wat recht in concreto is en doet en vooral wat het niet is en niet doet. In plaats van de Kelseniaanse vraag te stellen naar de geldigheid van de rechtsorde en te stellen dat de idee van geldigheid tot uitdrukking komt in het postulaat van de geldige Grundnorm, kunnen we ons bijvoorbeeld de vraag stellen of geldigheid nog steeds wel zo'n belangrijk criterium is. Wordt het criterium van geldigheid niet genuanceerd in de vele huidige soft-law-achtige arrangementen? In plaats van de zoveelste lezing van *The Concept of Law* zouden we ons kunnen afvragen hoe het komt dat er tegenwoordig boekseries bestaan met de titel 'Law and Regulation'. Wat betekent het dat men allerlei regels tegenwoordig labelt als vormen van 'regulering' in plaats van gewoon 'recht'? En hoe komt het dat er zoveel leerstoelen 'public governance' zijn ontstaan? Zijn termen als regulation en governance alleen maar modeterminen of duiden ze ook echt nieuwe praktijken aan? En waaraan kan men deze nieuwe praktijken dan herkennen? Wat betekent dat voor de klassieke rechtstatelijke waarden? Hoe verhouden deze nieuwe praktijken zich tot de oude? Kunnen we de nieuwe praktijken tot begrip brengen? In hoeverre voldoen oude noties als machtscheiding en legitimiteit nog om de nieuwe vormen en praktijken te beschrijven?

Of als men wil blijven bij de door mij opgeworpen vraag naar de mogelijksvoorwaarden van recht überhaupt, is het dan strikt noodzakelijk om te blijven steken bij een kritiek op de bevelstheorie van Austin? Kunnen we niet gewoon ook eens kijken naar al die nieuwe rechtssystemen die in dit tijdgewricht ontstaan; niet alleen de Europese rechtsorde maar ook allerlei mini-rechtssysteempjes in het internationale recht die rond een bepaald verdrag ontstaan of rond een conflictoplossend orgaan? We hoeven niet terug te gaan naar de primitieve volken van de twintigste-eeuwse rechtsantropologie om te aanschouwen hoe dergelijke stelsels ontstaan, we hoeven de krant maar op te slaan om recht *in statu nascendi* te aanschouwen. Economen zoals Barry Weingast publiceren het ene na het andere artikel over dergelijke emerging legal orders.⁶ Waarom zien we zo bar weinig van deze inzichten terug in de rechtsfilosofische literatuur?

Door ons niet met dergelijke vragen bezig te houden, laten we de beschrijving van deze nieuwe ontwikkelingen over aan andere disciplines, niet alleen economen, maar ook sociologen, beleidswetenschappers, specialisten in internationale betrekkingen en regulation-specialisten. Wie dat een goed idee vindt, zou voor de aardigheid dergelijke studies eens moeten lezen. Want hoewel we daar veel nuttige informatie kunnen vinden die ons aan het denken kan zetten, conceptueel gezien is het daar vaak een woestenij. Geen enkele gevoeligheid voor verzwegen aannamen, gemaakte keuzen, impliciete waardeoordelen en alom conceptuele verwarring. Men 'meet' legitimiteit zonder enig idee te hebben van de verschillende betekenissen van die term, of men reduceert legitimiteit eenvoudigweg tot nalevingsbereidheid zonder die laatste term te problematiseren. Men vraagt zich geen moment af waarom 'compliance' en 'accountability' ineens belangrijk worden en men heeft er geen idee van dat termen als 'rechtstaat' of 'procedurele rechtvaardigheid' meer vragen oproepen dan verhelderen. Sterker: men vraagt zich niet eens af hoe het komt dat ze zelf ineens 'gedragswetenschappers' zijn gaan heten, in plaats van sociale wetenschappers. Waar bij de rechtsfilosofie ongeïnformeerde conceptuele analyse de boventoon voert, daar lijdt menig sociaal-wetenschappelijke studie aan informatievergaring zonder enige reflectie op de theoretische uitgangspunten, als die al te ontwaren zijn.

Wat ligt er in zo'n situatie toch meer voor de hand dan de handen ineen te slaan? Waar de conceptuele steriliteit verholpen kan worden door nader empirisch onderzoek en waar empirisch onderzoek aan diepgang zou winnen door meer filosofische analyse, is het toch vreemd dat rechts-sociologen en rechtsfilosofen dan nog steeds gescheiden wegen bewandelen.

6 Lizhi Liu & Barry R. Weingast, 'Taobao, Federalism, and the Emergence of Law, Chinese Style', *Minnesota Law Rev.* 102: 1562.

Rechtssociologie en rechtsantropologie maar ook rechtspsychologie hebben nog steeds hun eigen gremia en publicatiekanalen. Er mogen af en toe gezamenlijke bijeenkomsten worden georganiseerd, maar een werkelijk vruchtbaar samengaan? Nauwelijks. Veelzeggend is het bijvoorbeeld dat waar beide tijdschriften, zowel ons *NJLP* als *Recht der Werkelijkheid* met dezelfde problemen kampen zoals een teruglopend aantal spontaan aangeboden artikelen en waarvan de redacties in hetzelfde dilemma zitten (meer aansluiting bij internationaal publiek dan wel meer aansluiting bij de praktijk) er bij mijn weten geen discussie is geweest over de vraag of er misschien ook kan worden samengegaan. Waarom oriënteren we ons niet op een herstart van Recht en Kritiek? Het mag voor mij dan ook wel af en toe Law and Critique heten. Het pikante van deze gang van zaken is dat waar rechtsfilosofen wel een interdisciplinaire rechtswetenschap bepleiten waarin rechtsdogmatisch onderzoek wordt gecombineerd en aangevuld met empirische wetenschappen, zij dat zelf nauwelijks doen en de voeten graag drooghouden op conceptueel terrein, dat voornamelijk, zoals eerder gezegd, bestaat uit het trekken van krijstrepen en het aanleggen van funderingen.

Wil de rechtsfilosofie kritisch en relevant blijven, dan zou ze zich moeten ontwikkelen tot *rechtstheorie*, waaronder ik dan versta een bundeling van filosofische, historische en sociaalwetenschappelijke inzichten in aard en functie van normatieve systemen. Relevant omdat de talloze nieuwe ontwikkelingen kunnen worden bestudeerd met behulp van empirisch materiaal, kritisch omdat de uitgangspunten van dat empirisch materiaal conceptueel tegen het licht gehouden worden. Relevant omdat zo'n rechtstheorie zich laat inspireren door de behoeften en de problemen van juristen, maar tegelijk kritisch daar zij niet slaafs het interne juristenperspectief volgt noch de agenda van beleidsmakers die wat gedragswetenschappelijke ondersteuning willen hebben.

Misschien wordt zo'n relevante en kritische rechtstheorie dan nog eens een volwaardige loot aan de filosofische boom, eentje waarvan men erkent dat haar onderwerp minstens zo belangrijk, zo niet belangrijker is dan kennis, taal of wetenschap, omdat het niets minder bestudeert dan al de voorwaarden waaronder samenlevingen normatieve structuur en vorm krijgen. Laat dit de agenda zijn voor de volgende honderd jaar.

De mogelijkheid van samenleving

Jan van Beuningen*

Inleiding

Tegen het eind van haar bijdrage ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van de Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht schetst Pauline Westerman de contouren van een nieuwe agenda voor het vakgebied voor de komende 100 jaar. Wil de rechtsfilosofie relevant blijven, aldus Westerman, dan zal ze zich moeten ontwikkelen tot rechtstheorie, waarmee ze ‘een bundeling van filosofische, historische en sociaalwetenschappelijke inzichten in aard en functie van normatieve systemen’¹ in gedachten heeft.

In een tijd van afnemend vertrouwen in de overheid, druk op onze democratie en toenemend individualisme stelt Westerman de vraag onder welke voorwaarden een normatief systeem – waarin rechten en plichten worden opgelegd – kan ontstaan en werkelijk verschil kan maken. Wat haar fascineert, is het bijna wonderbaarlijke ontstaan van een samenleving, dat wil zeggen een stelsel waarin mensen niet alleen hun eigenbelang nastreven. Westerman benadrukt dat ze niet op zoek is naar nieuwe normatieve uitgangspunten, maar naar de voorwaarden voor een effectief normatief systeem. Een rechtstheorie die hierop focust, kan niet anders dan een gouden toekomst hebben, want iedereen ziet wel in, aldus Westerman, dat ‘haar onderwerp minstens zo belangrijk, zo niet belangrijker is dan kennis, taal of wetenschap, omdat het niets minder bestudeert dan al de voorwaarden waaronder samenlevingen normatieve structuur en vorm krijgen. Laat dit de agenda zijn voor de volgende honderd jaar.’²

Voorwaarden voor een werkend normatief systeem

De thematisering, en dan met name de formulering *mogelijkheidsvoorwaarden*, doet onmiddellijk denken aan het werk van de Duitse constitutionalist

* Jan van Beuningen is directeur Bouwen en Energie van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Hij maakte deel uit van groep 5 van de Academie voor Wetgeving.

1 Pauline Westerman, ‘Naar een kritische en relevante rechtstheorie’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2019, afl. 2, p. 254.

2 Idem, p. 255.

Ernst-Wolfgang Böckenförde en in het bijzonder aan de paradox of het theorema dat zijn naam draagt.³ De kern daarvan is precies dat de liberale, seculiere staat leeft van vooronderstellingen die hij zelf niet kan garanderen. Dit betekent dat een liberale democratie afhankelijk is van bepaalde morele en culturele vooronderstellingen, zoals een gedeelde ethiek en gemeenschappelijke waarden, die de staat zelf niet kan afdwingen zonder zijn liberale karakter te verliezen. Want, aldus Böckenförde, vroeger werd de zaak bijeengehouden door onze gehoorzaamheid aan God en de koning, maar we hebben nu gekozen voor *het avontuur van de vrijheid*; en dat is heel goed, maar daarmee heb je nog niet vanzelf een levensvatbare samenleving.

Böckenförde bedoelde zijn boek als een waarschuwing en oproep aan de burgers: let op, een pluralistische, seculiere en vrije samenleving kan alleen werken als iedereen zijn morele en sociale vermogens ontwikkelt en inzet. Dat moet vrijwillig, want kan niet worden opgelegd door de staat.

Dat de levensvatbaarheid van de liberale samenleving – als normatief stelsel dat leeft van mogelijkheidsvoorwaarden die het stelsel zelf niet aanmaakt – niet vanzelf spreekt, is decennialang echter geen punt van aandacht en zorg geweest. Dat zou ons in het huidige tijdsgewricht wel eens lelijk op kunnen breken. Plotseling immers lijken democratie en rechtsstaat kwetsbaarder dan ooit. Daarom is Westermans claim zo sprekend voor dit historisch moment: het gaat om niets minder dan om de voorwaarden waaronder samenlevingen normatieve structuur en vorm krijgen. Het gaat om ‘system survival’ – om niets minder.

Ook die andere, hieraan gekoppelde intuïtie van Westerman is sprekend voor onze actuele situatie. Willen we iets begrijpen van hoe wetgeving, regulering, overheidsinterventies uitwerken op die mogelijkheidsvoorwaarden voor een vitale samenleving, dan moeten we anders, veel breder, leren kijken en denken en al die onderliggende sociale, economische en culturele factoren in de beschouwing betrekken.

In een recenter artikel in *RegelMaat*, getiteld ‘Evidence-based wetgeving’, werkt Westerman dit verder uit. Ze stelt: ‘Kenniss van het maatschappelijke veld, van de problematiek zelf en van de wijze waarop wetgeving ingrijpt in het bestaande normenpatroon bij de diverse doelgroepen is onontbeerlijk. (...) Daarbij ligt een belangrijke taak voor niet-juridische expertise, in de ruimste zin van het woord: niet alleen kennis over de te bereiken doelen

3 Ernst-Wolfgang Böckenförde, ‘Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation’, in: *Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1976, p. 60.

zoals klimaat, de digitale wereld, gezondheid of onderwijs, maar vooral ook expertise over hoe normen worden gepercipieerd en hun werking krijgen in het maatschappelijke veld. Rechtssociologen, antropologen, psychologen en rechtsfilosofen zouden een plaats moeten hebben in het wetgevingsproces.⁴ Al die wetenschappers moeten hun licht kunnen laten schijnen over voorgenomen beleid en wetgeving teneinde bij te dragen aan de verbetering van de kwaliteit van bestuur, niet alleen qua doelbereiking (effectiviteit en doelmatigheid) maar ook en vooral qua te verwachten normnaleving en gedragsverandering.

Geen moraliserende overheid

Natuurlijk is het goed om meer inzicht te verwerven in hoe mensen omgaan met beleid en wetgeving. Dat zal de kwaliteit ervan verhogen en het zal ook helpen om onbedoelde en averechtse effecten ervan te verminderen of te voorkomen. Maar is niet veel méér nodig? Als het inderdaad om *niets minder* gaat dan de mogelijkhedenvoorwaarden voor een levensvatbare samenleving, om system survival, moet er dan niet veel meer gebeuren? En: is hier dan geen taak weggelegd voor de overheid? Of sterker nog: moet hier niet alle aandacht van de overheid op gericht zijn? Wie anders dan de overheid?

Nee, want net als Böckenförde schrikt Westerman ervoor terug om te gaan morrelen aan de vrijheid en autonomie van de burgers. Algauw doemt dan immers het schrikbeeld op van een moraliserende overheid, van zedenprekers en zedenpolitie. Westerman wil wel een batterij wetenschappers inzetten om normnaleving en gedragsverandering te bestuderen, maar de opgedane inzichten mogen niet door de overheid gebruikt worden om dat gedrag in de gewenste richting te sturen.

In een ander artikel van haar hand, 'Nudging en de paradox van autonomie', stelt zij nadrukkelijk dat het inzetten van sociaalpsychologische kennis om de burger in de richting van een bepaald gewenst beleidsdoel te sturen op gespannen voet staat met de waarde van autonomie van de burger, een waarde die immers de grondslag vormt voor de rechtsstaat.⁵

4 P.C. Westerman, 'Evidence-based wetgeving', *RegelMaat* 2023, afl. 2, p. 120.

5 P.C. Westerman, 'Nudging en de paradox van autonomie', *Ars Aequi* 2017, afl. 7/8, p. 582-590.

Overheidsinterventies zo inrichten dat sociaal kapitaal kán ontstaan

Men kan het eens zijn met de bezwaren tegen een moraliserende gedragssturing door de overheid, maar daarmee is niet gezegd dat de overheid veroordeeld is tot toekijken. Laten we hiervoor teruggaan naar de paradox van Böckenförde. Als mogelijkhedenvoorwaarden voor een vitale samenleving noemde hij: moraliteit en een verbindend ethos. In de actuele literatuur wordt dit – in navolging van socioloog Robert Putnam – verwoord als sociaal kapitaal, dat bestaat in de drie vormen van bonding, bridging en linking.⁶

Hoe ontstaat dat sociale kapitaal, hoe wordt het gegenereerd? Antwoord: als mensen met elkaar in contact treden, samen aan de slag gaan, relaties aanknopen; als ze elkaar ontmoeten. Het is in en door ontmoetingen dat mensen hun sociale en morele vermogens ontwikkelen. Niet elk contact evolueert naar een ontmoeting en niet elke ontmoeting gaat gepaard met morele en sociale groei. Maar omgekeerd geldt wel: wil dat mirakel van Westerman – dat er *vormen van zelfbinding mogelijk zijn die indruisen tegen het directe eigenbelang* – plaatsvinden, dan zal dat zijn in normatieve stelsels waarin de burgers zichzelf en elkaar moreel en sociaal vormen in frequente en diverse ontmoetingen.

Een vitale samenleving is een stelsel waarin de maatschappelijke taken en functies – veiligheid en orde, recht en gerechtigheid, opvoeding en onderwijs, de zorg voor zieken en zwakkeren, jeugdwerk, ouderenzorg, huisvesting en ook klimaatbeleid in de gebouwde omgeving – zoveel mogelijk materie en motief opleveren voor de betrokkenheid, samenwerking en ontmoeting van burgers. Die transitie in de gebouwde omgeving heeft alleen kans van slagen als we de energie en kracht van bewonersinitiatieven benutten en als bijeffect kan daar een herstel van vertrouwen ontstaan van mensen in elkaar en in hun relatie met de overheid.⁷

De aanmaak van sociaal kapitaal moet plaatsvinden in de dagelijkse maatschappelijke praktijken van burgers met elkaar. Alleen langs deze weg kan de paradox van Böckenförde – en het mirakel van Westerman – worden opgeheven. Het is aan de overheid om zó te sturen en te organiseren dat de dingen die gedaan moeten worden, de taken die vervuld moeten worden, de beslissingen die genomen moeten worden, zoveel mogelijk inzet worden van

6 Robert D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton: Princeton University Press 1993 en Robert D. Putnam, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. New York: Simon & Schuster 2000.

7 Vrijwel alle geslaagde proeftuinen aardgasvrije wijken vinden hun oorsprong in hechte bewonerscollectieven.

de betrokkenheid van burgers en materie en motief opleveren voor contacten, relaties, samenwerking, overleg – voor ontmoeting. Dat impliceert een fikse omslag in denken en praktijk van de overheid. Goed bestuur is bestuur dat zijn primaire taak ‘system survival’ serieus neemt. Want daarover gaat het nu – en niets minder. Laat dit de basis zijn voor de overheidsagenda voor de komende tien jaar.

Normatieve bokkesprongen en het belang van een kritische blik

Meike Bokhorst*

Over het belang van een open en kritische blik

In het artikel 'Naar een kritische en relevante rechtstheorie' toont Pauline Westerman aan de hand van haar persoonlijke ontwikkeling hoe belangrijk het is om het eigen gelijk altijd ter discussie te blijven stellen en te verbinden met het gelijk van anderen. Ze verruilde 'het heetgebakerde strijdtoneel van de filosofie' voor 'het meestal bedachtzame en plezierige juristengezelschap'.¹ In dat gezelschap bleef zij als de kritische buitenstaander verrassende en open vragen stellen. Daardoor ontstaan interessante en verdiepende gesprekken waaraan iedereen mee kan doen, ongeacht de wetenschappelijke discipline of de mate waarin iemand is ingelezen. Mensen die elkaar de normatieve of disciplinaire maat nemen, kunnen op weinig begrip rekenen van deze rechtsfilosoof. Westerman is altijd scherp zodra mensen een normatieve sprong maken, zonder expliciet stil te staan bij de grondslagen of vooronderstellingen van waaruit ze dat doen. En dan vooral als het een onnavolgbare normatieve bokkesprong is waarvan de maker maar niet wil begrijpen dat die hierin niet door anderen gevolgd wordt.

Een van de eerste filosofen die zich boog over de kloof tussen feit en norm, was Hume (1711-1776) in zijn werk *A Treatise of Human Nature*: 'In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning (...);

* Meike Bokhorst is senior wetenschappelijk medewerker bij de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid. Daarnaast werkt zij als senior onderzoeker toezicht en bestuur aan de Universiteit Utrecht. Zij is gepromoveerd aan de Universiteit van Tilburg op het proefschrift *Bronnen van legitimiteit. Over de zoektocht van de wetgever naar gezelschap en gezag*. Hiervoor heeft zij gewerkt als onderzoeker/projectleider bij de Nationale Ombudsman en de Algemene Rekenkamer en als programmasecretaris Bruikbare rechtsorde op de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie. Meike Bokhorst studeerde filosofie en journalistiek in Groningen en politicologie aan de Campus Den Haag van de Universiteit Leiden.

1 Pauline Westerman, 'Naar een kritische en relevante rechtstheorie', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2019, afl. 2, p. 244.

when of a sudden I am surprized to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; (...) it is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it.²

De verbazing van Hume is ook de verbazing van Westerman. Het is een groot goed en een zegen voor de omgeving om die verbazing tot aan het einde van een loopbaan vol te kunnen houden. Dat wil niet zeggen dat mensen deze normatieve sprong niet moeten maken. Wetgevingsjuristen doen niet anders dan rechtsbeginselen omzetten in normen, terwijl ze juridische oplossingen aandragen voor maatschappelijke problemen en de wet schrijven om een politiek doel te realiseren. Het gaat er vooral om de vooronderstellingen van waaruit ze dat doen in de memorie van toelichting goed te expliciteren. Daarmee valt voor geconsulteerde maatschappelijke partijen en vooral het parlement beter in te schatten hoe plausibel het is dat de gekozen middelen leiden tot het doel, dat het maatschappelijke probleem verminderd wordt door de gekozen aanpak van de oorzaken, en dat de uitgewerkte normen passen binnen de rechtsbeginselen.

Meer evidence-based wetgeving door parlementaire wetenschapstoets

Om hun beleidsvooronderstellingen goed te toetsen hebben ministeries grote directies wetgeving, is er een Justitie-afdeling wetgevingstoetsing en een afdeling wetgevingsadvisering bij de Raad van State. De Tweede Kamer heeft alleen een in omvang beperkt bureau wetgeving. De medewetgevende taak is afgelopen decennia in de Kamer steeds meer op de achtergrond geraakt door de controlerende taak (in het bijzonder Kamervragen) en vooral de representatieve functie (in het bijzonder media-aandacht). Vooral de Eerste Kamer kijkt als *chambre de réflexion* nog sterk naar wetgevingskwaliteit. In dat verband is het een interessante ontwikkeling dat de Tweede Kamer met een wetenschapstoets en wetgevingsrapporteurs zich weer meer nadrukkelijk is gaan bezighouden met wetgeving.

Sinds 2018 is in de Comptabiliteitswet de verplichting opgenomen om beleids- en wetsvoorstellen helder te onderbouwen. Sinds 2020 is er in

2 Zie dit citaat bij: T. Bouwman, 'Empirisch-juridisch onderzoek en de sprong van feit naar norm', *Nederlands Juristenblad*, 3 april 2020. <https://blog.ucall.nl/index.php/2020/11/empirisch-juridisch-onderzoek-en-de-sprong-van-feit-naar-norm/>.

de Kamer volgens 'Parlement en wetenschap' de behoefte om een wetenschapstoets uit te laten voeren bij grote beleids- of wetsvoorstellen die veel geld kosten (meer dan 20 miljoen euro): 'Zijn de keuzes die het kabinet heeft gemaakt wetenschappelijk houdbaar? Zijn er bewezen effectieve(re) beleidsalternatieven in andere landen? Is de evaluatiestrategie doorwrocht?' Twee wetenschappers van verschillende universiteiten, met verschillende onderzoeksdisciplines en zonder betrokkenheid bij de totstandkoming van de wet, voeren de toets samen uit. De focus ligt vooral op doeltreffendheid, doelmatigheid en financiële deugdelijkheid.³ Eigenlijk precies wat de Algemene Rekenkamer op basis van de Comptabiliteitswet toetst bij beleid in werking.

In het artikel 'Evidence-based wetgeving' stelt Westerman terechte kritische vragen bij de gronden van die toets en het soort kennis dat de Kamer hoopt te krijgen: 'over de te verwachten normnaleving of over doelbereiking'.⁴ Westerman stelt dat 'een wet of regeling niet simpelweg tot een enkel middel gereduceerd kan worden' en dat het 'evenmin mogelijk is om beleidsdoelen zo eenduidig en nauwkeurig af te bakenen als rekenmeesters en beleidswetenschappers zouden wensen'.⁵ SMART-eisen leiden in haar ogen 'maar in beperkte mate of misschien zelfs helemaal niet tot goede wetgeving'.⁶ Volgens haar is er maar één antwoord mogelijk op de vraag hoe wetenschap dan wel een zinnige rol kan spelen in het wetgevingsproces: 'door de departementale staf uit te breiden met (vaste) medewerkers die in staat zijn het vele bestaande onderzoek te interpreteren en van meet af aan hun licht kunnen laten schijnen over voorgenomen beleid en wetgeving'.

Dit is ongetwijfeld een nuttig antwoord, maar op alle goede vragen zijn altijd meerdere antwoorden mogelijk. Betere kennisbenutting verbetert departementale wetsvoorbereiding en dus wetgevingskwaliteit. Maar de wetenschapstoets is een prille poging van het parlement om als medewetgever meer inzicht te krijgen in de doelmatigheid en doeltreffendheid van beleid en wetgeving. De informatie-asymmetrie tussen departement en parlement is al zo groot. Wat zou het parlement kunnen doen om zich te ontwikkelen in zijn medewetgevende taak, die nu zo wordt ondergesneeuwd door de focus op controleren en representeren?

3 Zie <https://parlementenwetenschap.nl/instrumentarium/wetenschapstoets-van-voorgenomen-beleid/>.

4 P.C. Westerman, 'Evidence-based wetgeving', *RegelMaat* 2023, afl. 2, p. 111.

5 Idem, p. 116.

6 Idem, p. 119.

Kritische toetsing van de plausibiliteit van de beleidstheorie

Om de vooronderstellingen onder wetgeving en beleid te achterhalen en te toetsen op plausibiliteit is er de methode van de beleidsreconstructie. De reconstructie van de beleidstheorie en de toetsing van de theorie op basis van meta-analyse van wetenschappelijke empirie wordt verricht door de keten tussen beleidsdoel en feitelijke uitkomst te analyseren. De reconstructie van de beleidstheorie bestaat uit het in kaart brengen van de leidende normatieve principes, probleemanalyses, beleidsdoelen en instrumenten. Het onderzoeken van de beleidstheorie gebeurt met behulp van een meta-analyse van bestaande literatuur en empirische data over de werking van wet- en regelgeving in de praktijk.

Beleidswetenschapper Andries Hoogerwerf heeft de methode van het reconstrueren van beleidstheorieën beschreven als een manier om vooronderstellingen en de relaties daartussen rationeel af te leiden uit beleidsdocumenten, zoals een memorie van toelichting. Hij definieerde een beleidstheorie als ‘het geheel van veronderstellingen waarop een beleid berust’.⁷

Hoogerwerf onderscheidt drie soorten theoretische relaties die in een beleids-tekst zijn te onderscheiden. Allereerst de causale (oorzaak-gevolg) relaties met vooronderstellingen ten aanzien van de oorzaken van een bepaald beleidsprobleem en de mogelijke gevolgen. Ten tweede finale (doel-middel) relaties met vooronderstellingen ten aanzien van het beleidsdoel en de instrumenten die ingezet worden om het beleidsdoel te realiseren. En ten derde de normatieve (norm-beginsel) relaties met vooronderstellingen ten aanzien van de normen en beginselen die volgens de opsteller van het beleid zouden moeten gelden. De causale relaties zijn terug te vinden in de probleemanalyse, de finale relaties in de gestelde doelen en gekozen oplossingen, en de normatieve relaties in de normatieve uitgangspunten. Een beleidstheorie is dus te definiëren als het geheel van causale, finale en normatieve relaties in het beleid.

Het kan voor Kamerleden heel nuttig zijn om beleidsvooronderstellingen te laten expliciteren en op basis van wetenschappelijke literatuur inzicht te krijgen in de plausibiliteit van de vooronderstellingen. Dat gebeurde bijvoorbeeld in de wetenschapstoets van het voorstel voor een Nationaal Groeifonds, waar miljarden mee zijn gemoeid. De wetenschapstoets was kritisch op de beperkte doeloperationalisering: ‘Het bbp biedt een te smalle invulling van het welvaartsbegrip, met veronachtzaming van andere relevante dimensies.’ De toetsers gaven als aanbeveling mee om de beleidstheorie te onderbouwen

7 A. Hoogerwerf, ‘Beleid berust op veronderstellingen: de beleidstheorie’, *Acta Politica* 1984, afl. 4, p. 501.

en ervaringen met ‘structuurbeleid’ te benutten: ‘Breng de ervaringen met en de opbrengsten van structuurbeleid in Nederland via (evaluatie)onderzoek in kaart. Focus op alleen productiviteitsgroei en bbp is onvoldoende.’⁸

Dit soort reflecties zijn nuttig voor Kamerleden en achteraf gezien hebben de toetsers ook gelijk gekregen. In een kritische analyse van het groeifonds lieten Stellinga en Van Duijnen onlangs zien dat politiek opportunisme aan de wieg stond van het Nationaal Groeifonds en het ook ten grave lijkt te dragen. De politieke haast bij de start van het fonds strookt volgens hen niet met de noodzaak om deskundigheid op te bouwen en uitvoeringsvraagstukken rond de projecten lijken beperkt aandacht te hebben gekregen tijdens de ontwikkeling van het fonds.⁹ De wetenschapstoets waarschuwde niet voor niets.

Het instrument van de wetenschapstoets verdient een eerlijke kans om tot ontwikkeling te komen. Het kan bijdragen aan een deskundiger parlement, waar uiteindelijk ook wetgevingsjuristen op departementen baat bij hebben. Politiek opportunisme is door ambtenaren soms lastig te stoppen. Maar Kamerleden kunnen wel de ministers ter verantwoording roepen en met kritische argumenten de normatieve bokkesprongen en beperkt onderbouwde beleidsvooronderstellingen tegen het licht houden.

8 S. Brakman & A. van Witteloostuijn, *Wetenschapstoets op het Nationaal Groeifonds zoals beschreven in beleidsbrieven en begroting*, 2021 (https://parlementenwetenschap.nl/wp-content/uploads/2023/03/210319_Wetenschapstoets_Nationaal_Groeifonds.pdf).

9 B. Stellinga & M. van Duijnen, *Leren investeren. Lessen uit de ontwikkeling van het Nationaal Groeifonds* (WRR Working Paper, nr. 59), 2024 (www.wrr.nl/actueel/nieuws/2024/05/27/deskundig-investeringsbeleid-waak-voor-politieke-grilligheid).

Ithaka's

Nico Florijn*

Naar

Zij heeft mij al te pakken bij de titel: 'Naar een kritische en relevante rechtstheorie'.¹ Of eigenlijk meteen bij het eerste woord daarvan. Dat komt doordat zulke titels, die willen uitdrukken dat het erop volgende betoog naar een einddoel toewerkt, bij mij onmiddellijk de gedachte wekken dat dit doel wel nagestreefd zal worden, maar niet bereikt. De verwachting dat er een kritische en relevante rechtstheorie volgt, wordt gemanaged, want het zou best kunnen dat die een streep aan de horizon blijft.

Een streep aan de horizon – en ik zie een eiland voor me, zoals in Konstantinos Kavafis' bekendste gedicht: 'Als je op je tocht naar Ithaka vertrekt ...'.² Als je die reis begint, zegt de dichter, wens dan dat zij lang duurt; denk aan het einddoel, maar haast je niet om aan te komen. Het is beter:

*'dat je, oud al, landen zult op het eiland,
rijk met alles wat je onderweg hebt gewonnen,
niet verwachtend dat Ithaka je rijkdom geven zal.'*

Teleurstelling over het (nog lang) niet bereiken van het einddoel – de rechtstheorie, het eiland – is dus onnodig, ook bij dit artikel. Op reis steek je veel moois op³, net als tijdens een lange wetenschappelijke of juridische carrière. Het is daarom leerzaam, en bepaald vermakelijk, als Westerman haar odyssee

* Nico Florijn is wetgevingsjurist geweest bij de Raad van State en het Ministerie van Economische Zaken. Daarna was hij tot juli 2023 programmamanager bij de Academies voor Wetgeving en voor Overheidsjuristen.

1 Pauline Westerman, 'Naar een kritische en relevante rechtstheorie', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2019, afl. 2, p. 244.

2 *Ithaka*, Kavafis (1911); ik gebruik de vertalingen van Blanken 1984, p. 74-75, en van Warren en Molegraaf 2002, p. 28-31, door elkaar heen, omdat ik soms de ene, dan weer de andere prettiger vind. Zie: K.P. Kavafis, *Verzamelde Gedichten I*, vert. G.H. Blanken, Amsterdam: Athenaeum – Polak & Van Gennep 1984 en K.P. Kavafis, *Gedichten*, vert. H. Warren en M. Molegraaf, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2002.

3 Mits je niet veroordeeld bent tot de zenuwslopende havens die je tegenwoordig met diesel-rookbrakende vaartuigen aandoet als je naar een Grieks eiland reist.

schetst en zich afvraagt waar meer dan dertig jaar rechtsfilosofie haar bracht en brengen kan. Laat ik bezien of ik haar daarin kan volgen.

Kritisch

Westerman legt uit dat een rechtsfilosoof zich dient te oriënteren op de behoefte van juristen, maar kritisch: zij ziet het als haar taak om te expliciteren wat juristen doen en hun duidelijk te maken waarover zij het hebben als zij juridische technieken en rechtsbegrippen hanteren. Er moeten verzwegen assumpties worden gesignaleerd en onbenoemde spanningen en tegenstrijdigheden worden opgespoord. 'Dat', zo meent zij, 'lijkt een bescheiden taak, maar kan een leven vullen.'

Ook mij lijkt dat een schone taak voor een rechtsfilosoof. De verkregen inzichten mogen evenwel daarna worden teruggekoppeld aan de juristen die 'steeds geduldig (...) uitlegden wat zij dachten dat ze deden en wat ze dachten dat het probleem was'. Dan past volgens Westerman de rechtstheorie een kritische distantie, want die volgt 'niet slaafs het interne juristenperspectief (...) noch de agenda van beleidsmakers die wat gedragswetenschappelijke ondersteuning willen hebben'. Daar kan ik inkomen, maar deze terugkoppeling wordt vermoedelijk een tamelijk ongemakkelijke, zeker als het aan juristen is die werkzaam zijn in de rechts- of wetgevingspraktijk. Academisch ingestelde types accepteren, tegensputterend, nog wel de kritiek dat ze niet weten wat de structuur is van een regel of niet zien dat de eisen te stellen aan een regel als argument, anders zijn dan aan een regel als instrument. Anderen zal dat vooral irriteren. Gaat er dan iets niet goed als zij normen formuleren en daarbij de wijsheden uit de wetgevingsleer en de wetgevingstechniek volgen, ook als deze uit een rechtstheoretisch gezichtspunt drijfzand blijken te zijn? Wat is er mis met een grammaticale, systematische en teleologische interpretatie, als het even kan aangevuld met een toefje rechtsvergelijking dan wel rechtseconomie, om een *hard case* te kraken en een arrest te wijzen waarmee de rechtsgemeenschap verder kan – al kijkt de rechtsfilosoof misschien bedenkelijk naar die Herculeaanse acrobatiek?

In de huidige wetgevingspraktijk heeft Westerman de wind mee, want daarin wordt kritiek gezien als goed en nuttig. Er is een geïnstitutionaliseerde praktijk van kritiseren vanuit een scala aan rollen, ideologieën en rationaliteiten. Wetgevingsjuristen zijn een groot deel van hun werktijd bezig met (internet)consultaties, uitvoeringstoetsen, interdepartementale afstemming, overleg met *stakeholders* en advisering door adviescolleges en de Afdeling advisering van de Raad van State. Ook rechtswetenschappers laten van zich horen en fileren voorgenen regels of dragen alternatieven aan. En dan is er de parlementaire behandeling, waarin Kamerleden de eerder door anderen

ingebrachte en al weerlegde of overgenomen kritiek nog eens dunnetjes overdoen, zo nodig aangevuld met politieke stellingnames.

Hoe zou rechtstheoretische kritiek landen in deze praktijk? Westerman lijkt zich daarover niet druk te maken, omdat het niet de taak is van de filosoof om juridische beslissingen te nemen: die doet aan begrijpen, expliciteren, problematiseren en inzichten delen. Zij bedenkt geen oplossingen en compromissen, maar stelt pertinente en ongemakkelijke vragen. De jurist mag proberen er toch iets van te maken, 'wijs geworden door het inzicht dat dat niet makkelijk is en dat er meer bij komt kijken dan woordjes achter elkaar zetten'.

Ik wil niet vervelend doen, maar geloof toch dat eventuele rechtstheoretische kritiek ongelezen verdwijnt in de bureaula van de bekritiseerden. De reden: ze vinden deze niet opbouwend of bruikbaar, ze hebben het druk genoeg met alle anderen die iets van hen willen. Juridische kritiek van de Raad van State of de Autoriteit Persoonsgegevens wordt al vaak genegeerd of, als dat niet langer kan, knarsetandend aanvaard; men zit echt niet te wachten op een scherpe analyse uit een theoretisch oogpunt die op een onhandig moment binnenkomt. Dat maakt die kritiek niet minder terecht en juist, maar roept wel de vraag op of zij relevant is, en zo ja, voor wie dan.

Relevant

Rechtstheorie is onder meer relevant, zo leert Westerman, omdat zij zich laat inspireren door de behoeften en de problemen van juristen. Is zij daarmee ook relevant voor die (praktijk)juristen, hebben zij door dat er iets met hun behoeften en problemen wordt gedaan? Als ik me beperk tot de Haagse wetgevingsjuristen, omdat ik die ken, hoe staat die juristenclan tegenover een rechtstheorie die zich op hun noden focust?

Wetgevingsjuristen feliciteren zichzelf soms met hun werkomgeving, omdat zij daarin kunnen reflecteren op hun werk. De Academies voor Wetgeving en voor Overheidsjuristen en het Kenniscentrum voor beleid en regelgeving zijn ingebed in de ministeries, dat van Justitie en Veiligheid voorop, waarin men nadenkt over praktische en theoretische aspecten van wetgeving. Ook een onderzoeksinstelling als het WODC of adviescolleges als de WRR en de Raad van State zorgen voor (wetenschappelijke) verdieping. Verder is er een Nederlandse Vereniging voor Wetgeving en een tijdschrift, *RegelMaat*. Daarnaast zijn er ook nog hoogleraren en universitaire medewerkers die als docent of onderzoeker bijdragen leveren aan het wetgevingsbedrijf.

In deze Haagse omgeving lijkt Westerman dus een welkome gast: een kritische rechtstheorie die ook begrippen uit de wetgevingsleer onder de loep

neemt, zou voor dit rechtsgeleerde, soms zelfs academische milieu relevant moeten zijn. In de onderzoeksgroep van de Academies voor Wetgeving en voor Overheidsjuristen storten de deelnemende theoretici en practici zich dan ook enthousiast op allerlei rechtstheoretische onderwerpen, juridische analyses en wetgevingsvraagstukken. Er vindt een machtsvrije dialoog plaats waarin men zoveel mogelijk van elkaar leert. Dus als Westerman vertelt dat zij 'het heetgebakerde strijdtoneel van de filosofie' verruilde voor het 'meestal bedachtzame en plezierige juristengezelschap', dan vermoed ik dat zij het ook heeft over hen. Bedachtzaam zijn die discussies misschien niet altijd, plezierig wel.⁴

Ik betwijfel evenwel of dit enthousiasme gedeeld wordt in de gehele gemeenschap van wetgevingsjuristen, want daarin lijkt het Rotterdamse gezegde 'niet lullen, maar poetsen' tot wijsheid te zijn verheven, net als in de rest van de wereld van de rijksambtenaren. Westermans beschouwingen over, onder meer, doelregelgeving werden dan ook niet altijd in dank aanvaard, laat staan dat er veel gedaan is met haar kritiek. Dat lot treft overigens niet alleen haar werk, maar vele kritische betogen die men te theoretisch of te weinig geoperationaliseerd vindt, omdat de criticus niet komt met pasklare oplossingen voor het geconstateerde feilen. Een dergelijke desinteresse kun je zeker betreurenswaardig vinden.

Wijs

Kavafis lijkt niet veel op te hebben met Ithaka, Odysseus' thuis en einddoel van zijn omzwervingen. Het gaf de mooie reis, maar verder niets. Zelfs als je ziet dat het een armelijk eiland is, zegt hij evenwel, kom je niet bedrogen uit:

*'Zo wijs als je bent geworden, met zoveel ervaring,
zul je al begrepen hebben wat Ithaka's betekenen.'*

Westermans Ithaka komt op mij niet armelijk over. Zij wil 'begrijpen onder welke voorwaarden er een effectief normatief stelsel kan ontstaan, hoe dergelijke vormen van zelfbinding mogelijk zijn die indruisen tegen het directe eigenbelang'.⁵ Daarvoor moeten we op zoek gaan naar die sociale, economische en culturele factoren die zo'n effectief normatief stelsel mogelijk maken. Westerman heeft zich daar jarenlang mee beziggehouden, maar de rechtstheorie is nog steeds een streep aan de horizon, wat haar niet lijkt

4 Ook hier moet ik denken aan de wens in Kavafis' gedicht 'dat je talrijke steden in Egypte aan mag doen / om veel, heel veel van de geleerden op te steken'. Daarvoor kun je dus ook aanmeren aan het Lange Voorhout.

5 Pauline Westerman, 'Naar een kritische en relevante rechtstheorie', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2019, afl. 2, p. 250.

te ontmoedigen. Zij is wijs en ervaren geworden, ze begrijpt waar rechtstheorieën voor staan en wat deze betekenen voor het onderzoek naar en het denken over recht.

Ik vond het een voorrecht daarvan iets te hebben meegekregen.

De grond van de wetgeving en bestuur: hoe Thorbecke antwoord gaf op Westermans vraag naar normatieve orde

*Olaf Kwast**

Hoe ontstaat een normatieve orde?

In een kritische, relevante rechtstheorie zoals Westerman die in 2019 heeft bepleit, geeft zij een centrale plaats aan de vraag hoe een normatieve orde eigenlijk ontstaat.¹ Westerman verstaat onder normatieve orde een zelfbinding aan een stelsel van rechten en plichten, ook als deze indruisen tegen het eigenbelang. In deze bijdrage beschrijf ik één filosofische associatie die deze vraag bij mij oproept. Ten eerste om te onderstrepen hoe belangrijk deze vraag is voor professionals die de stof van normatieve orde dagelijks maken en vermaken. Ten tweede als argument dat de theorie waar Westerman voor pleit, ook al in de geschiedenis beoefenaren kent, die bovendien verrassend relevant zijn geweest voor de normatieve orde van politiek en economie in Nederland. En ten slotte, omdat ik deze associatie ontleen aan onderzoekingen die ik lang geleden heb verricht in een project dat, ondanks Westermans steun, verder onvoltooid is gebleven.

Een systeem van vrijheid?

Westermans vraag heeft een opvallende gelijkenis met een van de vragen die centraal stond in de vroeg negentiende-eeuwse filosofie van F.W.J. Schelling over vrijheid.² Net zoals Westerman een normatieve orde niet als gegeven

* Olaf Kwast werkt als wetgevingsjurist en partner bij Wetgevingswerken. Hij is een oud-buitenpromovendus van Pauline Westerman.

1 Pauline Westerman, 'Naar een kritische en relevante rechtstheorie', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2019, afl. 2, p. 244-255.

2 In het bijzonder de Schelling van: F.W.J. Schelling, *Filosofische onderzoekingen over het wezen van de menselijke vrijheid en de daarmee samenhangende zaken*, Amsterdam: Boom 2022 (een essay uit 1809 dat bekend staat als zijn 'vrijheidsschrift') en F.W.J. van

beschouwt waarmee zou worden nagegaan wat iemand daarin vermag, draait ook Schelling de vraag om: hoe is een stelsel van vrijheid eigenlijk mogelijk? Wat Schelling wil verklaren is niet vrijheid (door Schelling opgevat als het vermogen tot het goede en het kwade), maar de vraag hoe menselijke vrijheid eigenlijk verzeild kon raken in een systeem; hoe de wereld gevangen raakt in de ketenen van de rede:

‘The whole world is thoroughly caught in reason, but the question is: how did it get caught in the network of reason in the first place?’³

Schellings antwoord is dat er altijd een scheuring, een leemte is, tussen het *bestaan* – hier, om met Westerman te spreken, een normatieve orde⁴ – en de *obscure, ondoordringbare grond* van dat bestaan. Daarbij moet de grond volgens Schelling niet worden opgevat als een positieve grondslag (waar Westerman ook tegen waarschuwt). Onder grond verstaat Schelling dat wat *niet* tot bestaan is gebracht, de inversie van bestaan, dat wat slechts ‘is’ in de modus van zijn eigen terugtrekking of ontzegging en als zodanig de consistentie en volledigheid van de bestaande orde kan ondermijnen.⁵ Deze gehinderde, ontzegde grond is daarmee ook de blijvende voorwaarde voor verandering, voor vernieuwing van de bestaande orde. Als de uitzondering die de regel bevestigt. De menselijke vrijheid is bij Schelling dus een gegeven; het gaat erom hoe deze kan worden gedacht in een systeem. Wat deze oude filosofie zo treffend verbindt aan Westermans vraag naar het ontstaan van normatieve orde, is een verrassende historische link: Schellings filosofie is in de negentiende eeuw daadwerkelijk gebruikt om een antwoord te geven op een Westermaniaanse vraag. Toegespitst op de politieke en economische orde in Nederland culmineerde het antwoord op die vraag bovendien niet in een rechtstheorie, maar in een algehele herziening van de Grondwet van 1848.

Schelling, *Ages of the World* (University of Michigan Press, 1997), p. 105-182 (een vertaling van Schellings tweede concept van *Die Weltalter* uit 1813). Lees voor een toegankelijker beeld van Schelling: Andrea Wulf, *Magnificent Rebels. The First Romantics and the Invention of the Self* (Alfred A. Knopf, 2022).

3 Citaat overgenomen uit: Slavoj Žižek, *The Abyss of Freedom*, University of Michigan Press 1997, p. 3.

4 Ik vertaal Schelling hier vrijelijk naar Westermans vocabulaire, om de lezer – en de auteur bovendien – het zeer moeilijke vocabulaire van Schelling zo veel mogelijk te besparen. Zie echter de prachtige vertaling, inleiding en annotaties van Frans Ruiter en Paul Ziche in F.W.J. Schelling, *Filosofische onderzoeken over het wezen van de menselijke vrijheid en de daarmee samenhangende zaken*, Amsterdam: Boom 2022.

5 Slavoj Žižek, *The Abyss of Freedom*, University of Michigan Press 1997, p. 6. Zie ook Slavoj Žižek, *The Indivisible Remainder: On Schelling and Related Matters*, Verso Books 2007.

Staatsburgerschap als drijfveer voor vernieuwing

In 1844 betrok Thorbecke in zijn lezing *Over het hedendaagsche staatsburgerschap* de stelling dat de eeuw staatsburgerlijk was; en dat dit inhield dat een nieuwe normatieve orde begonnen was zich te verwezenlijken. De drijfveer voor deze ontwikkeling was het 'staatsburgerschap'. Dit was een geheel nieuwe politieke orde waarin de deelname aan het algemene regeren, aan wetgeving en bestuur, geen kwestie was van monarchaal gezag en evenmin een kwestie van het vertolken van een vermeende volkswil. Het was een ontwikkeling van het staatsgezag, die – na het tijdperk van het absolutisme en de Franse revolutie⁶ – in de hedendaagse 'staatsburgerlijke eeuw' besloten lag; een vernieuwingstendens die nu erkend diende te worden als een individueel recht op medewerking aan het regeren, krachtens het lidmaatschap van de staat.⁷ Deze hedendaagse ontwikkeling van het staatsburgerschap was in 1844 dus nog gaande en zou ook nog voortduren. Thorbecke keek naar het *bestaan* van het staatsburgerschap als een kwestie van een erkend individueel recht op medewerking aan wetgeving en bestuur (via actief en passief kiesrecht, of als minister), wat – zonder die erkenning – een latent, beperkt, onderdrukte historische macht is, waarvan het beginsel in het hedendaagse besloten ligt. En hij keek naar de *grond* van de erkenning en dat bestaan als deze historische macht, een nieuwe gedaante, die zich op dat moment echter slechts manifesteert in de vorm van de *beperking* of *ontzegging* van dat recht.⁸

Negenmannenvoorstel

Thorbecke ging zich in 1844 zelf actief mengen in de strijd. Waar hij voorheen met artikelen, pamfletten, geleerde aantekeningen en met een schets voor de Grondwet in het debat had geïntervenieerd, was hij in 1844 lid geworden van de Tweede Kamer om daar een daad te stellen. Samen met acht andere Kamerleden diende hij later in dat jaar een voorstel in tot algehele herziening van de Grondwet, dat hij met zijn collega-Kamerleden

6 Thorbecke legt het ontstaan van de oervorm van het staatsburgerschap verrassend genoeg bij het het '*l'état c'est moi*' van Lodewijk XIV; niet bij de Revolutie, die volgens Thorbecke de *algemene wil* de enige wil maakte en voltooide wat de absoluut vorsten onbedoeld waren begonnen; absolutisme en revolutie hadden dit gemeen: een ondraaglijke spanning waarin algemene en bijzondere belangen in elkaar overvloeien.

7 Jan Rudolf Thorbecke, *Historische schetsen*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1872, p. 84-96. De rede is beschikbaar via de Digitale Bibliotheek voor de Nederlandse Letteren (www.dbnl.org/tekst/thor003hist01_01/thor003hist01_01_0007.php). Zie voor historische context, Remieg Aerts, *Thorbecke wil het: biografie van een staatsman*, Prometheus 2018.

8 Het nog ongeorganiseerde staatsburgerlijke, de menigte nog niet als staatsburgers erkennen, zou enkele jaren later door Karl Marx, als proletariaat worden aangesproken.

behandelde alsof de Kamer de bevoegdheden die de herziening zou geven, al zou bezitten. De grond van vernieuwing waarop Thorbecke en de zijnen in de Kamer handelden, was dus geen bestaande positieve grondslag in enige wet – het was veel eerder de aan de bestaande orde vreemde Schellingiaanse grond die nog niet tot bestaan gebracht was, maar die als regel erkend moest worden, wilde het bredere systeem (de staat) waar de bestaande orde én die grond deel van uitmaakten, blijven bestaan. Thorbecke:

‘Het baat niet, de wet niet te veranderen. De nieuwigheid ontstaat buiten en onafhankelijk van den wetgever; zij is sterker dan hij. Het komt er slechts op aan, dat hij er den regel van vatte.’⁹

Toen in 1848 de Koning eindelijk ‘om’ ging en Thorbecke een staatscommissie leidde om opnieuw voorstellen te doen, schreef Thorbecke in het verslag: ‘(...) dat wij het betoog van het voorstel van herziening, in 1844 aan de Tweede Kamer gedaan, waar het ons te stade komt, doorgaans zwijgend als aanvulling beschouwen, en soms uitdrukkelijk inroepen.’¹⁰ In het jaar 1844 toont Thorbecke in zijn lezing en in zijn parlementaire daden de staatsburgerlijke grond van het in 1848 tot stand gebrachte stelsel van wetgeving in bestuur.

Toch de grond terug in de Grondwet?

De originaliteit van Thorbeckes lezing is in het staatsrecht uit het oog verloren; daar is zelfs het idee ingeburgerd geraakt dat de Grondwet sober is, onder meer omdat het geen uitdrukking geeft aan de grondslag van het overheidsgezag en dat burgerschap onvoldoende daarin tot uitdrukking zou komen.¹¹ Verwijzingen naar ‘gronden’ die Thorbecke al in 1844 tot de vergetelheid heeft veroordeeld, zoals monarchale soevereiniteit of algemene volkswil, zijn er inderdaad niet. De vermeende afwezigheid van burgerschap is echter wel opmerkelijk, gelet op de staatsburgerlijke grond van 1844. Thorbecke zou zich, als kritisch rechtstheoreticus, omdraaien in zijn

9 J.R. Thorbecke (negenmannenvoorstel), *Handelingen II* 1844/45, XX, p. 501.

10 Bijvoegsel tot de *Nederlandsche Staats-Courant* van zondag 16 en maandag 17 april 1848, no. 92, p. 6 (bevat het ontwerp en het verslag van de Staatscommissie Thorbecke). Wie de ontwerpen en toelichting van het negenmannenvoorstel betreft bij de interpretatie van de Grondwet die in 1848 tot stand kwam, kan bovendien tot de conclusie komen dat de twee ongeschreven regels van staatsrecht (niet twee keer de Tweede Kamer ontbinden om hetzelfde feit, en de vertrouwensregel) niet ongeschreven zijn maar besloten liggen in de (huidige) artikelen over ontbinding (artikel 61) en over de wetgevende macht (artikel 81) van de Grondwet en dus niet zo ongeschreven zijn.

11 Zie met name het rapport van de Staatscommissie Grondwet (november 2010) (Staatscommissie Thomassen). De algemene bepaling is hier een treurig resultaat van.

graf. Zijn punt was immers dat niet de Koning maar ministers de volledige regeringsverantwoordelijkheid dragen, niet omdat zij door de Koning zijn benoemd (alhoewel dat wel een vereiste blijft), maar omdat zij staatsburgers zijn. En zij oefenen de wetgevende macht uit, *gezamenlijk* met de leden van de Staten-Generaal, die op hun beurt niet gebonden zijn door een volkswil, maar die – naar eigen inzicht als staatsburgers handelende – het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigen. Ook al is dat laatste een fictie, zeker in Thorbeckes tijd:

*(...) wat is de wetgeving, die allen Staatsburgerschap aanbiedt onder eene door weinigen bereikbare voorwaarde, wat is die wetgeving, tenzij ironie? (...) Te midden eener maatschappij, op gemeen regt der leden gebouwd, wordt eene onoverklimbare grens tusschen bevoegden en onbevoegden gesticht. Wie vindt den toon, waarin deze dissonant zich oplost?*¹²

Zo bezien drukt onze Grondwet de grondslag van het regeren, van wetgeving en bestuur, dus wel degelijk uit. Wetten worden volgens de Grondwet vastgesteld door regering en Staten-Generaal *gezamenlijk*.¹³ De crux ligt besloten in dat woord *gezamenlijk*, in de *samenwerking* tussen ministers en Kamerleden. De uitoefening van wetgevende macht berust op de erkenning van het staatsburgerschap als individueel recht op deelname of medewerking aan wetgeving en bestuur. Een orde wiens bestaan niet rust op ‘de zege eener theorie over de gevestigde regtsorde’ maar op een collectieve praktijk van zelfopenbaring, hier van een staatsburgerlijke macht, die echter nooit helemaal van dissonantie, van de grond kan loskomen.¹⁴

Zo sober en verstoken van burgerschap is onze Grondwet dus helemaal niet. Althans, voor wie Thorbeckes antwoord herkent op een kritische, relevante, theoretische vraag.

12 J.R. Thorbecke (negenmannenvoorstel), *Handelingen II* 1844/45, XX, p. 59.

13 Artikel 81 van de Grondwet.

14 En hier is, tot slot, Schelling: ‘Na de eeuwige daad van zelfopenbaring is namelijk alles in de wereld, zoals we die nu aanschouwen, regel, orde en vorm. Maar de wanorde (*das Regellose*) ligt nog altijd in de grond, alsof die eens weer zou kunnen doorbreken, en nergens lijkt het als zouden orde en vorm het oorspronkelijke zijn; het is eerder alsof een aanvankelijke wanorde tot orde gebracht is. Dit is aan de dingen de ongrijpbare basis van de realiteit, de nooit verdwijnende rest, dat wat met de grootste inspanning niet in verstand kan opgaan, maar eeuwig in de grond blijft. Uit dit verstandeloze is in eigenlijke zin het verstand geboren.’ Frans Ruiter en Paul Ziche in F.W.J. Schelling, *Filosofische onderzoekingen over het wezen van de menselijke vrijheid en de daarmee samenhangende zaken*, Amsterdam: Boom 2022, p. 63-64.

Wetgeving

Evidence-based wetgeving

1. Inleiding

Er zijn weinig mensen te vinden die het belang van wetenschappelijke kennis voor beleid en regelgeving zouden ontkennen. Wie zou mestoverschotten, onderwijsachterstanden of verslavingsproblematiek te lijf willen gaan zonder enig inzicht te hebben in de manier waarop boeren werken, leerlingen leren en depressieve jongelingen leven? De noodzaak van kennis van zaken, berustend op controleerbare gegevens, lijkt nauwelijks betwistbaar. Onvoldoende empirische ondersteuning zou immers kunnen leiden tot onnodige, wellicht zelfs onzinnige regelgeving en daarmee tot verspilling van publiek geld.

De gedachte dat de kwaliteit van de wetgeving zou kunnen worden verbeterd door doeltreffendheid en doelmatigheid te verhogen, leidde de laatste drie decennia tot de ontwikkeling van een arsenaal aan toetsen, risico- en impactassessments en evaluatiemethoden. Daarmee kan de effectiviteit van beleid en regelgeving niet alleen na afloop worden geëvalueerd, maar ook tussentijds worden getoetst en zelfs vooraf worden ingeschat.¹ Deze nadruk op effectiviteit en doelmatigheid werkt ook door in de rechtswetenschap. Er is heden ten dage vrijwel geen onderzoeksvoorstel meer te vinden dat niet een empirische component heeft in de vorm van een case-study of explorerende interviews. Puur doctrinair onderzoek is eerder uitzondering dan regel.

Bij de vele pleidooien en initiatieven ten gunste van input vanuit de wetenschap is echter meestal niet duidelijk wat men precies daaronder verstaat. Welke wetenschappelijke kennis wordt gezocht? Kennis over het veld waarin de regeling opereert? Kennis over de beoogde en gerealiseerde effecten van regelgeving op het gedrag van de normadressaten? Kennis over het beleidsdoel dat bereikt moet worden? Of kennis over hoe de verschillende regels zich tot elkaar verhouden? Zolang deze vragen onbeantwoord blijven, blijft ook onduidelijk hoe 'de' wetenschap de tekortkomingen kan aanvullen van de andere actoren in het wetgevingsproces. Hoe verhoudt de wetenschappelijke

¹ OECD, *Regulatory Impact Analysis, a Tool for Policy Coherence*, 2009; Evidence Based Regulation. Guidelines of the European Commission, http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/tool_2_en.htm; A.C.M. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking*, Deventer: Kluwer Law International 2008.

expertise zich tot de expertise van de wetgevingsjurist? Zegt de wetenschappelijke toets meer dan het advies van de Raad van State, en zo ja, waaruit bestaat deze meerwaarde dan? En ten slotte: wordt het democratisch proces nu versterkt of verzwakt door deze wetenschappelijke expertise?

Na een inventarisatie van misverstanden, onduidelijkheden en veronderstellingen in paragraaf 2 en 3 zal ik in paragraaf 4 aangeven voor welke specifieke uitdagingen de wetgevingsjurist zich geplaatst ziet bij de omzetting van beleid in wetgeving en welk soort kennis daarbij vereist is. Ten slotte zal ik in paragraaf 5 bespreken hoe het ideaal van evidence-based wetgeving zich verhoudt tot democratie. Ik sluit af met een aanbeveling (par. 6).

2. De wetenschapstoets

Een van de pogingen om de stem van de wetenschap luider te laten klinken is de zogenaamde wetenschapstoets, die sinds 2018 door de Comptabiliteitswet 2016 (CW 2016) wordt voorgeschreven. Artikel 3.1 CW 2016 vereist de wetenschappelijke onderbouwing van wetsvoorstellen inzake te verwachten doeltreffendheid, doelmatigheid en – last but not least – de te verwachten financiële gevolgen van de voorgenomen wetgeving.² In 2021 verscheen een kritisch rapport van de Algemene Rekenkamer³ waarin werd betreurd dat aan dit vereiste nauwelijks wordt voldaan. Doeleinden van beleids- en wetsvoorstellen bleven vaak onvoldoende helder omschreven, evaluaties konden daardoor niet goed worden uitgevoerd, en vrijwel nooit werd bestaand beleid op grond van tegenvallende resultaten ingetrokken, zo luidde het oordeel van de Algemene Rekenkamer. De wetenschapstoets dreigde te verworden tot een dode letter. Om dat te voorkomen namen de Tweede Kamerleden Sneller en Snels samen met VSNU-voorzitter Duisenberg het voortouw en startten een serie pilots waarbij steeds aan wetenschappers wordt gevraagd wat zij van het betreffende wetsvoorstel vinden. In totaal werden zo negen wets- en beleidsvoorstellen door wetenschappers tegen het licht gehouden en becommentarieerd door middel van een speciaal daartoe ontworpen formulier. Dit om te voorkomen dat de gevraagde wetenschappers zich van hun taak zouden kwijten door ellenlange en onleesbare analyses te leveren.⁴

2 Zie art 3.1 CW 2016, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0039429/2020-01-01/#Hoofdstuk1>.

3 Algemene Rekenkamer, *Inzicht in kwaliteit. Operatie geslaagd?*, Den Haag 2021.

4 Het moest immers 'tijdseffectief' blijven voor de Kamerleden. Zie J. Sneller & p. Duisenberg, 'De 3.1CW wetenschapstoets in de Tweede Kamer', in: F.J. van Ommeren e.a. (red.), *Wetenschap en overheidsbeleid: een spanningsvolle relatie*, Den Haag: Boom bestuurskunde 2022, p. 219-236, p. 225. De ingevulde formulieren zijn te vinden op <https://parlement.enwetenschap.nl/instrumentarium/wetenschapstoets-van-voorgenomen-beleid>.

Ik kan eenieder aanraden om deze pilots te bestuderen. De pilots zijn een ware *comédie d'erreurs* en onthullen in volle glorie de vele onduidelijkheden en misverstanden over wat wetenschappelijke input en onderbouwing zouden moeten omvatten. Het lijkt me daarom goed om hier wat gedetailleerder op in te gaan, om zo een duidelijker beeld te krijgen van de veronderstellingen die ten grondslag liggen aan pleidooien ten gunste van evidence-based wetgeving.

Ten eerste is niet duidelijk welke documenten nu precies worden beoordeeld in deze pilots. Men begon voorzichtig met drie wetsvoorstellen, maar later werden daar nog beleidsvoorstellen aan toegevoegd en werd zelfs een heel programma – bestaande uit meerdere beleidsstukken – voorgelegd ter wetenschappelijke beoordeling.⁵ Ik kom in de volgende paragraaf terug op deze neiging om beleid en wetgeving op één hoop te gooien.

Ten tweede wordt niet duidelijk over welke onderdelen van de beleids- en wetgevingsvoorstellen wetenschappelijke input gevraagd wordt. De formulieren zijn in hun kernachtigheid een bron van verwarring. Zo treffen wij als kopje aan: 'Maatschappelijke opgave (bedoeling)'. Ik zou me als wetenschapper geen raad weten als ik zoiets moest invullen. Wat betekenen deze woorden? Duidt 'maatschappelijke opgave' op een maatschappelijk probleem dat moet worden opgelost? Of op een beleidsdoel? Sommige wetenschappers interpreteren het als 'probleem' en andere als 'doel'. Lastiger te duiden is het woordje *bedoeling*. Op wiens *bedoeling* wordt hier gedoeld? Het doel van de beleidsambtenaar? Van de wetgevingsjurist? Van de Tweede Kamer? Maar die partijen kunnen allemaal hun eigen bedoelingen hebben en die stemmen niet noodzakelijkerwijze overeen met het doel van de wet. En waarom staan de woorden 'opgave' en 'bedoeling' in enkelvoud? Is het op voorhand uitgesloten dat het wetsvoorstel meerdere doelen kan dienen? Sommige wetenschappers lijken meerdoeligheid als zwakte te zien ('Er zijn ook neven doelstellingen geformuleerd, deze worden niet verder toegelicht en onduidelijk is hoe deze zich verhouden tot het hoofddoel').⁶ Andere kunnen niet eens een doel herkennen.⁷ Sommigen hebben de behoefte aan een specifieke of zelfs gekwantificeerde doelstelling, terwijl anderen menen dat een doel als 'bevorderen van een constructieve en vreedzame manier van

5 Het Nationaal Programma Onderwijs.

6 Inzake het beleidsvoorstel 'Gerichte opkoop van veehouderijlocaties met hoge stikstofdepositie nabij stikstofgevoelige Natura 2000-gebieden', https://parlementenwetenschap.nl/wp-content/uploads/2021/11/201204_Wetenschappelijke_toets_gerichte_opkoop_artikel_3.1CW-DEF.pdf.

7 Inzake het wetsvoorstel 'Ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven', https://parlementenwetenschap.nl/wp-content/uploads/2021/07/Formulier_Wet_Ruimte_voor_Duurzaamheidsinitiatieven.pdf.

samenleven in lijn met de basiswaarden van de democratische rechtsstaat' voldoende helder is; daarnaast willen zij meer concrete doelen zoals leeropbrengsten geformuleerd zien.⁸

Vrijwel alle wetenschappers worstelen hier met de (inderdaad vrij ingewikkelde!) vraag wat nu eigenlijk het middel is en wat het doel. Bij het reeds genoemde voorstel tot het opkopen van veehouderijen doen de wetenschappers de suggestie om het doel (maatschappelijke opgave?) abstract te formuleren als 'weerbaarder maken van stikstofgevoelige natuur', maar daarnaast om allerlei concretere doelen te formuleren in de vorm van nagestreefde stikstofdepositie. Maar waarom zijn dat (concrete) doelen? Zijn het niet gewoon middelen om het doel te bereiken? Door die stikstofdepositie te reduceren wordt de natuur toch weerbaarder gemaakt? Wat is eigenlijk het verschil tussen subdoel en middel?

Nog groter zijn de problemen onder het kopje 'Ingezette beleidsinstrumenten'. Met de wijsheid van nu is het natuurlijk makkelijk om zich vrolijk te maken over de wetenschappers die zich gebogen hebben over de voorgestelde opkoop van veehouderijen en opmerken: 'Beschrijf de te verwachten gedragseffecten van veehouders en provincies, ook gezien ervaringen met eerdere opkoopregelingen of andere vormen van ruimtelijk beleid.'⁹ Maar ook zonder deze achterafwijsheid is in te zien dat aan dergelijke eisen nauwelijks valt te voldoen. Niet door de beleids- of wetgevingsambtenaar, maar – en daar wringt hem de schoen – ook niet door de wetenschappers.

In feite wordt de wetgevingsambtenaar hier gesteld voor twee – onderscheiden – taken die ook voor geschoolde sociologen buitengewoon ingewikkeld zijn: nagaan op hoeveel naleving van normadressaten men kan rekenen én nagaan of die naleving dan ook werkelijk zal leiden tot het geformuleerde doel of de doelen. De eerste taak is even moeilijk als de tweede. Neem een eenvoudig voorbeeld als het anti-rookbeleid. Zelfs als gedragsverandering heeft plaatsgevonden, weet men immers niet of deze conformiteit met de norm ook werkelijk te duiden valt als naleving van het antirookbeleid. Misschien gaf het filmpje van een influencer de doorslag en raakte roken gewoon uit de mode. Bovendien: een rookverbod figureert als slechts één onderdeel van een heel pakket aan maatregelen om het roken tegen te gaan. Hoe kun je dan nagaan welke maatregel uit het hele beleidspakket de doorslag heeft gegeven? Dit alles is al moeilijk genoeg om achteraf vast te stellen. Hoe

8 Wetsvoorstel aanscherping burgerschapsopdracht onderwijs, https://parlementenwetenschap.nl/wp-content/uploads/2021/07/Formulier_Wet_Aanscherping_Burgerschapsopdracht_opdracht.pdf.

9 Inzake 'Gerichte opkoop van veehouderijlocaties met hoge stikstofdepositie nabij stikstofgevoelige Natura2000-gebieden', https://parlementenwetenschap.nl/wp-content/uploads/2021/11/201204_Wetenschappelijke_toets_gerichte_opkoop_artikel_3.1CW-DEF.pdf.

moeten de beleidsambtenaar en de wetgevingsjurist dit dan alles vaststellen zelfs *voordat* de wet in werking is getreden?

Alleen alomvattende kennis van de context waarbinnen het antirookbeleid wordt uitgevoerd, zou enig soelaas kunnen bieden en dat omvat dan niet alleen kennis over het vertrouwen van de burger in de overheid,¹⁰ maar ook kennis van de heersende percepties, gewoonten en normen bij de grote diversiteit aan doelgroepen die moeten worden bereikt, want die bepalen uiteindelijk het succes van dergelijk beleid.¹¹

Een groot deel van die kennis zou in principe wel kunnen worden geleverd door de sociale wetenschappen (om omineuze redenen tegenwoordig *gedragswetenschappen* genoemd). Hervormingen zoals de New Deal in de Verenigde Staten deden destijds de behoefte aan sociaalwetenschappelijk onderzoek ontstaan. Er bestaat dientengevolge veel goed en gedegen rechts-sociologisch en rechtsantropologisch onderzoek waarin de werking van recht expliciet wordt gethematiseerd en waarin juist aandacht gevraagd wordt voor de methodologische moeilijkheden waarvoor men zich geplaatst ziet als men oorzaak en gevolg probeert te identificeren in de kluwen van oorzaken en gevolgen, bedoelde effecten, neveneffecten en onbedoelde effecten die elkaar dan ook nog eens onderling beïnvloeden. Dit onderzoek is naar mijn indruk goeddeels in de vergetelheid geraakt en is in ieder geval niet leidend geweest bij de wetenschappers die zich in deze pilots buigen over de wets-en beleidsvoorstellen.¹²

Op welke gronden de bij de pilots betrokken wetenschappers zijn geselecteerd, is mij niet bekend. Ook hier wreekt zich de onduidelijkheid over de vraag welke kennis men precies hoopt te krijgen: over de te verwachten normnaleving of over doelbereiking? In de regel lijkt de selectie te zijn ingegeven door het laatste en telt de betrokkenheid van de wetenschappers bij het beoogde doel (klimaat, onderwijs enzovoort) het zwaarst. Sommigen hebben daarnaast expertise van ‘transitieprocessen’ en ‘governance’, maar uit de publicaties van deze wetenschappers blijkt geen bekendheid met de hierboven aangestipte vragen rond gedragsverandering en normnaleving, laat staan met de (rechts)sociologische klassieken waaruit men enige lering had kunnen trekken.

10 M. Hertogh, *Nobody's Law: Legal Consciousness and Legal Alienation in Everyday Life*, Londen: Macmillan 2018.

11 Onder meer natuurlijk S. Falk Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach*, Londen/Boston: Routledge & K. Paul 1978.

12 Nuttige verzamelbundels van deze klassieken zijn onder meer: L. Lipson & S. Wheeler, *Law and the Behavioral Sciences*, New York: Sage 1986; B. Fryer e.a. (red.), *Law, State and Society*, Londen: Routledge 1981.

3. Beleid en wetgeving

In de meeste hedendaagse pleidooien voor een meer wetenschappelijke benadering van wetgeving spreekt men over ‘beleid en wetgeving’ alsof deze twee moeiteloos op één hoop kunnen worden gegooid. Vanuit het perspectief van degenen die de kosten van beleid willen beteugelen, is dat ook geoorloofd: een wet is binnen dat perspectief slechts een van de instrumenten om beleidsdoelen te bereiken. En niet alleen dat, wetgeving wordt ook gezien als het zwaarste en het duurste instrument. Als er goedkopere instrumenten zijn, dan verdienen die de voorkeur.¹³ Het is niet toevallig dat de roep om wetenschappelijke onderbouwing uit de financiële hoek komt. Het gaat niet alleen om effectiviteit, maar vooral ook om kosteneffectiviteit: alleen beleidsvoorstellen die meer dan € 20 miljoen kosten, dienen de wetenschapstoets te doorstaan.

Dit heeft gevolgen voor de appreciatie van juridische expertise. Wie moet kiezen tussen de expertise van een beleidswetenschapper die het hele arsenaal aan beleidsinstrumenten pretendeert te overzien en de expertise van de juridische professional die niet verder lijkt te reiken dan slechts één van de instrumenten – en wel het minst aantrekkelijke – zal allicht voorkeur hebben voor de eerste. Deze voorkeur heeft echter wel ingrijpende gevolgen.

Ik kan niet nalaten om ter verduidelijking van deze gevolgen wederom gebruik te maken van een van de pilots, omdat die precies laat zien wat er gebeurt als niet-juristen kijken naar juridische teksten zoals een wetsvoorstel. In het wetsvoorstel ‘Ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven’ wordt voorgesteld om het mogelijk te maken dat verschillende maatschappelijke initiatieven zoals prijsafspraken en convenanten tussen commerciële partijen¹⁴ worden omgezet in algemeen verbindende voorschriften van de overheid. Men hoopt zo onder meer te ontsnappen aan de regels van het Europese mededingingsrecht waarin deze initiatieven beschouwd worden als kartelvorming. Overheidsregulering wordt niet belemmerd door deze

13 Deze uitgangspunten zijn niet nieuw. Verwoording van de voorkeur voor ‘lichte’ en goedkope beleidsinstrumenten is te vinden in ‘Interinstitutional Agreement on Better Law-Making’ (2003/C 321/01), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:321:0001:0005:EN>: PDF en ‘Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on Better Law-Making’, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.123.01.0001.01.ENG.

14 Bijv. afspraken tussen supermarkten, pluimveeslachterijen en pluimveehouders over duurzamer geproduceerd pluimveevlees (de zogenaamde Kip van Morgen) of de samenwerking tussen textiel-producenten over leefbare lonen in productielanden. Zie MvT bij wetsvoorstel 35247.

mededingingsregels en het voorstel ontwerpt een lijst voorwaarden waarvan de initiatieven van commerciële partijen zouden moeten voldoen, willen deze aanspraak kunnen maken op een dergelijke omzetting in regelgeving.

Het probleem dat men in dit wetsvoorstel probeert op te lossen is dus voor een groot deel een juridisch probleem. Maar de wetenschappers die hier worden ingeschakeld, zijn gepokt en gemazeld in ‘transitieprocessen en duurzaamheid’ en *zien* dat eenvoudigweg niet. Ze herkennen het probleem als zodanig niet. Zij merken op: ‘De maatschappelijke opgave (probleem dat met deze wet wordt opgelost) alsmede het beoogde doel (oplossingsrichting) is niet herkenbaar aanwezig.’¹⁵ En: ‘Zowel in MvT als advies RvS wordt niet expliciet aangegeven welke maatschappelijke doelen het voorstel dient.’ De wetenschappers bevelen dan ook aan om brede welvaartsdoelen aan te geven inzake milieu, maatschappij en gezondheid alsmede deze in indicatoren te preciseren. Voorts doen de wetenschappers de aanbeveling om het de initiatiefnemers makkelijker en niet moeilijker te maken. Dat dit nu precies de inzet is van het voorstel wordt niet opgemerkt.

Het is dan ook niet zo heel wonderlijk dat de toenmalige Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat (EZK) Keijzer zich wat teleurgesteld toont door dit wetenschappelijke oordeel. In haar brief aan de Tweede Kamer schrijft zij:

‘De wetenschappers die het wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheid in dat kader beoordeelden, lijken gezien de geformuleerde suggesties een relatief brede opvatting te hebben over de doelstelling van het wetsvoorstel. Uitgangspunt zou volgens hen de vraag moeten zijn hoe duurzaamheidsinitiatieven in algemene zin (kunnen) bijdragen aan maatschappelijke ontwikkeling. Vanuit dat perspectief gaan zij bijvoorbeeld in op de wijze waarop initiatieven in brede zin bijdragen aan systeemverandering, en hoe we kunnen blijven leren van deze initiatieven. Het wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven heeft een meer begrensde doel. Het richt zich op het oplossen van enkele specifieke problemen waar duurzaamheidsinitiatieven op dit moment tegen aan lopen – bijvoorbeeld de grenzen van de mededingingsregelgeving – en beschrijft vanuit dat perspectief de in artikel 3.1 van de Comptabiliteitswet opgenomen elementen.’¹⁶

Dit is diplomatiek uitgedrukt, maar het onderscheid tussen ‘breed’ en ‘begrensd’ is niet afdoende om het verschil uit te drukken tussen het perspectief van de wetenschappers en de inzet van dit wetsvoorstel. Die verschillen zijn fundamenteeler dan dit. De betreffende wetenschappers zien de

15 Zie https://parlementenwetenschap.nl/wp-content/uploads/2023/03/Formulier_Wet_Ruimte_voor_Duurzaamheidsinitiatieven.pdf.

16 Zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35247-7.html>.

duurzaamheidsinitiatieven als een *middel* om duurzaamheid te vergroten. Iets zien als een middel betekent dat je je baseert op een verondersteld causaal verband. Als ik minder suiker eet, beschouw ik dat als een middel om af te vallen omdat ik ervan uitga dat er een oorzakelijk verband is tussen reductie van suiker en gewichtsvermindering.

Ook de wetgevingsjuristen zullen een dergelijk causaal verband voor ogen hebben gehad, want dat is de reden waarom zij menen dat dergelijke initiatieven moeten worden bevorderd. Ook zij zien de initiatieven als een middel tot het doel. Maar om dat middel in gang te zetten moet het een juridische vertaling krijgen. Zonder die juridische vertaling zijn de initiatiefnemers niet in staat om prijsafspraken te maken en lopen ze zelfs het risico beboet te worden. Hun initiatieven moeten daarom een juridische status krijgen en in dit geval is ervoor gekozen om die status te zoeken in het algemeen verbindend voorschrift. Het wetsvoorstel noemt nu verschillende *voorwaarden* waaronder een duurzaamheidsinitiatief zich zou kunnen kwalificeren voor deze status.

Het middel (de duurzaamheidsinitiatieven) kan in dit geval het beoogde doel dus pas bereiken als het eerst gejuridiseerd wordt: dat wil zeggen als het wordt vormgegeven als een bevoegdheid, een immuniteit, een recht of een plicht. Dat impliceert dat causale argumentatie aangevuld moet worden met conditionele redeneringen. In de volgende paragraaf zal ik dat nader uitleggen.

4. Juridische vormgeving

Juridische constructies zijn aan elkaar gekoppelde ‘als dan’-beweringen:

- 1 *Indien* aan *voorwaarden a, b en c* is voldaan, *dan geldt* een zeker item *X* (een initiatief/papier/jawoord) *als Y* (overheidsregeling/testament/huwelijk).
- 2 *Als Y* (overheidsregeling, testament, huwelijk), *dan treden rechtsgevolgen p, q en r* op (bevoegdheid, recht, plicht, immuniteit, enzovoort).

Iedere jurist zal deze ‘als dan’-constructies herkennen. Kernelement is de tussenterm *Y*. Deze verleent een juridische status aan items (dit papier geldt als ‘testament’), waardoor rechten en plichten kunnen worden gecreëerd die niet mogelijk waren geweest als het papiertje alleen een papiertje was gebleven.¹⁷

Het is goed hier even stil te staan bij de aard van die *Y*-termen, want dat kan licht werpen op de verhouding tussen empirische en juridische kennis.

¹⁷ Ook de sociale werkelijkheid is opgetrokken uit dergelijke statustoekenningen. Zie J. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York: The Free Press 1995.

Aangaande die Y-termen mag wellicht duidelijk zijn dat deze niet beogen om de werkelijkheid te *beschrijven*, maar om die werkelijkheid te *veranderen*.¹⁸ Het maakt nogal wat uit of een papier de status krijgt van een testament of niet. Nieuwe rechten en plichten kunnen in het leven worden geroepen als aan de voorwaarden wordt voldaan. Tegelijk ook kunnen allerlei dingen en gebeurtenissen als nietig, als niet-bestaand worden verklaard indien ze niet aan de voorwaarden voldoen, ondanks het feit dat er bijvoorbeeld wel degelijk een fysieke gebeurtenis heeft plaatsgevonden waarbij tientallen mensen aanwezig zijn geweest.

Omdat die Y-termen niet beschrijven, kunnen ze ook niet worden gefalsificeerd door empirisch onderzoek. Als het merendeel van de papieren die men in de bureaula van overledenen aantreft niet kan gelden als testament omdat deze zonder notaris zijn opgesteld, dan is dat niet een reden om de term 'testament' te schrappen omdat deze geen geschikte beschrijving zou geven van al die zelfgemaakte wilsbeschikkingen. Dat de feitelijke bestaande papiertjes niet aan het begrip 'testament' voldoen, is niet een reden om het begrip te schrappen of bij te stellen, maar om die papiertjes ongeldig te verklaren. Mocht de praktijk veranderen, dan kan men juridische termen uiteraard wel aanpassen door aan de voorwaarden te sleutelen (internetnotarissen worden toegelaten). Dat doet men dan echter niet omdat dergelijke nieuwe voorwaarden de praktijk beter zouden beschrijven en representeren, maar om het recht hanteerbaar te houden in het licht van maatschappelijke veranderingen.

Bij niet-juristen, maar ook bij rechtenstudenten leiden deze inzichten altijd tot veel verwarring. Je moet immers toch aan bepaald feitenonderzoek doen om te kijken of er wel een papier in de bureaulade ligt van de overledene? Je kunt toch niet iets (stuk land, huis) in eigendom hebben dat er niet *is*? Uiteraard is dat het geval. Maar dit feitenonderzoek beperkt zich tot de vraag of aan de voorwaarden is voldaan. Sterker: dit feitenonderzoek wordt geheel en al gedicteerd door de voorwaarden. Als die voorwaarden zouden ontbreken, zou je niet weten welke kwesties wel of niet onderzocht zouden moeten worden. Maar hoewel de voorwaarden zich lenen voor feitenonderzoek en ook de X-term daartoe uitnodigt (is er wel een papier te vinden dat zich zou kunnen kwalificeren voor de status 'testament?'), is de Y-term zelf niet beschrijvend maar het resultaat van een (conditionele) definitie.

De verwarring tussen beschrijving en statustoekenning ligt altijd op de loer en dat geldt vooral daar waar de voorwaarden gesteld zijn in alledaags taalgebruik. Adjectieven als 'zorgvuldig' of 'wilsbekwaam' zijn zo dubbelzinnig

18 Zie A. Ross, *On Law and Justice*, Berkeley: University of California Press 1958.

omdat ze (als Y-termen) enerzijds gedefinieerd worden door het recht, bijvoorbeeld

- 1 Als stappen a, b en c zijn doorlopen, dan verdient deze procedure de kwalificatie 'zorgvuldig'.
- 2 Als 'zorgvuldig', dan geen aansprakelijkheid.

Maar in een zinnetje als 'zij had zorgvuldig gelakte nagels' van een dergelijke juridische betekenis geen sprake en fungeert het woord slechts als beschrijving. Bij een adjectief als 'wilsbekwaam' komt daar nog eens bij dat niet alleen connotaties uit het alledaagse spraakgebruik een rol spelen, maar de term ook medische betekenis heeft.¹⁹

De wetgevingsjurist die beleid in juridische vorm giet, houdt zich dus bezig met het aan elkaar knopen van voorwaarden en rechtsgevolgen door middel van Y-termen: juridische begrippen die niet beogen de werkelijkheid te representeren. Van veel groter belang is dat die Y-termen op een logische wijze met elkaar kunnen worden verbonden. Het belang van coherentie is goed in te zien door te beseffen dat conditionele 'als dan'-beweringen nooit geïsoleerd voorkomen. Ze zijn aan elkaar vastgeketend en bouwen op elkaar voort. De status (Y-term) van bewering a kan weer dienen als voorwaarde voor bewering b. 'Indien opgesteld door een beëdigd notaris telt een papier als testament' wordt voorafgegaan door 'Als iemand een erkende opleiding notarieel recht succesvol heeft afgesloten geldt deze als een beëdigd notaris.'

Deze voorwaarde is uiteraard weer het resultaat van een hele serie daaraan voorafgaande 'als dan'-beweringen waarin de voorwaarden voor erkenning van die opleiding staan vermeld. De meeste voorwaarden zijn dus zelf ook weer Y-termen die zijn gegenereerd door andere 'als dan'-beweringen. Juridische begrippen zijn te begrijpen als knooppunten in een complex netwerk van conditionele 'als dan'-beweringen. De verandering in één enkele voorwaarde (bijvoorbeeld 'wilsbekwaam') kan een hele lawine aan verschuivingen in de rechtsgevolgen teweegbrengen, waardoor ook de regels waarin die rechtsgevolgen weer als voorwaarden figureren, beginnen te schuiven.

Daarom impliceert juridische vormgeving veel meer dan het opstellen van een simpele verzameling gedragsveranderende voorschriften gericht aan de normadressaat waarvan het effect kan worden bestudeerd en kan worden geëvalueerd op basis van bepaalde nauw omschreven meetbare doelstellingen. De manier waarop de juridische begrippen met elkaar worden verbonden, bepaalt hoe macht wordt gedistribueerd over een grote hoeveelheid actoren en heeft daarmee tal van maatschappelijke gevolgen die verder strekken dan het ene beleidsdoel waarover (beleids)wetenschappers spreken.

19 D.G. van Tol, *Grensgeschieden: een rechtssociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen rond het levenseinde* (diss. Groningen), 2005.

Dit betekent dat wetgeving zich beweegt in twee werelden tegelijk: die van de oorzakelijke verbanden waarbij middelen en doelen zich op een complexe manier tot elkaar verhouden, en die van de conditionele verbanden waarin de juridische begrippen fungeren als met elkaar verbonden knooppunten in een uitgebreid netwerk van rechten en plichten.²⁰ Die twee werelden zijn bovendien nauw met elkaar verbonden. Beleidsdoelen mogen leidend zijn bij het ontwerpen van juridische regelingen, maar die regelingen zelf brengen tal van beoogde én onbeoogde rechtsgevolgen met zich mee; verschuivingen in rechten en plichten die op hun beurt de machtsverhoudingen – en daarmee de maatschappelijke werkelijkheid – veranderen. De roep om empirische wetenschap ten koste van juridische expertise lijkt daarmee even kortzichtig te zijn als het klassieke pleidooi voor dogmatische rechtswetenschap pur sang.

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 10 september 2018 inzake het wetsvoorstel ‘Ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven’ biedt naar mijn mening een goed voorbeeld van hoe het mogelijk is om tot een afgewogen oordeel te komen dat recht doet aan beide perspectieven. Niet alleen nut en noodzaak worden besproken, maar ook de juridische en politieke consequenties van het voorstel worden doorgelicht.²¹ De rijkdom van de argumentatie staat in schril contrast met de schraalheid van de wetenschappelijke inbreng uit de pilot.

5. Lerende wetgevers

De complexiteit van de juridische wereld maakt duidelijk dat een wet of regeling niet simpelweg kan worden gereduceerd tot enkel ‘middel’. Maar evenmin is het mogelijk om beleidsdoelen zo eenduidig en nauwkeurig af te bakenen als rekenmeesters en beleidswetenschappers zouden wensen. Daar komt bij dat een wet meestal meerdere doelen tegelijk dient. Van beide eigenschappen levert uitgerekend artikel 3.1 CW 2016 zelf het voorbeeld. Het vereist toelichting op ‘de doelstellingen, de doeltreffendheid en de doelmatigheid die worden nagestreefd’, maar geeft geen uitwerking van het woord ‘doel’. Is doel hetzelfde als ‘bedoeling’? De verwezenlijking van een bepaald belang? Of spreken we al van doeltreffendheid als de wet alleen maar wordt nageleefd? Deze onduidelijkheden heb ik in paragraaf 2 al uiteengezet.

20 T. Eckhoff, *Justice: Its Determinants in Social Interaction*, Rotterdam: Rotterdam University Press 1974; T. Eckhoff, *Feedback in Legal Reasoning and Rule-systems*, Stockholm Institute of Scandinavian Law 1957-2009, via www.scandinavianlaw.se/pdf/22-2.pdf.

21 Het advies van de RvS alsmede het nader rapport biedt een mooi inkijkje in de verschillende opvattingen over de vrijheid van de wetgever om het publieke belang te laten prevaleren boven deelbelangen van private partijen. Zie <file:///E:/Downloads/Advies%20Afdeling%20advisering%20Raad%20van%20State%20en%20Nader%20rapport.pdf>.

Artikel 3.1 CW 2016 geeft daarnaast een goede illustratie van hoe een bepaalde wet in de loop der tijd meerdere doelen kan gaan dienen. De plaats van het artikel in de CW 2016 doet vermoeden dat het primaire doel van de gevraagde toets gelegen is in de terugdringing van de kosten van regelgeving. Maar de Tweede Kamerleden die het wetsartikel handen en voeten willen geven en er in de Kamer op aandringen dat de Kamerleden hieraan aandacht besteden, benadrukken hiernaast een tweede doel: door serieus werk te maken van de door het artikel gevraagde informatie zouden Kamerleden beter hun controlerende taak uit kunnen voeren. Daarmee (verwant, maar toch onderscheiden doel) zou de ‘nieuwe bestuurscultuur’ dan ook gestalte kunnen krijgen. En niet alleen dat: op zo’n manier zou ook (vierde doel) een ‘leerproces’ in gang kunnen worden gezet. Anders dan de oorspronkelijke financiële inzet van het wetsartikel doet vermoeden, gaat het deze auteurs niet zozeer om een afrekencultuur, maar om een leerproces.²²

Het is niet mijn bedoeling hier lacherig over te doen, want een dergelijke verschuiving en toevoeging van doelen zijn heel gebruikelijk. Dat is niet alleen met wetten zo, maar met alle instrumenten. Digitale systemen kunnen met een bepaald nauw omschreven doel worden opgezet, maar dienen binnen de kortste keren tal van nieuwe bijkomende doelen. Zo het al mogelijk is een bepaald beleidsdoel nauw te omschrijven, kan men er toch rustig van uitgaan dat het daarbij niet blijft. De vraag is dan wel of (en zo ja, hoe) deze bijkomende doelstellingen dan vervolgens in de evaluatie van de wet kunnen worden meegenomen. Het is bijvoorbeeld zeker niet ondenkbaar dat naleving van artikel 3.1 CW 2016 de kosten van regelgeving niet vermindert maar verhoogt, naarmate meer mensen zich ermee bezig moeten houden.²³ Maar wordt dat feilen inzake doel 1 dan niet gecompenseerd door het bereiken van de nieuwe nevendoelen 2 tot en met 4? Ik vermoed dat de Minister van Financiën niet blij zou zijn met deze suggestie, maar Sneller en Duisenberg zouden het geen probleem vinden.

Precies deze verschillen in appreciatie zouden ons aan het denken moeten zetten. Het is niet alleen vrij gebruikelijk dat een bepaald middel of instrument meerdere doelen gaat dienen in de loop der tijd, maar in een democratie is dat ook wenselijk. Meerdoeligheid betekent dat meerdere belangen en waarden zijn verdisconteerd. Men zou zelfs kunnen zeggen dat meerdoeligheid een kenmerk is van een goede wet. Wetten zijn onmisbaar in een samenleving omdat zij het handelen van burgers coördineren, ook – en juist dán – wanneer de belangen en meningen van deze burgers uiteenlopen. Dat

22 Sneller & Duisenberg 2022, p. 219-236, op p. 219.

23 Voorgesteld is dat naleving van art. 3.1 CW 2016 meegenomen gaat worden in het oordeel van de RvS.

betekent dat een wet altijd een compromis moet zijn tussen uiteenlopende en strijdige belangen. Het algemeen belang is niet één belang dat zich aandient als een nauw omschreven beleidsdoel, maar kristalliseert zich langzaam uit doordat meerdere actoren schaven aan wetsvoorstellen die aan verschillende gezichtspunten en belangen recht kunnen doen.

Open bestuurscultuur en democratie hebben dan ook bitter weinig te maken met noties als die van de ‘lerende wetgever’. De lerende wetgever kan alleen gedijen in een technocratisch klimaat waarin eenstemmigheid over de doelen heerst en slechts gedebatteerd wordt over de in te zetten middelen. In zo’n technocratische opvatting is er inderdaad maar één actor (‘de’ enkelvoudige wetgever)²⁴ die een welomschreven ‘les’ leert, die hem wordt aange-reikt door een expert met meer ‘kennis’ van zaken. Kenmerkend voor zo’n technocratische opvatting zijn dan ook de vaak gehoorde pleidooien voor horizonbepalingen en experimentele wetgeving. Soms worden wetten gezien als hypothesen,²⁵ waarbij voor het gemak voorbijgegaan wordt aan het verschil tussen experiment en hypothese, iets dat in dit discours niet lijkt uit te maken, omdat de wetenschappelijke klank van beide termen suggereert dat zij zich lenen voor voortdurende bijstelling en revisie, kortom ideaal voor de lerende wetgever.

Nog afgezien van de misvattingen over wetenschappelijke vooruitgang die hierachter schuilgaan,²⁶ ontkent deze voorkeur voor tijdelijke experimenten het belang van bestendige wetgeving. De ervaringen met de COVID-19-wetgeving laten zien dat snelle veranderingen in beleid en wetgeving een zware wissel trekken op de bereidheid van de normadressaat om deze wetten na te leven of er zelfs maar kennis van te nemen. Als er iets is dat deze experimenten laten zien, is het dat regelgeving meer is dan een verzameling tijdelijke instructies aan burgers, afgekondigd door de minister-president na inwinning van medisch advies. Ook een duurzaam asielbeleid is overigens gebaat bij een minder snelle evaluatie van de financiële kosten en minder snelle bijstelling van de opvangcapaciteit. De door Sneller en Duisenberg

24 Sneller en Duisenberg spreken zelfs van de wenselijkheid om in navolging van team science tot een ‘team kamer’ te komen (Sneller & Duisenberg 2022, p. 232).

25 ‘Empirisch onderbouwde wetgeving zou zeker moeten, want wetten zijn eigenlijk veronderstellingen omtrent de zin van beleidsmaatregelen voor het algemeen belang, zij het als rechtsnormen geformuleerd.’ G-J. Veerman, ‘Wetenschappelijk onderbouwde wetgeving, dat spreekt’, in: F.J. van Ommeren e.a. (red.), *Wetenschap en overheidsbeleid: een spanningsvolle relatie*, Den Haag: Boom bestuurskunde 2022, p. 53-66.

26 De gedachte dat wetenschappelijke hypothesen worden opgegeven bij de eerste de beste falsificatie is reeds lang verlaten. Zie voor een eerste kritiek I. Lakatos & A. Musgrave, *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge: Cambridge University Press 1974.

zo gewenste 'slow politics' is niet te bereiken door experimentele wetgeving waarbij voortdurende evaluatie noopt tot tussentijdse bijstelling.

Dat betekent niet dat voortschrijdend wetenschappelijk inzicht niet meegenomen zou moeten worden. Als blijkt dat de Nederlandse natuur nog kwetsbaarder is voor stikstof dan aanvankelijk werd aangenomen, dan moet dit in het beleid worden verdisconteerd. Maar beleid is niet hetzelfde als regelgeving en vooral: regelgeving zou méér moeten zijn dan slechts een target opleggen, uitgedrukt in een kritische depositiewaarde. Een regel die alleen het bereiken van een target voorschrijft, wordt onnodig kwetsbaar voor voortschrijdend wetenschappelijk inzicht. Beleid kan bestendiger worden door het juridisch te vertalen naar normen die het handelen kunnen leiden; in dit geval had dit bijvoorbeeld gekund door strengere voorwaarden te stellen aan het verstrekken van leningen aan veehouders.

De voorkeur voor doelen die SMART zijn (specifiek, meetbaar, acceptabel, realistisch en tijdgebonden), is dan ook maar in beperkte mate te verdedigen als het gaat om wetgeving. Ik denk dat alleen de A van acceptabel nog een acceptabele eis is. 'Tijdgebondenheid' druist in tegen de functie van wetten om ervoor te zorgen dat burgers weten wat ze kunnen verwachten van zowel elkaar als de overheid. 'Realistisch' is dubbelzinnig: menigeen zou het gelijkheidsbeginsel als onrealistisch of onhaalbaar kunnen beschouwen, maar zijn wetten niet eveneens uitdrukking van aspiraties? 'Meetbaarheid' leidt vaak tot schijnnaauwkeurigheid, die niet zelden alleen bereikt kan worden door kunstmatige operaties, zoals bijvoorbeeld gebeurt waar de effectiviteit van de rechtspleging wordt uitgedrukt in aantallen vonnissen of de doelmatigheid van de ouderenzorg in terugdringing van het aantal valincidenten. Over specificiteit heb ik hierboven al aangegeven dat te nauw omschreven beleidsdoelen in een democratie onvoldoende recht doen aan de diversiteit aan belangen.

6. Hoe dan wel?

SMART-eisen leiden dus maar in beperkte mate – of misschien zelfs helemaal niet – tot goede wetgeving. Waarom blijven zij dan toch de leidraad bij vele aanbevelingen? De reden dat eraan vastgehouden wordt, is dat deze eisen een *beoordeling* van de activiteiten vergemakkelijken. Als ik een oordeel moet vellen over een tentamen van een student, is het handig om van tevoren een lijstje meetbare en specifieke ijkpunten te hebben zodat ik niet elke keer opnieuw het totaalplaatje in ogenschouw hoef te nemen voor een weging van het gebodene. Dat is ook hier duidelijk aan de hand. Managementjargon dankt zijn hardnekkigheid aan het feit dat de overheid doortrokken

is geraakt van een bepaalde manier van reguleren,²⁷ waarbij voortdurend gebruik gemaakt wordt van panels en commissies die *elkaar* beoordelen. Die stijl heeft de laatste dertig jaar vaste grond onder de voeten gekregen en doordesemt ook tal van nieuwe initiatieven.

Ook hiervan leveren de pilotstudies weer een verhelderende illustratie. Het initiatief om meer gebruik te maken van wetenschappelijke kennis in het wetgevingsproces is van meet af aan gegoten in deze stijl van managen. Men bepleit immers niet het aantrekken van meer sociale wetenschappers ten departemente, maar men ontwerpt een wetenschappelijke *toets*, uitgevoerd door een panel van externe experts. Deze experts werden geconfronteerd met een afvinklijstje. De input van de wetenschappers bestaat nu uit het uitdelen van gele gevaarsdriehoekjes, rode kruisjes en – spaarzaam – groene vinkjes per rubriek die vergezeld gaan van aanbevelingen over hoe de wetgevingsjurist het voortaan beter kan opschrijven.

Hier wordt geen hulp geboden om tot betere regelgeving te komen. Hier bekleedt de wetenschapper slechts de rol van externe beoordelaar. Dat die wetenschappers zich zo gewillig van deze taak kwijten, mag verwondering wekken, want de eis dat zij hun kennis in luttele A4'tjes delen, impliceert toch een zekere depreciatie van hun wetenschappelijke expertise. Maar kennelijk zijn de wetenschappers inmiddels zo gewend geraakt aan de vele vormen van externe toetsing rond subsidieverwerving, bevorderingen en heraccrediatie dat zij hierin geen probleem zagen.

De reductie van wetenschappelijke inbreng tot wetenschappelijke toets heeft verreikende gevolgen voor de wetgevingsjurist zelf die regelgeving ontwerpt. Mochten de initiatieven van de Kamerleden slagen, dan ziet de wetgevingsjurist zich geplaagd voor de taak een extra lijstje indicatoren af te werken en dat kan alleen door zich te verplaatsen in de manier waarop het wetsvoorstel later door de wetenschappers beoordeeld zal worden. Dat betekent dat wetgevingsjuristen zich niet alleen bezig moeten houden met reële kwesties zoals nut, noodzaak, draagvlak, politieke verhoudingen, gerechtvaardigde verwachtingen alsmede coherentie in het recht – vragen die stuk voor stuk al ingewikkeld genoeg zijn –, maar dat zij zich daarnaast ook moeten bekommeren om het toekomstig oordeel van de externe beoordelaars.

Deze constatering geeft tegelijk een antwoord op de vraag hoe wetenschap dan wél een zinnige rol kan spelen in het wetgevingsproces. Want dat die

27 Deze stijl van reguleren heb ik uitvoerig beschreven in: P.C. Westerman, *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018.

wetenschappelijke kennis van belang is, staat natuurlijk buiten kijf. Kennis van het maatschappelijke veld, van de problematiek zelf en van de wijze waarop wetgeving ingrijpt in het bestaande normenpatroon bij de diverse doelgroepen is onontbeerlijk. Het zou vreemd zijn om daarvoor alleen op juristen te vertrouwen. Er ligt daarbij een belangrijke taak voor niet-juridische expertise en wel in de ruimste zin van het woord: niet alleen als kennis over de te bereiken doelen zoals klimaat, de digitale wereld, gezondheid of onderwijs, maar ook en vooral expertise over de manier waarop normen worden gepercipieerd en werking krijgen in het maatschappelijke veld. Rechts-sociologen, antropologen, psychologen en rechtsfilosofen zouden een plaats moeten hebben in het wetgevingsproces.

Maar dan niet als externe beoordelaars. En ook niet als incidenteel in te huren onderzoekers, die van buiten komen en weinig affiniteit of ervaring hebben met wetgeving. Zoals zeer terecht door Wim Derksen werd opgemerkt,²⁸ is er onderzoek genoeg, maar ontbreekt het aan duiding en interpretatie van dat onderzoek. Als men serieus ruimte wil maken voor inbreng vanuit de wetenschappen, dan staat er maar één weg open: de departementale staf uitbreiden met (vaste) medewerkers die in staat zijn het vele bestaande onderzoek te interpreteren en van meet af aan hun licht kunnen laten schijnen over voorgenomen beleid en wetgeving. Gezien het feit dat die wetgeving te maken heeft met zowel causale als conditionele verbanden van grote complexiteit kan die sociaalwetenschappelijke inbreng alleen vrucht dragen in samenspraak met juridische expertise.

Het kost een paar centen, maar dan heb je ook wat: wetgeving die meerdere doelen dient doordat het een acceptabel compromis is tussen uiteenlopende belangen en enige bestendigheid heeft, waardoor burgers zich in hun handelen kunnen oriënteren op elkaar en vertrouwen kunnen hebben in de overheid.

28 W. Derksen, 'Er is te veel onderzoek en te weinig kennis', in: F.J. van Ommeren e.a. (red.), *Wetenschap en overheidsbeleid: een spanningsvolle relatie*, Den Haag: Boom bestuurskunde 2022, p. 113-124.

De wetenschap van de wetenschap

*Dennis de Kok**

Inleiding

De blik van Pauline Westerman op de wetgevingswereld (en misschien wel op veel meer dan dat, maar daar heb ik niet volledig zicht op) is samen te vatten met één woord: verwondering. Wie het voorrecht heeft gehad Pauline vele malen te ontmoeten, zoals ik, heeft daar waarschijnlijk ook meteen een beeld bij: met grote ogen en opgetrokken wenkbrauwen kijkt ze dan de mensen om zich heen aan, onder het uitspreken van een zin als ‘hoe is het toch mogelijk dat ...!’. Die verwondering kenmerkt ook haar schriftelijke bijdragen, waarmee meteen ook is aangetoond dat het om een authentieke blik gaat. Door deze consistentie in toon in haar mondelinge en schriftelijke werk ‘hoor’ je haar continu bij het lezen van haar teksten. Een mooi voorbeeld daarvan is haar bijdrage ‘Evidence-based wetgeving’ voor het themanummer van *RegelMaat* over wetgeving en wetenschap.¹ De verwondering betreft in dit geval het grote geloof van velen in de meerwaarde van een ‘wetenschapstoets’ bij nieuwe wetgeving.

De wetenschapstoets

Artikel 3.1 van de Comptabiliteitswet 2016 (Cw 2016) schrijft voor dat ‘voorstellen, voornemens en toezeggingen’ een toelichting bevatten waarin wordt ingegaan op onder andere de doelstellingen, de doeltreffendheid en de doelmatigheid die worden nagestreefd, en de financiële gevolgen. Dit artikel deed bij de totstandkoming ervan in 2017² in de wetgevingswereld bij menigen (waaronder bij mijzelf) de wenkbrauwen fronsen. Want hoe kan een wet die over het beheer, de informatievoorziening, de controle en de

* Dennis de Kok is plaatsvervangend afdelingshoofd bij de directie Wetgeving en Juridische Zaken van de Ministeries van Economische Zaken en Klimaat en van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, docent aan de Academie voor Wetgeving en redacteur van het wetgevingstijdschrift *RegelMaat*.

1 P.C. Westerman, ‘Evidence-based wetgeving’, *RegelMaat* 2023, afl. 2, p. 107-120.

2 De citeertitel van de wet, Comptabiliteitswet 2016, is daardoor wat misleidend. Gebruikelijk is dat bij het opnemen van een jaartal in de citeertitel, dat jaartal het jaar van (totstandkoming en) publicatie betreft, in dit geval dus 2017. De inwerkingtreding vond overigens plaats op 1 januari 2018.

verantwoording inzake de *financiën* van het Rijk gaat, zo'n algemene bepaling over alle voorstellen, voornemens en toezeggingen van de rijksoverheid bevatten? En wat voegde dit artikel toe aan de rijksbrede afspraak om het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK)³ toe te passen? En trapte de bepaling niet sowieso een open deur in? Anderzijds is een bepaling die bijdraagt aan het rationaliseren van planvorming binnen de rijksoverheid natuurlijk nooit weg. Meer dan dat is artikel 3.1 Cw 2016 overigens niet: een verplichting om iets in de toelichting te zeggen over de genoemde aspecten. Een verplichting om wetenschappers in te schakelen in de vorm van een 'wetenschapstoets' bevat het niet, zoals Pauline op pagina 108 van haar artikel beweert. Dat wetenschappelijke sausje heeft de Tweede Kamer over het wetsartikel gegoten.⁴ De Kamer heeft zelf besloten dat de verantwoording die de regering geeft in de memorie van toelichting bij wetsvoorstellen, in sommige gevallen van een wetenschappelijke toets moeten worden voorzien ten behoeve van haar eigen behandeling van die wetsvoorstellen.

Dat is, en daar is Pauline het ook mee eens, een nobel streven. Pauline zet echter zeer terecht de nodige vraagtekens bij de manier waarop dat gebeurt. Want wat wordt er nu precies getoetst? Is dat de 'bedoeling' van de wet? Maar wat is dat dan? En is dat er dan maar één, of zijn het er juist meer? En wie moet die toets dan doen? Gedragswetenschappers? Wetenschappers die iets over het doel of de doelen kunnen vertellen? De uitgevoerde toetsen betitelt Pauline als een 'comédie d'erreurs'. Ze beschrijft die aan de hand van een voorbeeld van zo'n toets over een specifiek wetsvoorstel. Omdat ik aan de wieg van dat wetsvoorstel heb gestaan en het aan de hand heb genomen tot en met de indiening bij de Tweede Kamer, wil ik daar wat dieper op ingaan, in het besef dat van een objectieve, wetenschappelijke bespreking door een zo direct betrokkene geen sprake kan zijn. Het betreft het wetsvoorstel 'ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven'.⁵

Het wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven

De aanleiding voor het wetsvoorstel was het spanningsveld tussen mededinging en duurzaamheid dat bijvoorbeeld naar voren kwam bij afspraken tussen supermarkten, pluimveeslachterijen en pluimveehouders over duurzamer

3 Inmiddels vervangen door het Beleidskompas, zie www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/beleidskompas.

4 Zie <https://parlementenwetenschap.nl/instrumentarium/wetenschapstoets-van-voor-genomen-beleid>.

5 Voorstel van wet, houdende regels ter bevordering van de totstandkoming en realisatie van maatschappelijke initiatieven gericht op duurzame ontwikkeling door na een daartoe strekkend verzoek deze initiatieven in regelgeving op te nemen (Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven) (*Kamerstukken* 35247).

geproduceerd pluimveevlees (de zogenaamde Kip van Morgen), bij samenwerking tussen textielproducenten over leefbare lonen in productielanden en bij gezamenlijke afspraken over het sluiten van vijf kolencentrales.⁶ Telkens liepen dergelijke initiatieven aan tegen het kartelverbod, dat ondernemers verbiedt om onderlinge afspraken te maken die de markt kunnen verstoren. Het wetsvoorstel beoogde een andere route voor dergelijke initiatiefnemers aan te bieden: in plaats van hun initiatief in *afspraken* om te zetten zouden ze het aan de desbetreffende minister kunnen aanbieden om het in *regelgeving* om te zetten. Daarmee zou het initiatief geen belemmering ondervinden en een veel groter bereik krijgen, namelijk voor iedereen gaan gelden als algemeen verbindend voorschrift. Het hoofddoel van het wetsvoorstel was het bieden van ruimte voor en zelfs het faciliteren van maatschappelijke initiatieven op het gebied van duurzaamheid. Dat sloot aan bij de constatering van de regering dat partijen uit de samenleving (bedrijven, burgers, instanties) zich steeds vaker spontaan bekommeren om maatschappelijke doelen: ‘Het nastreven van de realisatie van publieke belangen is daarmee minder dan voorheen een exclusieve verantwoordelijkheid van de overheid geworden’, aldus de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.⁷ Het bevorderen van duurzaamheid was slechts een neven doel, zoals ook het bevorderen van het vertrouwen in de overheid dat was. Dit is een mooie illustratie van de ‘meerdoeligheid’ die Pauline op pagina 117 van haar artikel een kenmerk van een goede wet noemt. Of het wetsvoorstel dat was, laat ik uiteraard in het midden.

Het wetsvoorstel had daarmee een zeer bijzonder karakter. Het bevatte geen normen waar een doelgroep zich aan zou moeten houden, het zag niet op één specifiek beleidsterrein,⁸ maar het regelde slechts een (omvangrijke, van diverse waarborgen voorziene) procedure om gebruik te kunnen maken van een heel ruime grondslag om, op verzoek, bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels te stellen ‘in het belang van een duurzame ontwikkeling’ (artikel 1 van het wetsvoorstel). Dit bijzondere karakter en de in de vorige alinea genoemde verhouding tussen hoofddoel en neven doelen hebben de wetenschappers die het in het kader van de wetenschapstoets voor de Tweede Kamer beoordeelden, ofwel bewust terzijde geschoven ofwel niet gezien. Pauline gooit het in haar artikel op het laatste (pagina 112). Hoe

6 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 30196, nr. 354, p. 1.

7 *Kamerstukken II* 2018/19, 35247, nr. 3, p. 6.

8 Het wetsvoorstel beperkte zich in eerste instantie tot (1) vermindering van de uitstoot van broeikasgassen ten aanzien van elektriciteit, gebouwde omgeving, industrie, landbouw en landgebruik, en mobiliteit, (2) duurzame energieproductie of energiebesparing en (3) diergezondheid of dierenwelzijn, maar bood ook de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur andere onderwerpen aan te wijzen als de desbetreffende ministeries er klaar voor waren.

het ook zij, ze trokken conclusies en deden aanbevelingen die vooral leken te zijn ingegeven door een blik op de bijdrage van het wetsvoorstel aan het bevorderen van duurzaamheid en niet van de initiatieven daartoe als zodanig: ‘Vanuit duurzaamheidsperspectief zou de maatschappelijke opgave tot een aantal doelen moeten leiden die vervolgens meetbaar en kwantitatief naar indicatoren vertaald kunnen worden. Vanuit transitieperspectief is vervolgens de rol van maatschappelijke initiatieven dat ze (ook) bijdragen aan de condities om die doelen te halen, zoals betrokkenheid, leren, nieuwe markten, lokale veerkracht en draagvlak. Die complementaire transformatieve impact kan eveneens worden vertaald in concrete doelen en indicatoren.’⁹ Precies de ‘SMART-eisen’ die Pauline op de pagina’s 118 en 119 terecht hekelte als het om wetgeving gaat. De wetenschappers spraken hiermee bijna letterlijk een andere taal dan het wetsvoorstel beoogde. De pretenties van het wetsvoorstel lagen vooral op dat van een responsieve overheid, die van de wetenschappers gingen uit naar ‘outcome-sturing’. Pauline illustreert dit mooi in haar artikel, maar laat het daar niet bij. Ze doet ook aanbevelingen over het ‘hoe dan wel?’.

De wetenschap van de wetenschap

In haar hele artikel, maar met name in de slotparagraaf, toont Pauline zich in mijn ogen een echte wetenschapper, met (in vele gesprekken, zo weet ik, opgedane) kennis van het werk als wetgevingsjurist én met een scherpe blik op wat die wetgevingsjurist nodig heeft. Eerst hekelte ze de gedachte dat de manier waarop de wetgevingstoets door de Tweede Kamer is bedacht – met een format waarin wetenschappers gele gevarendriehoekjes, rode kruisjes en spaarzame groene vinkjes per vastgestelde rubriek moeten uitdelen, vergezeld van aanbevelingen aan de wetgevingsjurist – bijdraagt aan goede wetgeving. En vervolgens doet ze een aanbeveling die wél behulpzaam is: breid de departementale staf uit met (vaste) wetenschappelijke medewerkers die van meet af aan hun licht laten schijnen over voorgenomen beleid en wetgeving. Dit pleidooi sluit goed aan bij een pleidooi dat ik ook verschillende keren heb gehouden om (gedrags)wetenschappers die binnen de rijksoverheid verenigd zijn in het Behavioural Insights Netwerk Nederland (BIN NL),¹⁰ standaard zitting te laten hebben in expertiseteams voor de (rijksbreed verplichte) toepassing van het Beleidskompas bij de voorbereiding van beleid en regelgeving. Dat zou wel een uitbreiding van dat netwerk vergen. Maar zoals Pauline stelt op pagina 120: ‘Het kost een paar centen, maar dan heb je ook wat.’ Het écht benutten van de wetenschap van de wetenschap dus.

9 Zie https://parlementenwetenschap.nl/wp-content/uploads/2023/03/Formulier_Wet_Ruimte_voor_Duurzaamheidsinitiatieven.pdf.

10 Zie www.binnl.nl.

Met die woorden valt het artikel van Pauline naar mijn mening ook mooi samen te vatten: tegenover de behandelde vermeende wetenschappelijke toets plaatst zij een echt wetenschappelijk artikel dat blijkt geeft van de scherpe observator van de wetgevingspraktijk die zij gedurende vele jaren is geweest. De verwondering die zij daarbij over verschillende fenomenen binnen die rechtspraktijk heeft gehad, heeft ze mooi omgezet naar boodschappen waarmee we ons voordeel nog lang kunnen doen.

Over hoe een mooi pittig betoog toch tekortschiet

Bert Niemeijer*

Waarom een mooi stuk toch niet overtuigt

Een stuk van Pauline Westerman is altijd een genot om te lezen: vlotte tekst, stevige opvattingen, gekruid met onderkoelde humor en mild cynisme. En als Westerman schrijft dat het niet haar bedoeling is ergens lacherig over te doen¹ dan weet je al dat dat niet gaat lukken. Een stuk van Westerman pakt je beet, neemt je mee en voor je het weet, volg je haar. Met het artikel ‘Evidence-based wetgeving’, over de zogenoemde wetenschapstoets (artikel 3.1 CW 2016), wordt de lezer op de bekende wijze verwend. Toch heeft ze mij niet meegenomen. De argumentatie overtuigt niet. Het stuk schetst – op basis van pilots – een beeld van hoe de wetenschapstoets volgens Westerman (uit)werkt en waarom dat verkeerd is. Ik betwijfel of haar beeld klopt. In het volgende geef ik eerst kort de hoofdlijn van het stuk weer, gelardeerd met kanttekeningen. Daarna ga ik in op de belangrijkste begrippen uit het stuk.

Een vlammend betoog over de wetenschapstoets

Westerman begint haar betoog over de wetenschapstoets met de beschrijving van een initiatief vanuit de Tweede Kamer om deze toets op basis van een serie pilots nieuw leven in te blazen. Vervolgens schrijft ze: ‘De pilots zijn een ware comédie d’erreurs en onthullen in volle glorie de vele onduidelijkheden en misverstanden over wat wetenschappelijke input en onderbouwing zouden moeten omvatten. Het lijkt me daarom goed om hier wat gedetailleerder op in te gaan om zo een duidelijker beeld te krijgen van de veronderstellingen die ten grondslag liggen aan pleidooien ten gunste van evidence-based wetgeving.’² Daarmee is de toon gezet. Blijkbaar zijn deze pilots geschikt (representatief?) om onduidelijkheden en veronderstellingen

* Bert Niemeijer was (tot zijn pensionering) rector-directeur van de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen en bijzonder hoogleraar Rechtssociologie aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 P.C. Westerman, ‘Evidence-based wetgeving’, *RegelMaat* 2023, afl. 2, p. 117.

2 Idem, p. 108.

over wetenschappelijke input en ‘evidence-based wetgeving’ in het algemeen te onthullen.

Na een opsomming van problemen die zich in deze pilots voordoen, vervolgt het stuk met de stelling dat in de meeste pleidooien voor een meer wetenschappelijke benadering beleid en wetgeving op één hoop worden gegooid. Dat is inderdaad onverstandig, maar ik betwijfel of dat in de meeste pleidooien gebeurt. Het hangt er vooral van af om wiens pleidooi het gaat. Een van de pilots wordt gebruikt om te illustreren dat met het op één hoop gooien de specifiek juridische dimensie wordt veronachtzaamd. Na een uiteenzetting over wat die eigenlijk inhoudt, volgt de conclusie: ‘De roep om empirische wetenschap ten koste van juridische expertise lijkt daarmee even kortzichtig te zijn als het klassieke pleidooi voor dogmatische rechtswetenschap pur sang.’³ Die conclusie kan ik niet afleiden uit het voorgaande. Ik ken eigenlijk ook geen roep om empirische wetenschap ‘ten koste van’ juridische expertise te bevorderen.

De voorlaatste paragraaf van het stuk bevat een vlammend betoog contra de notie van de ‘lerende wetgever’. Dat begint met de vaststelling dat de relatie tussen doel en middel bij wetgeving lastig is en dat met wetgeving aan verschillende gezichtspunten en belangen recht kan worden gedaan. Westerman noemt dit, niet heel gelukkig, meerdoeligheid en gebruikt dat als brug naar een betoog over de lerende wetgever. Die associeert zij met een technocratisch klimaat waarin eenstemmigheid heerst over de doelen en alleen nog gedebatteerd wordt over de middelen. Een lerende wetgever zou bovendien afbreuk doen aan de bestendigheid van wetgeving. Het ontgaat mij waarom de wetgever niet zou mogen leren en waarom dat samengaat met eenstemmigheid over doelen. Het lijkt mij juist heel waardevol als de wetgever leert over de mate waarin de wet recht doet aan verschillende gezichtspunten en belangen.

‘Wetgeving’

Het is vergeefs zoeken naar een omschrijving van ‘wetgeving’. Het lijkt erop dat het stuk zich beperkt tot de *totstandkoming* van *formele* wetgeving. Dit betekent dat het betoog niet automatisch ook opgaat voor andere vormen van wetgeving en wetenschappelijke input in andere fasen van wetgeving (invoering, uitvoering, werking) uit het zicht verdwijnt. Kennis komt het wetgevingsproces binnen op allerlei momenten via allerlei actoren, waaronder het Ministerie van Financiën. Een beschrijving van de rol van wetenschap in wetgeving kan niet worden gebaseerd op een beeld van de wijze

3 Idem, p. 116.

waarop het Ministerie van Financiën in een bepaalde fase omgaat met de wetenschapstoets en al helemaal niet wanneer dat beeld is gebaseerd op (of geïllustreerd met?) pilots van een tweetal Tweede Kamerleden.

Wetenschappelijke kennis

Westerman gebruikt afwisselend de begrippen wetenschappelijke kennis, ‘evidence-based’ en empirische kennis. Zij geeft niet aan wat zij ermee bedoelt. In het wetgevingsproces kunnen allerlei soorten wetenschappelijke kennis een rol spelen: technische, natuur- en sociaalwetenschappelijke kennis, economische, juridische en rechtstheoretische kennis, et cetera. Dat is toch allemaal echt niet hetzelfde en werkt ook anders in termen van ‘input’. Uit haar voorbeelden is af te leiden dat Westerman, behalve op juridische kennis, primair het oog heeft op sociaalwetenschappelijke kennis. Zij doen bovendien vermoeden dat Westerman kennis bedoelt die is toegesneden op één specifieke wet. Buiten beeld blijft daarmee bijvoorbeeld kennis die weliswaar niet betrekking heeft op één specifieke wet maar wel zeer bruikbaar en geestverruimend is en zeer goed kan bijdragen aan de kwaliteit van wetgeving, ‘generieke kennis’. Denk aan het (lange termijn) onderzoekswerk van de Planbureaus of van instellingen als de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) of het Wetenschappelijke Onderzoek- en Datacentrum (WODC).

Westerman spreekt daarnaast ook over ‘empirische kennis’. Ik ga er hier maar van uit dat zij van mening is dat sociale wetenschap per definitie empirische wetenschap is. *Evidence-based* is echter geheel iets anders. Het is een begrip afkomstig uit de medische wetenschappen, waarin gecontroleerde experimenten worden uitgevoerd om op een zo betrouwbaar mogelijke wijze effecten van medische interventies vast te kunnen stellen (‘de gouden standaard’). Dergelijke experimenten hebben belangrijke beperkingen. Deze sterk kwantitatief gedreven traditie past bovendien vaak niet bij de behoeften of mogelijkheden van de wetgevingspraktijk. Op het terrein van wetgeving komt ‘evidence-based’ werken dan ook bijzonder weinig voor. Kwalitatief onderzoek naar de onderliggende redenen of processen die bijvoorbeeld bij de totstandkoming of effectiviteit een rol spelen, heeft vaak meerwaarde.

Daarbij wordt tegenwoordig vaak gewerkt met de zogenoemde beleids-theorie van de wet. Aan de basis van een wet liggen immers aannames ten grondslag waarom met die wet bepaalde doelen zouden kunnen worden bereikt. Die assumpties – de beleidstheorie – kunnen betrekking hebben op de aard van het probleem, het handelen en denken van burgers, bedrijven of uitvoeringsinstanties, maar bijvoorbeeld ook op de noodzaak van een bepaalde juridische constructie of inrichting van de wet of op de inzet van bepaalde instrumenten. Een beleidstheorie is dus de argumentatie van hoe,

langs welke processen of stappen, een wet zou kunnen leiden tot de realisatie van beoogde doelstellingen en onder welke condities dit aannemelijk is. Met de (re)constructie van de beleidstheorie, het blootleggen van de vaak impliciete assumpties van een wet, wordt het beter mogelijk om kennis in te zetten voor wetgeving. Het kan ex-ante bijdragen aan het verkrijgen van inzicht in het op te lossen probleem, in de mogelijke opties om het probleem aan te pakken, de mogelijke effecten van de beoogde wet en de plausibiliteit van de onderliggende assumpties. Tijdens de invoering van wetgeving kan worden onderzocht hoe de wet wordt geïmplementeerd, of de wet uitvoerbaar is en of deze wordt uitgevoerd zoals bedoeld. Als een wet 'is geworteld', kan ex-post worden gekeken of de wet werkt: worden de beoogde doelen bereikt en zijn er neveneffecten?

Gebruik van kennis

Westerman legt niet uit wat zij bedoelt met 'gebruik' van kennis voor wetgeving. Haar voorbeelden wekken de indruk dat zij vooral denkt aan 'instrumenteel' gebruik, dat wil zeggen gebruik van kennis om een probleem met daarop toegespitste wetgeving 'op te lossen'. Maar kennis is natuurlijk ook op andere wijzen en in andere fasen van wetgeving waardevol. Kennis wordt daarnaast ook regelmatig gebruikt voor verantwoording, vooral over de vraag of het geld van de belastingbetaler goed is besteed. Leren en verantwoorden staan regelmatig op gespannen voet met elkaar. Het afleggen van verantwoording versterkt de neiging om te laten zien dat het 'goed gaat'. Leren daarentegen gaat doorgaans niet zonder te erkennen dat dingen beter hadden gekund. Dat neemt niet weg dat zij elkaar ook kunnen versterken. Zo kan onderzoek in de ex-ante fase helpen bij een goede verantwoording achteraf. 'Gebruik' kan, behalve instrumenteel, ook conceptueel of symbolisch van aard zijn. Bij 'conceptueel' gebruik wordt kennis benut om ideeën op te doen. Nieuwe wetenschappelijke concepten en inzichten kunnen wetgevers inspireren en beïnvloeden. Bij 'symbolisch' gebruik wordt wetenschappelijke kennis vooral selectief benut: alleen de kennis die in de eigen kraam te pas komt.

Ten slotte

Westerman heeft haar reputatie bij mij bevestigd. Ik heb het stuk met groot plezier gelezen en ben het toch in veel opzichten niet met haar eens. Haar ferme opvattingen over de wetenschapstoets overtuigen mij in het geheel niet. Haar betoog gaat niet over het gebruik van kennis in het wetgevingsproces, maar over haar beeld van pilots van Tweede Kamerleden, betrekking hebbend op de toetsing van één ministerie in de fase van totstandkoming van formele wetgeving, de zogenoemde wetenschapstoets. Zij wekt de indruk haar illustratie voor werkelijkheid te houden. Dat ze de lezer in het

ongewisse laat over haar interpretatie van de belangrijkste begrippen uit haar betoog – wetgeving, kennis en gebruik – doet ook afbreuk aan haar overtuigingskracht. Dat is des te lastiger omdat er ook sprake is van samenhang. Immers, mede afhankelijk van het soort wetgeving variëren aard en omvang van de beschikbare kennis en is er meer of minder ruimte voor gebruik ervan.

Toch zijn Westerman en ik het meer eens dan het voorgaande doet vermoeden. We vinden beiden dat inbreng van wetenschappelijke kennis iets anders is dan het afvinken van toetslijstjes. We zijn er beiden van overtuigd dat het gebruik van de resultaten van onafhankelijk wetenschappelijk onderzoek in wetgeving nastrevenswaardig is omdat dit de kwaliteit van wetgeving bevordert. En ook omdat wetenschappelijke onderbouwing bijdraagt aan transparantie, verantwoording en beginselen van goed bestuur en daarmee de rechtsstaat ten goede komt.

Politiek bewuste rechtswetenschap

*Pauline Schuyt**

Inleiding

‘Er zijn weinig mensen te vinden die het belang van wetenschappelijke kennis voor beleid en regelgeving zouden ontkennen.’ Met deze woorden opent Pauline Westerman haar artikel ‘Evidence-based wetgeving’.¹ Helaas zou ik, nauwelijks een jaar na de publicatie hiervan, genoeg politici kunnen noemen als antwoord op haar vraag: ‘Wie zou mestoverschotten, onderwijsachterstanden of verslavingsproblematiek te lijf willen gaan zonder enig inzicht te hebben in de manier waarop boeren werken, leerlingen leren en depressieve jongelingen leven?’ Maar dit is niet het onderwerp dat ik hier aan de orde wil stellen. In mijn bijdrage aan deze bundel ter gelegenheid van het afscheid van Westerman van de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen wil ik, bij wijze van reflectie op haar pleidooi om meer gebruik te maken van wetenschappelijke inzichten in het wetgevingsproces, een lans breken voor meer interesse vanuit de rechtswetenschap voor de politiek-bestuurlijke omgeving waarin wetgeving tot stand komt. Daarbij begin ik met een disclaimer. Vanwege de beperkte omvang van deze bijdrage ontkom ik er niet aan om bepaalde punten van minder nuance te voorzien dan ik zou willen, hetgeen riskant is in een gezelschap van juristen.² Maar ik acht dit gepast in een bundel voor Westerman, die het stellen van soms (bewust?) juridisch ongenueanceerde vragen tot kunst heeft verheven en daarmee zowel de rechtswetenschap als de juristen ‘in Den Haag’ een grote dienst heeft bewezen.

Bevrediging en frustratie van de(ze) rechtswetenschapper

In haar artikel staat Westerman stil bij de rol die ‘de wetenschap’ speelt of (meer) zou moeten spelen bij de totstandkoming van wetgeving en de wetenschapstoets die is ingevoerd om dit minder vrijblijvend te maken. Ze benadrukt terecht dat in deze discussie meestal niet duidelijk is wat wordt verstaan onder ‘input vanuit de wetenschap’: ‘Welke wetenschappelijke kennis

* Pauline Schuyt is rector-directeur van de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen en hoogleraar Sanctierecht en Straftoemeting aan de Universiteit Leiden.

1 P.C. Westerman, ‘Evidence-based wetgeving’, *RegelMaat* 2023, afl. 2, p. 107-120.

2 Daarom zal ik in mijn voorbeelden vooral de hand in eigen boezem steken.

wordt gezocht? Kennis over het veld waarin de regeling opereert? Kennis over de beoogde en gerealiseerde effecten van regelgeving op het gedrag van normadressaten? Kennis over het beleidsdoel dat bereikt moet worden? Of kennis over hoe de verschillende regels zich tot elkaar verhouden?³ De verschillende vragen vereisen input vanuit verschillende disciplines en wetenschapsgebieden. Het is daarom onmogelijk om over een bijdrage van ‘dé wetenschap’ te spreken, omdat het afhankelijk is van de concrete vraag en de fase waarin het wetgevingsproces zich bevindt wat onder ‘wetenschap’ moet worden verstaan en welke waarde van daaruit kan worden toegevoegd. Het is daarbij, ook voor wetenschappers, vaak onduidelijk of bevindingen zijn meegenomen in het wetgevingsproces en zo ja, wanneer en op welke wijze.

Laat ik dit verduidelijken vanuit mijn eigen discipline, het strafrecht. Daarin wordt een belangrijk deel van de wetenschappelijke output geleverd in de vorm van onderzoek – al dan niet in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Datacentrum (WODC) of het Ministerie van Justitie en Veiligheid – waarin antwoord wordt gegeven op de vraag of een bepaald voorstel tot (wijziging van de) wet wenselijk is. Dit wordt vaak geconcretiseerd door na te gaan of het voorstel (a) past in het systeem van de wet en/of (b) of de praktijk erop zit te wachten en/of (c) of met de wijziging bepaalde geformuleerde beleidsdoelen of politieke wensen zullen worden bereikt. De antwoorden op deze vragen worden doorgaans gevonden door het in kaart brengen van de praktijk (bijvoorbeeld op basis van jurisprudentie- en/of dossieronderzoek, interviews met leden van de rechterlijke macht, advocatuur, slachtoffers, etc.), soms door rechtsvergelijking met landen waarin een soortgelijke vraag speelt of heeft gespeeld, en onderzoek naar de parlementaire geschiedenis. Dat laatste gebeurt vrijwel altijd aan de hand van Kamerstukken, waarbij de memorie van toelichting de hoofdrol speelt.⁴

Het resultaat is meestal bevredigend én frustrerend. Bevredigend, omdat met deze vorm van onderzoek een onderdeel van het (straf)recht onder de loep wordt genomen en vanuit allerlei hoeken wordt ontleed, waarmee wetsgeschiedenis en praktijk overzichtelijk in kaart zijn gebracht. Dat leidt vaak tot nieuwe inzichten en de ontdekking van dwarsverbanden. Het leidt niet zelden ook tot frustratie. Regelmatig wijst dergelijk onderzoek ondubbelzinnig uit dat een voorstel tot (wijziging van) wet *niet* tot het beoogde doel leidt, de praktijk *geen* behoefte heeft aan een nieuwe regeling en/of het systeem van de wet hiermee zijn logica verliest. Volgens menig wetenschappelijk onderzoeker, waaronder ikzelf, zou een logische gevolgtrekking daarvan

3 P.C. Westerman, ‘Evidence-based wetgeving’, *RegelMaat* 2023, afl. 2, p. 107.

4 Ook mijn eigen proefschrift is volgens dit stramien opgebouwd: P.M. Schuyt, *Verantwoorde strafvoemeting*, Deventer: Kluwer 2009.

moeten zijn dat de wet(swijziging) *niet* moet worden ingevoerd. De realiteit is echter dat in veel gevallen de inkt van een rapport nog niet droog is (of het onderzoek zelfs nog in volle gang is), of het voorstel wordt reeds ingediend, waarbij alle rode seinen uit het onderzoek worden genegeerd en alleen die bevindingen en aanbevelingen in het debat worden overgenomen die in het politieke straatje passen. Alleen al binnen mijn eigen expertise, het sanctierecht, zijn hiervan legio voorbeelden te vinden, zoals bij de totstandkoming van de Wet straffen en beschermen,⁵ met als dieptepunt de aanpassing van de regeling van de Voorwaardelijke Invrijheidsstelling. Gelukkig levert de frustratie vaak ook inspiratie op voor een wetenschappelijk artikel,⁶ waarin de auteur haarfijn aangeeft dat ‘de wetgever’ het niet heeft begrepen, zich schuldig maakt aan ‘cherry picking’ en dat het systeem van de wet in gevaar komt. Als ik naar mijn eigen publicaties van de afgelopen twintig jaar kijk, zijn er vele met deze strekking, vaak leidend tot de conclusie dat met de voorgenomen wet(swijziging) meer kwaad dan goed wordt gedaan en dat de gestelde doelen hiermee waarschijnlijk niet zullen worden bereikt. Dit leidt tot onbegrip richting de wetgever, maar is dat wel terecht?

Het spiegelbeeld van evidence-based wetgeving

Het artikel van Pauline Westerman waarop ik in deze bijdrage reflecteer, in combinatie met mijn start bij de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen en daarmee mijn introductie in de wereld en het werk van de rijksjurist, leidde tot een nieuw inzicht. In feite doet de rechtswetenschap hetzelfde als hetgeen zij de wetgever verwijt: ze beschouwt de wetgever als één geheel (dé wetgever) in plaats van een verzameling facetten die elk een eigen rol spelen gedurende het hele proces van totstandkoming van wetgeving. In de discipline die zich bezighoudt met wetgeving (het staats- en bestuursrecht), zijn onderzoekers zich hiervan mogelijkerwijze voldoende bewust, maar in tal van andere rechtswetenschappelijke disciplines ontbreekt dit inzicht. De omvang van deze bijdrage is te kort om hier uitgebreid op in te gaan, om het *evidence-based* aan te tonen, maar ik durf wel te stellen dat in ieder geval in het onderzoek binnen de strafrechtswetenschap – en mogelijk ook daarbuiten – hiervoor meer aandacht zou moeten zijn.

Een eerste stap daartoe is om in het onderzoek meer rekenschap te geven van het feit dat bij (de totstandkoming van) wetgeving naast de juridische rationaliteit ook andere rationaliteiten een rol spelen, zoals de politieke, de

5 Zie voor de openbare stukken hierover: *Kamerstukken* 35122.

6 Vgl. p. Schuyt, ‘Voorwaardelijke invrijheidstelling: het beeld en de werkelijkheid’, *Sancties* 2019, afl. 2, p. 5-13.

financieel-economische en de technisch-sociaalwetenschappelijke⁷ en dat het gewicht dat iedere rationaliteit heeft ten opzichte van de andere rationaliteiten voortdurend wijzigt. Daarnaast is het van belang om in onderzoek duidelijker te zijn over wat wordt verstaan onder 'de wetgever'. Deze vraag kan worden gesteld vanuit historisch oogpunt, waarbij inzicht wordt verschaft of wordt gekeken naar de formele wetgever ten tijde van de totstandkoming van een wet of naar de huidige. In onderzoek gebeurt dit meestal wel wanneer de ontwikkeling wordt geschetst van een bepaalde regeling. Maar wanneer het onderzoek is gericht op het vaststellen van 'de wil' of 'de bedoeling' van de wetgever, wordt dit veel minder vaak geëxpliciteerd. Nog minder – maar in mijn ogen minstens zo belangrijk – wordt in onderzoek aandacht besteed aan die facetten van de wetgever die minder bekend zijn; de wetgever vóór de wetgever die zich uit door middel van openbare (Kamer) stukken, de bestaande uit de wetgevings- en beleidsafdelingen bij de ministeries. Daar worden immers deze Kamerstukken gemaakt.

Ter verduidelijking zal ik een parallel trekken met een vorm van onderzoek waarin deze (straf)rechtswetenschapper zich thuis voelt: onderzoek naar de vraag op basis van welke factoren een rechter tot zijn straf komt. Om dat onderzoek te verrichten kan uiteraard gebruik worden gemaakt van openbare bronnen: rechterlijke uitspraken die worden gepubliceerd op Rechtspraak.nl. Maar iedere rechtswetenschapper weet dat daar slechts een fractie van het aantal uitspraken wordt gepubliceerd. Bovendien zijn de strafmotiveringen niet altijd even uitgebreid. Om de échte beweegredenen te onderzoeken zal dit onderzoek idealiter worden uitgebreid met dossieronderzoek, (semi-gestructureerde) interviews met rechters en wellicht officieren van justitie, observaties ter zitting, vignettenonderzoek en vragenlijsten. Helaas beletten tijd, geld en de beschikbaarheid van respondenten het vaak om dergelijk onderzoek uitputtend uit te voeren, maar er is weinig discussie over het feit dat alleen met de combinatie van ten minste al deze methoden écht iets gezegd kan worden over hoe een rechter tot zijn straf komt. Het is in die zin verbazingwekkend dat er weinig discussie is over de waarde van onderzoek naar de totstandkoming van (straf)wetgeving waarbij wordt volstaan met onderzoek op basis van Kamerstukken.⁸ Laat ik duidelijk zijn: ik wil niets afdoen aan (straf)rechtswetenschappelijk onderzoek naar (straf)wetgeving; ik wil slechts benadrukken dat het, met name bij onderzoek waarin 'de wil' of 'de bedoeling' van de wetgever centraal staat, belangrijk is om terughoudend te zijn met het trekken van conclusies op basis van louter parlementaire stukken. Net zoals onderzoekers terughoudend (zouden moeten) zijn bij het

7 Deze rationaliteiten worden vaak genoemd in navolging van I.Th.M. Snellen, *Boeiend en geboeid. Ambivalenties en ambities in de bestuurskunde* (oratie Koninklijke Universiteit Brabant), Alphen aan den Rijn 1987.

8 Met in het ergste geval onderzoek alleen op basis van de memorie van toelichting (nr. 3).

trekken van conclusies louter op basis van uitspraken die zijn gepubliceerd op Rechtspraak.nl. Gedegen onderzoek vergt meer, inclusief oog voor de politiek-bestuurlijke context waarin wetgeving tot stand komt, inclusief alle rationaliteiten.⁹

De uitwerking van verwondering

Wie in de spiegel kijkt, ziet het spiegelbeeld. Zoals de wetenschapper *evidence-based* wetgeving bepleit, zodat voldoende recht wordt gedaan aan alles wat de wetenschap kan betekenen voor het wetgevingsproces, zo zou de wetgever politiek bewust – nee, niet *politics based!* – onderzoek kunnen bepleiten, zodat voldoende recht wordt gedaan aan de politiek-bestuurlijke context waarin wetgeving tot stand komt. In beide gevallen is het vooral van belang dat wordt onderkend dat dé wetenschap niet bestaat, net zomin als dé wetgever bestaat. Het zijn beide verzamelingen van verschillende facetten. Voor goede wetgeving én voor goede (straf)rechtswetenschap gaat het erom welke vraag wordt gesteld. Alleen aan de hand van die vraag kan worden bepaald welk facet van de wetenschap (inhoudelijk, gedrags- of sociaalwetenschappelijk, juridisch systematisch of juridisch dogmatisch) en welk facet van de wetgever (historisch, procedureel, welke rationaliteit, welke juridische entiteit) wordt gebruikt om tot respectievelijk goede wetgeving en goed rechtswetenschappelijk onderzoek te komen. De keuze voor passende methoden is daarbij essentieel, waarbij de opkomst van *empirical legal studies* en daarmee de professionalisering van sociaalwetenschappelijke onderzoeksmethoden in het juridisch domein behulpzaam kan zijn. Ook is het van belang te onderkennen dat wetenschappers niet van de wetgever mogen verwachten dat deze op een (rechts)wetenschappelijke manier denkt; wetenschappelijke logica is niet hetzelfde als politieke logica.¹⁰ Het verwijt vanuit de (straf) rechtswetenschap dat politici niet luisteren naar wetenschap, geldt in feite ook andersom: bij het bedrijven van wetenschap is onvoldoende oog voor de politiek-bestuurlijke context waarbinnen wetgeving tot stand komt.¹¹

9 Een mooi voorbeeld van strafrechtswetenschappelijk onderzoek door een onderzoeker die zich zeer bewust is van de beperking van onderzoek aan de hand van voornamelijk Kamerstukken is: M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een veiligheidscultuur. Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland gezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p.12-13 en 24-28.

10 Al ben ik benieuwd of Pauline Westerman het hier met mij eens is.

11 Toch zit hierin mogelijk wel een verschil: de politicus laat wellicht bewust conclusies uit een onderzoek achterwege omdat het niet past in het beeld dat geschetst moet worden. De rechtswetenschapper is zich mogelijk niet bewust van de robuustheid van een conclusie als een onderzoek slechts gebaseerd is op openbare stukken.

De sleutel bij dit alles zijn de personen die de wetenschap en de wetgever belichamen. Zij kunnen behulpzaam zijn bij het interpreteren van elkaars werk. De strafrechtswetenschapper kan aan de hand van onderzoek laten zien dat niet alle problemen oplosbaar zijn via het strafrecht. En de wetgevings- of beleidsjurist kan inzicht geven in het feit dat niet alle bedoelingen van de wetgever terug te vinden zijn in de memorie van toelichting. Cruciaal is hun nieuwsgierigheid naar elkaar, hun vaardigheid om elkaar te vinden en te bevragen en de mate waarin zij zichzelf toestaan zich te verwonderen over elkaars praktijk.

Voor wat betreft de vorm waarin dit in praktijk kan worden gebracht, zou ik niet Westerman willen volgen, die ervoor pleit een wetenschapper toe te voegen aan de wetgevende staf. Veel praktischer is het om elkaar vaker op te zoeken. Niet op een formalistische manier via de wetenschapstoets, die Westerman zo beeldend beschrijft, maar via inhoudelijke gesprekken, waarin kan worden doorgevraagd. Daarbij moet iedere keer opnieuw worden bepaald welk facet van de wetgever (lees: op welk moment in het wetgevingsproces) en vanuit welke discipline van onderzoek deze ontmoeting zal moeten plaatsvinden. De ene keer zal het worden geëntameerd vanuit de wetgevende kant, de andere keer vanuit de onderzoekskant, afhankelijk van het doel van de ontmoeting. En gelukkig bestaan hiervan al tal van goede voorbeelden. Een daarvan is de onderzoeksgroep die Pauline Westerman zoveel jaren heeft vormgegeven binnen de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen. Door wetgevings- en overheidsjuristen samen te brengen met wetenschappelijke onderzoekers en elkaar op ieders onderzoeksoutput te laten bevragen heeft ze – bewust en onbewust – een bijdrage geleverd aan dé wetenschap en dé wetgever, in al hun facetten.

Van focussen en verkokeren

Wim Timmer*

Welk doel dient de wet?

In een recent artikel in *RegelMaat* schrijft Pauline Westerman kritisch over initiatieven ter bevordering van een evidence-based benadering van de wetgeving, waaronder de wetenschapstoets.¹ Deze initiatieven zijn, kort gezegd, gebaseerd op een te simpel – want monocausaal – model van wetenschappelijke kennis. Tegelijkertijd wordt de complexiteit van juridische vormgeving onderschat.

We hebben hier, denk ik, een majeur vraagstuk te pakken. Immers, wetgeving wordt altijd opgesteld met het oog op het bereiken van een doel. En nu moeten we vaststellen dat niet in alle gevallen eenduidig is tot welk doel een wet dient.² Deze bijdrage gaat over de knelpunten die dit oplevert in de wetgevingspraktijk en erger nog: voor de maatschappij.

Oorzaken van doelversnippering

De voornaamste oorzaak van onduidelijkheid over het doel van de wet ligt bij de interactieve parlementaire geschiedenis, waarin diverse actoren een rol spelen. Het begint met de regering, die een wetsvoorstel aanhangig maakt en in de memorie van toelichting uiteenzet wat de bedoeling is van dit voorstel. Dit kan een heldere, eenduidige beschrijving zijn, maar het kan ook meer in het vage blijven. Op dit laatste kom ik zo meteen terug. Vervolgens gaan in de regel de Tweede Kamerfracties reageren, zowel schriftelijk als mondeling. Deze fracties behoren deels tot het kamp van de regering, deels tot de oppositie. Elk hebben zij op het doel een eigen visie, die wordt opgenomen

* Wim Timmer is coördinerend wetgevingsjurist bij het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Eerder is hij als wetgevingsjurist en adviseur werkzaam geweest bij diverse andere departementen, bij de Directie advisering van de Raad van State en bij de Erasmus Universiteit (Erasmus School of Law). In 2011 is hij gepromoveerd op het onderzoek *Het doel wel gesteld. Een praktijkonderzoek naar de toepassing van doelregelgeving*.

1 P.C. Westerman, 'Evidence-based wetgeving', *RegelMaat* 2023, afl. 2, p. 107-120.

2 En dat terwijl aanwijzing 2.3 van de Aanwijzingen voor de regelgeving verplicht tot een zo concreet en nauwkeurig mogelijke vaststelling van doelen, en dat de verschillende doelen duidelijk worden onderscheiden.

in de parlementaire stukken. Het behoeft dan ook geen verwondering dat een rechter of een onderzoeker, die in een latere fase de bedoeling van de wet tracht te traceren, lang niet altijd daarover eenduidigheid verkrijgt.³

Vaak zien we dat met een beroep op alleen de memorie van toelichting getracht wordt de bedoeling van de wet te doorgronden. Dit is niet terecht. Immers, de memorie is een document van slechts een van de deelwetgevers, namelijk de regering. Het is een tekst die wil overtuigen, erop gericht om de andere deelwetgevers mee te krijgen in het voornemen van de regering. Die andere deelwetgevers zijn fracties in de Tweede en de Eerste Kamer. De wet interpreteren op basis van de memorie van toelichting doet dan ook tekort aan de inbreng van de andere medewetgevende instanties.⁴

De tweede reden voor onduidelijkheid over de doelstelling van wetten ligt in het hanteren van wettelijke containerbegrippen, grote noties met een veelal positieve lading, zodat niemand het ermee oneens kan zijn. Een voorbeeld hiervan is ‘kansengelijkheid’. Het kan binnen de constellatie van de deelwetgevers een politieke strategie zijn om op gemakkelijke wijze overeenstemming te bereiken. De bedoeling of bedoelingen van de wet kunnen daardoor enigszins in de schaduw van de tekst komen te staan. Uiteindelijk wordt de bal daarmee neergelegd bij de normadressaat, die het maar moet uitzoeken. Soms ook is dat een bewuste keuze en dan spreken we bijvoorbeeld van doelregelgeving.

Dergelijke wetgeving bevat vaak een haakje voor lagere regelgeving. In dat geval wordt een grondslag gecreëerd op basis waarvan de regering later bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling nadere normen kan stellen. Soms is een reden voor deze aanpak dat het opstellende ministerie nog niet precies weet hoe de wetbepaling moet worden uitgewerkt. De Afdeling advisering van de Raad van State pleegt van dergelijk uitstelgedrag niet gecharmeerd te zijn.

In de derde plaats kan het zijn dat een wet meerdere doelen kent, die elkaar kunnen versterken of in de wielen rijden. Een voorbeeld is de Wet op het

3 Een prachtige vorm van doelstellingen van de wet op metaniveau is te vinden in: Pauline Westerman, ‘Ruimte door regels’, *Ars Aequi* 2012, afl. 10, p. 720-728. Zij spreekt dan van ‘functie’ en grosso modo onderscheidt zij de vier volgende functies: (1) de heuristische (regels helpen je hoe te handelen), (2) de coördinatie van het menselijk verkeer, (3) het voorspelbaar maken van het handelen van anderen, en (4) standaarden die de mogelijkheid scheppen tot kritiek (‘waarom doet u dit?’) en om zich te rechtvaardigen (‘daarom!’).

4 Het belang van de parlementaire geschiedenis wordt overigens sterk gerelativeerd in: Klaas Meersma, ‘Rechtspraak en parlementaire geschiedenis. Mag het een onsje minder?’, *NJB* 2024, afl. 8, p. 516-523.

primair onderwijs, die, uiteraard, tot doel heeft het geven van goed onderwijs (artikelen 8 t/m 10), maar die ook regelt het melden van huiselijk geweld (artikel 4b), vakantiespreiding (artikel 15), evenredige vertegenwoordiging van vrouwen in leidinggevende posities (artikel 30), verplichte stagebegeleiding voor pabo-studenten (artikel 36) en bevordering van de positie van werkende moeders door het aanbieden van overblijffaciliteiten (artikel 45). Dit is nog maar een kleine greep uit de wettelijke doelstellingen. Het moge bekend zijn dat dit grote aantal doelen de onderwijsgeveden tot waanzin onderscheidenlijk burn-out kan drijven.⁵ Het ene doel kan ook het andere in de weg zitten. Bijvoorbeeld: de tijd die besteed wordt aan het begeleiden van pabo-studenten of aan het organiseren van overblijffaciliteiten, kan niet worden ingezet voor het geven van onderwijs. Daarbij komt dat elk van die doelen maatschappelijk en politiek gesproken goed is te verdedigen, waardoor er sluipenderwijs steeds meer bij komen. Dat leerlingen dan met lezen en rekenen achterop raken, hoeft geen verwondering te wekken.

Wetsvaluatie is lastig

In tal van wetten is de volgende standaardbepaling opgenomen: *Onze Minister zendt binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk.*⁶ In de ambtelijke wandelgangen noemen we dit 'evaluatie'. De eerste toets is altijd of de doelstellingen van de wet zijn gehaald. We hebben hierboven al gezien dat dergelijk onderzoek (soms) wordt bemoeilijkt door de onmogelijkheid om eenduidig de doelstellingen vast te stellen. Dit kan bijvoorbeeld samenhangen met het ontbreken van een deugdelijke beleidstheorie. Zo herinner ik mij dat bij de evaluatie van de Spoorwegwet maar liefst zestien doelstellingen voorwerp van onderzoek waren.⁷ Het werd door alle betrokkenen als lastig ervaren om hieruit een houtsnijdende evaluatie te destilleren.

Daar komt in de evaluatie nog een lastig punt bij. Want als we al de oorspronkelijke doelstellingen hebben gedocumenteerd, kunnen we dan bij het bereiken van die doelstellingen ook spreken van een succesvolle wet? Een politicus zal de vraag bevestigend beantwoorden. Een onderzoeker zal minder snel overtuigd zijn. Immers, wellicht doet het er niet meer toe of de gestelde doelen behaald zijn. De maatschappelijke of politieke context kan na de inwerkingtreding van de wet zodanig gewijzigd zijn, dat, gesteld dat de wet vandaag zou worden opgesteld, andere doelstellingen zouden zijn

5 Zie uitvoeriger hierover mijn eerdere artikel: W.W. Timmer, 'Aanzet tot een wetstechnische evaluatie van de WBO', *School & Wet* 1990, afl. 1, p. 2-5.

6 Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 5.58.

7 *Kamerstukken II* 2005/06, 29984, nr. 53, bijlage Evaluatie Spoorwegwet en Concessiewet.

gekozen. Bij de evaluatie zijn de huidige bewindspersonen en het huidige parlement dan niet meer echt geïnteresseerd in het behalen van de oorspronkelijke doelen.⁸

Verkokerde beleidsdomeinen

Hier wil ik een aanpalend knelpunt aanstippen: de beleidsmatige fragmentering. Om reden van doelmatigheid is het overheidsbeleid gespreid toebedeeld aan de diverse departementen, die op hun eigen terrein elk met goed bedoelde inzet aan de slag gaan. Vroeger spraken we van de veertien wets-families,⁹ maar door de per kabinet wisselende indeling van departementen is dit voorheen bestendige familieleven meer fluïde geworden. Echter, gebleven is dat iedere minister zich optimaal inzet voor haar of zijn beleids-terrein. Ziehier de parallellie met de wettelijke doelstellingen, als hierboven geschetst: die goede bedoelingen kunnen langs elkaar heen werken of ook elkaar in de weg zitten.

Een praktijkvoorbeeld: een vader brengt zijn kinderen dagelijks met de auto naar het speciaal onderwijs. Hij wil deelnemen aan de schuldsanering, maar volgens de regels mag dat niet voor autobezitters. Hij doet zijn auto van de hand om in aanmerking te komen voor deelname aan het schuldsanerings-programma. De kinderen worden vervolgens dagelijks met de (tijd- en geld-verslindende) gemeentelijke vervoervoorziening naar school gebracht. Vader heeft weliswaar zijn schuldsanering, maar kinderen en gemeente gaan er elk op hun eigen wijze op achteruit.¹⁰

Beleidsmatige fragmentering betekent ook dat onderwijsvraagstukken worden aangepakt met onderwijsinstrumentarium, welzijnsproblemen met welzijnsoplossingen, enzovoort. Daardoor kan het grotere plaatje in de knel komen en daarmee ook de doelmatigheid. Want het kan soms nuttiger zijn om onderwijsproblemen met welzijnsoplossingen te lijf te gaan. Daarvan zijn inmiddels goede voorbeelden bekend. Zo kan het volgen van onderwijs bij tijd en wijle worden bevorderd door zorg in het klaslokaal te verstrekken.

8 Ook kan het zijn dat andere doelen zijn bereikt, die uiteindelijk belangrijker zijn dan de doelstellingen ten tijde van de opstelling van de wet, en die mogelijk zelfs op een ander beleidsterrein liggen dan dat van de wet.

9 S.O. van Poelje & p. van Dijke, *De 14 wetsfamilies*, 's-Gravenhage: VNG 1977.

10 Het leerlingenvervoer door gemeenten is voor het funderend onderwijs een hoofdpijndosier. Zie als een van de vele voorbeelden de vragen van de Tweede Kamerleden Minhas en Bevers aan de minister voor Langdurige Zorg en Sport en de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat over het bericht 'Weer problemen met leerlingenvervoer in Schiedam: bussen komen soms wel twee uur te laat', (Ingezonden 22 september 2023, Kenmerk 2023Z15756).

Maar het blijft lastig, met gescheiden bureaucratische structuren en verschillende vormen van bekostiging, om dit samen te brengen.

Het woningtekort bijvoorbeeld laat zien hoe lastig de kwestie van verkokerde werkvelden is. De minister voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening trekt aan de hem beschikbare touwtjes om het tekort weg te werken, bijvoorbeeld door bevordering van nieuwbouw en door ruimtelijke planning. Maar er zijn ook andere, buiten de volkshuisvesting gelegen en wellicht minder kostbare oplossingen voor het woningtekort. Tal van personen met een bijstandsuitkering of ouderen met AOW zouden willen huwen of samenwonen. Maar dat doen zij niet, omdat zij er dan financieel op achteruit gaan. Twee mensen op hetzelfde adres ontvangen samen minder uitkering dan twee alleenstaanden. Deze personen houden dus hun twee woningen aan, terwijl één woning ook zou volstaan. Hier zou dan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met een oplossing kunnen komen om zodoende een groot aantal woningen vrij te spelen. Bij mijn weten zijn dergelijke domeinoverschrijdende inspanningen schaars.¹¹

Zendergericht in plaats van ontvangergericht

Beide knelpunten, namelijk doelstellingen en beleidsverkokering, komen voort uit de aanpak van de wetgever, die zendergericht is in plaats van ontvangergericht. Regelgeving wordt opgesteld met de focus van het gespecialiseerde departement als uitgangspunt. In de praktijk van de wetgeving is de *normadressant* leidend en niet de *normadressaat*. Dit betekent dat zowel het doel van de wet als haar werking suboptimaal zijn, want de focus van de geadresseerde sluit per definitie niet aan op die van de wetgever. De normadressaat leeft namelijk tegelijkertijd in meer dan één beleidsmatige context: zij is moeder, weggebruiker, werknemer, consument, huurder, en moet al die verschillende rollen en regels maar met elkaar in overeenstemming zien te brengen. De afzonderlijke, niet-integrale focussen van al die afzonderlijke wetgevende departementen zal de normadressaat niet geheel ten volle kunnen (en willen!) naleven.

Wie dus wil onderzoeken hoe wetgeving écht werkt, moet deze door de bril van de normadressaat bekijken.¹² Dat wil zeggen dat rekening wordt

11 Een voorbeeld is de al eerder genoemde vakantiespreiding in onderwijswetgeving. Deze dient een economisch doel, te weten het belang van de horeca en van de op toerisme gerichte activiteiten.

12 Interessant is dat ook wij, wetgevingsjuristen, normadressaten zijn. Echter, voor ons werk zetten we onze wetgevingspet op en sluiten daarmee dergelijke persoonlijke ervaringen uit. Dat is eigenlijk zonde!

gehouden met alle aspecten die voor de nalever met de norm samenhangen. Pauline Westerman schrijft hierover in haar artikel:¹³

‘Alleen alomvattende kennis van de context waarbinnen het antirookbeleid wordt uitgevoerd, zou enig soelaas kunnen bieden en dat omvat dan niet alleen kennis over het vertrouwen van de burger in de overheid, maar ook kennis van de heersende percepties, gewoonten en normen bij de grote diversiteit aan doelgroepen die moeten worden bereikt, want die bepalen uiteindelijk het succes van dergelijk beleid.’

In mijn eigen casusonderzoeken¹⁴ was de vraag: kan de geadresseerde met de onderzochte normen uit de voeten, en welke belemmeringen ervaart hij hierbij? Ik heb daarbij getracht het complete juridische krachtenveld te schetsen waarin de normadressaat moet opereren.¹⁵ Op basis van al die op haar of hem inwerkende krachten maakt zij of hij – al dan niet bewust – de keuze hoe de norm na te leven. Een voorbeeld van zo’n casusonderzoek: een binnenvaartschipper, die moet voldoen aan de Wet vervoer gevaarlijke stoffen,¹⁶ heeft tegelijkertijd te maken met de volgende voorschriften: de artikelen 8:1033 en 8:1034 van het Burgerlijk Wetboek, het Uitvoeringsbesluit aansprakelijkheid gevaarlijke stoffen en milieuverontreiniging, het Besluit risico’s zware ongevallen 1999, de Regeling risico’s zware ongevallen 1999, de Arbeidsomstandighedenwet, de Havenverordeningen Rotterdam en het Havenreglement gevaarlijke stoffen (Rotterdam).¹⁷ Hoe meer concurrerende normen op een situatie van toepassing zijn, hoe minder waarschijnlijk het is dat elk van die normen compleet en naar de oorspronkelijke bedoeling wordt nageleefd.¹⁸ Niettemin hebben wetgevingsjuristen ze met de beste bedoelingen opgesteld, met het oogmerk handelingen op hun beleidsterrein zo veilig mogelijk te laten verlopen. Of dat op het niveau van de geadresseerde binnenvaartschipper ook zo uitpakt, is nog maar de vraag.

13 ‘Normadressant’ en ‘normadressaat’: degene die de norm stelt respectievelijk degene tot wie de norm is gericht.

14 Wim Timmer, *Het doel wel gesteld. Een praktijkonderzoek naar de toepassing van doelreggeving* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

15 Dat is een smallere uitsnede dan waarop Pauline Westerman in het bovenstaande citaat doelt.

16 Beleidsdomein van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat.

17 Betrokken beleidsterreinen: justitie, milieu, binnenlandse zaken, sociale zaken alsook gemeente Rotterdam.

18 Laat staan als normen elkaar, zoals eerder beschreven, (onbedoeld) kruisen.

Een oplossing in zicht?

Nee, een oplossing is er nog niet, ook al omdat de versnipperde doelstellingen en beleidsverkokering zelden als een probleem worden erkend. Ons wetgevingsproces met zijn diverse deelwetgevers blijft principieel incrementeel, waarbij elk van de deelwetgevers achtereenvolgens zijn zegje mag doen. Daarnaast is de deelwetgever ‘regering’ opgedeeld over diverse beleidsdomeinen. De beide knelpunten bestaan naast elkaar en versterken elkaar bovendien.

Mag ik tot slot een poging doen voor een nieuwe aanwijzing voor de regelgeving?¹⁹

Aanwijzing 2.6a. Naleefbaarheid²⁰

Onderzocht wordt in welke mate de beoogde normadressaten bij de naleving van de regeling belemmerd worden door andere regelgeving die tegelijkertijd op hen van toepassing is.

19 Opmerkelijk is dat in de Aanwijzingen voor de regelgeving (143 bladzijden in de Staatscourant) de woorden ‘geadresseerde’, ‘justitiabele’ en ‘normadressaat’ slechts één, twee respectievelijk drie keer voorkomen.

20 Verder opmerkelijk: er is al wel een aanwijzing voor handhaafbaarheid (aanwijzing 2.7), maar het begrip ‘naleefbaarheid’ komt in de Aanwijzingen niet voor. Ook dit zegt iets over de focus van de wetgever.

De wetenschapstoets

*Tineke Witberg**

Inleiding

Aanleiding

In het artikel ‘Evidence-based wetgeving’ schrijft Pauline Westerman¹ over de pogingen om de stem van de wetenschap luider te laten klinken om de kwaliteit van wetgeving te vergroten. Hierbij heeft ze de zogenaamde ‘wetenschapstoets’ geanalyseerd en bekeken of dit een goed middel is om de binnen de wetenschap aanwezige kennis en feitelijkheden bij de vormgeving van wetgeving te betrekken. Westerman is duidelijk geen voorstander van deze ‘wetenschapstoets’ en mijns inziens geheel terecht. Hierna volgen de achtergronden van de wetenschapstoets, de inbedding van de wetenschap in beleid en wetgeving, een oordeel over de wetenschapstoets en ten slotte de rol van de wetenschap in het politieke denken.

Achtergronden van de wetenschapstoets

De Comptabiliteitswet 2016 (hierna: Cw) richt zich op de financiële effecten van beleid² en daarmee op de doelmatige en doeltreffende besteding van publieke gelden. Op grond van de Cw moeten beleidsvoorstellen worden voorzien van een toelichting bij de doelen van hun beleid, de instrumenten die ze daartoe inzetten en het financieel belang dat ermee is gemoeid. Daarbij dient met het oog op dat doel onder andere te worden gekeken naar de doeltreffendheid en doelmatigheid van een voorgestelde regeling.³

* Tineke Witberg heeft van 1979 tot 2003 gewerkt als wetgevings- en overheidsjurist bij het Ministerie van Economische Zaken en daaronder ressorterende uitvoerings- en toezichtinstanties. Van 2003 tot 2020 heeft zij als programmamanager gewerkt bij de Academies voor Wetgeving en Overheidsjuristen.

1 P.C. Westerman, ‘Evidence-based wetgeving’, *RegelMaat* 2023, afl. 2, p. 107-120.

2 De hoofddoelen van de Cw 2016 zijn: (a) bijdragen aan het parlementaire budgetrecht, (b) de financiën van beleids- en bedrijfsvoering van het Rijk te sturen en beheersen, en (c) het governancestelsel voor de Rijksfinanciën in te richten, inclusief de taken en bevoegdheden van de Algemene Rekenkamer.

3 Artikel 3.1 Cw luidt: ‘Voorstellen, voornemens en toezeggingen bevatten een toelichting waarin wordt ingegaan op: a. de doelstellingen, de doeltreffendheid en de doelmatigheid die worden nagestreefd; b. de beleidsinstrumenten die worden ingezet; c. de financiële gevolgen voor het Rijk en, waar mogelijk, de financiële gevolgen voor maatschappelijke sectoren.’

Met name vanaf het Regeerakkoord van Rutte III is er steeds meer belangstelling voor deze aspecten. In het kader van de kabinetsoperatie 'Inzicht in kwaliteit' zijn diverse initiatieven in gang gezet om te komen tot een betere onderbouwing van beleid vooraf, monitoring, bijsturing, tussentijdse evaluatie gedurende de uitvoering van beleid en een goede evaluatie achteraf. Hoewel het project 'Inzicht in kwaliteit' heet, wordt er met geen woord gerept over de verbetering van de kwaliteit. Het doel van de hele exercitie was om de maatschappelijke toegevoegde waarde van publiek geld te vergroten door meer inzicht in de impact van beleid te krijgen en om dat inzicht te gebruiken om te komen tot een verbetering in de vormgeving ervan.

Bij de bespreking van de tweede voortgangsrapportage Inzicht in kwaliteit,⁴ heeft de Tweede Kamer⁵ de – voor de Cw verantwoordelijke – minister van Financiën gevraagd zorg te dragen voor een betere vindbaarheid van de elementen uit artikel 3.1 van de Cw.⁶ De elementen moesten op vergelijkbare manier worden opgenomen in herkenbare koppen in de memorie van toelichting. Een dergelijk format moest leiden tot een betere procedurele naleving van het desbetreffende artikel 3.1. Daartoe is een rijksbrede pilot⁷ ontwikkeld, waarbij tot eind 2020 wetsvoorstellen met een impact van meer dan 20 miljoen euro worden onderworpen aan dat format. Het doel van deze pilot-werkwijze was om de dialoog tussen beide Kamers en het kabinet over de onderbouwing en evaluatie van beleidsvoorstellen beter te faciliteren. Maar in 2021 constateerde de Algemene Rekenkamer,⁸ dat deze toetsing met betrekking tot de doeltreffendheid en doelmatigheid onvoldoende effect sorteerde en dat een wetenschappelijke inbreng ontbrak of onvoldoende kenbaar werd gemaakt. Daarom werd een methode ontwikkeld die het mogelijk maakt om wetenschappers mee te laten kijken met wets- en beleidsvoorstellen. Per wetsvoorstel worden twee wetenschappers aangezocht, beiden afkomstig van verschillende universiteiten en bekend met het desbetreffende onderwerp.⁹

4 Op basis van het onderzoeksrapport van de rapporteurs Sneller en Snels: *Onderbouwing van beleid. Het belang van artikel 3.1 van de Comptabiliteitswet 2016 om de regering te controleren* van 3 september 2019, officiële bekendmakingen.nl/blg-900215.pdf.

5 Op initiatief van de rapporteurs van de operatie 'Inzicht in kwaliteit', de Kamerleden Joost Sneller (D66), Bart Snels (GroenLinks), en VSNU-voorzitter Pieter Duisenberg.

6 *Kamerstukken II* 2019/20, 31 865, nr. 176.

7 Pilot van Parlement en Wetenschap/VSNU en de Tweede Kamer, Verantwoording 2020.

8 In zijn rapport 'Inzicht in kwaliteit'.

9 Zoals Kamerlid Snels verwoordde: 'Wij zijn blij dat de Vereniging van Universiteiten ons heeft geholpen om de verbinding met de wetenschap te leggen om dit doel – betere onderbouwing – dichterbij te brengen. Wij hopen dat Kamercommissies hier hun voordeel mee zullen doen. Nu is het aan ons, de Kamer om ermee aan de slag te gaan.' En Pieter Duisenberg merkte op: 'We zien allemaal dat wetenschap een belangrijke ondersteuning

Uiteindelijk is een standaardformulier ontwikkeld waarin de geselecteerde wetenschappers de verbeteruggesties invullen. De hoofdvraag aan de wetenschappers is of de door het kabinet gemaakte keuzes logisch zijn en of het de beste keuzes zijn, gegeven de stand van de wetenschap.

Inbedding van de wetenschap in beleid en wetgeving

Beleidsontwikkeling

Het bijzondere van de wetenschapstoets is dat zij in de laatste fase van het wetgevingsproces plaatsvindt, namelijk wanneer het voorstel al bij de Tweede Kamer is ingediend. In de daaraan voorafgaande fasen zijn de wetenschappelijke aspecten al meegewogen en dat begint al bij de beleidsontwikkeling.

Zodra beleidsambtenaren aan de slag gaan met een maatschappelijke opgave, herziening van bestaand beleid of een nieuw beleidsdossier, dienen zij te starten met het Beleidskompas. Daarin is alles te vinden wat nodig is voor een goede beleidsvoorbereiding. Bij elke stap in het beleidsproces wordt bekeken welke actoren bij het proces moeten worden betrokken en wordt het belang onderstreept van het zo goed mogelijk gebruik maken van relevante kennis. Juist om de goede keuzes te kunnen maken is het kennen van het probleem, het doel, de doelgroep, de gewenste gedragsverandering en de mogelijke sturings- en handavingsinstrumenten van groot belang.

Zowel bij het bepalen van het probleem, het doel, de opties en de gevolgen van die opties moet de relevante kennis worden meegenomen en ingezet. In het Beleidskompas wordt dat kennisgedreven of ‘evidende-informed’ beleid genoemd.¹⁰ De hoofdvraag hierbij is hoe de kennis optimaal kan worden gebruikt bij het maken van beleid.

Bronnen van kennis

De benodigde kennis kan op velerlei manieren worden verkregen. Uiteraard is op het betrokken departement zelf al veel kennis aanwezig, zowel bij de mensen die het desbetreffende veld en de betrokken sectoren goed kennen, als bij kennisdirecties en onderzoekscoördinatoren. Maar veel kennis is beschikbaar bij uitvoerings- en handavingsinstanties op het desbetreffende beleidsterrein (zoals de Inspectie Leefomgeving en Transport, de Onderwijsinspectie, het Staatstoezicht op de Mijnen, de ACM, de AFM, DUO en de Belastingdienst), bij kennisinstituten (zoals het CBS, het RIVM en het WODC), bij planbureaus (zoals het CPB en het SCP) en bij adviesinstanties (zoals de WRR, de Onderwijsraad en de AIVD). Eveneens is er

kan bieden aan beleid en politiek. Met deze toets op wetsvoorstellen geven we daar concreet handen en voeten aan.’

10 Zie www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/beleidskompas/kennisgedreven-beleid-maken.

kennis beschikbaar op grond van interne en externe rapporten en speciaal uitgevoerde onderzoeken en evaluaties. Ook wordt kennis gehaald uit relevante vakliteratuur en algemene wetenschappelijke literatuur. Ten aanzien van vele, zo niet alle onderwerpen zijn al werkrelaties met wetenschappers uit het desbetreffende vakgebied en zijn er verenigingen waarin deskundigen uit alle geledingen kennis met elkaar uitwisselen.

Daarnaast zijn veel ambtenaren naast hun werk ook werkzaam in de wetenschap. Zij doen wetenschappelijk onderzoek ten behoeve van een promotie of zijn werkzaam als (deeltijd) universitair (hoofd)docent of als (bijzonder of deeltijd-)hoogleraar.

Met behulp van de, voor het beleids'probleem', verzamelde relevante kennis worden de verschillende mogelijke opties of oplossingen nagelopen en onderbouwd. De relevante onderzoeken en analyses liggen ten grondslag aan de nota's die worden voorgelegd aan de betrokken bewindslieden. Daarmee wordt transparant wat de relevante feiten (ook de feiten die mogelijk soms niet goed uitkomen), risico's, alternatieven, argumenten pro en contra, en afwegingen waren, die door bewindspersonen zijn gehanteerd, aldus de Beleidslijn 2022.¹¹ Ook vormen zij vaak de basis van de toelichtingen bij de regelgeving en van de informatie aan het parlement.

Gedragbeïnvloeding

Niet alleen wordt het eindproduct gebaseerd op de in alle geledingen aanwezige kennis en knowhow, maar er wordt ook gekeken naar gedrag en de mogelijkheden van gedragsverandering. Vragen die aan de orde komen, zijn: wat is de oorzaak van het huidige (onwenselijke) gedrag, op welke manier kan dat worden gewijzigd en wat is daarvoor nodig?¹²

Binnen het Rijk zijn diverse instrumenten/tools ontwikkeld, die kunnen helpen bij het ontwikkelen van interventies waardoor mensen hun gedrag gaan veranderen.¹³ Voor de interventies die zijn gericht op bedrijven, zijn er speciale tools ontwikkeld, omdat binnen bedrijven niet alleen menselijk gedrag relevant is, maar ook de organisatie- en beslisstructuur een rol spelen bij de wijze waarop bedrijven zich gedragen. Een voorbeeld hiervan is te zien

11 Beleidslijn 2022, p. 2 en 5.

12 Om de toepassing van kennis over het gedrag te faciliteren is er in 2014 een samenwerkingsverband opgericht, het Behavioural Insights Netwerk (BIN NL), waarin alle ministeries en rijksdiensten zijn verenigd om kennis en ervaring te delen. BIN NL speelt ook een ondersteunende rol bij de toepassing van gedragsinzichten in beleid, uitvoering, toezicht en communicatie. Door de toepassing van die inzichten kan de overheid effectiever optreden en beter aansluiten op de behoeften en gedragingen van burgers en bedrijven.

13 Zie <https://binnl.nl/kennisbank/tools/default.aspx>.

bij het vormgeven van het handhavingsinstrumentarium. Een boete is voor een bedrijf minder reden om zich aan de regels te houden, dan naming en shaming. De sancties die het beste werken, zijn stilleggen van het bedrijf of het strafrechtelijk optreden tegen de directieleden. Deze sancties hebben een grote impact en worden daarom, hoewel wel mogelijk,¹⁴ zelden toegepast.

De volgende instrumenten voor gedragsinterventies zijn ontwikkeld:

- voor beleidsontwikkeling en -uitvoering: het Behaviour Change Wheel, DOE-MEE en de Tool Gedragsverandering bij bedrijven;
- voor communicatie: het Communicatie Activatie Strategie Instrument (CASI);
- voor handhaving en toezicht: het InterventieKompas¹⁵ en de Interventie-toolbox.¹⁶

Door het gebruiken van gedragsanalyses is er beter zicht op de oorzaken van een concreet gedragsprobleem en de doenlijkheid van gedrag.

De door Westerman noodzakelijk geachte inbreng van de kennis over de te bereiken doelen, de wijze waarop normen worden gepercipieerd en hun werking krijgen in het maatschappelijke veld, kan en wordt in vele gevallen al in het beleidsproces geïncorporeerd. Al vanaf de jaren zeventig kwamen andere academici dan juristen de departementen bevolken, in het bijzonder economen en accountants, bestuurskundigen, bedrijfskundigen en beleidskundigen.¹⁷ Dat beïnvloedde de departementale kijk op problemen, de definiëring en de oplossing ervan. Intussen kunnen de meeste beleidsposities worden bezet door mensen met uiteenlopende studieachtergronden van sinologie en filosofie tot planologie en sterrenkunde.

Wetgeving

Als het proces goed wordt gevolgd, zijn de wetgevingsjuristen meegenomen in het beleidsproces. De kennis van het ontwerpen van regelgeving, de procedures, de juridische (on)mogelijkheden en de mogelijke vormen, die aanwezig is bij de juristen, die de regelgeving uiteindelijk ontwerpen, wordt ingezet bij het vormgeven van het uiteindelijk aan de politiek voor te leggen

14 Zie Titel IV, Wet op de economische delicten, laatst gewijzigd op 17 april 2014, *Stb.* 2024, 95.

15 Het InterventieKompas beschikt over een doelgroepverdelers waarmee mensen en bedrijven in zeven typen nalevers en overtreders kunnen worden ingedeeld.

16 De Interventietoolbox, die zich specifiek richt op bedrijven waar de Nederlandse Arbeidsinspectie toezicht houdt, beschikt eveneens over een doelgroepverdelers, waarmee mensen en bedrijven in acht typen nalevers en overtreders kunnen worden ingedeeld.

17 Gert-Jan Veerman, *Belle en Het Beest – over wetgeving en beleid*, www.rechtenoverheid.nl/files/2013-09.

voorstel. Zo wordt bijvoorbeeld de keuze van de wijze van handhaving en sancties bepaald aan de hand van de daarvoor ontwikkelde systematiek, die tot stand is gekomen met de inbreng van vele deskundigen/juristen uit alle geledingen (ambtenaren, wetenschap, rechterlijke macht en advocatuur). Al de hierboven bedoelde, door de beleidsonderdelen vergaarde, kennis over (wetenschappelijke) achtergronden, de doelgroepen en gedragsbeïnvloeding wordt samen met de kennis en vaardigheden van de wetgevingsjuristen en de andere betrokkenen uiteindelijk meegenomen c.q. neergelegd in nota's en brieven aan de Eerste en Tweede Kamer en, zo nodig, in voorstellen voor wet- en regelgeving. De beide Kamers kunnen eveneens kennis nemen van deze achtergronden en rapporten. Indien de achtergronden en rapporten onvoldoende zijn gedeeld of onduidelijk zijn, kunnen de Kamerleden de betrokken bewindspersoon daarop bevragen.

Beoordeling van de wetenschapstoets

De wetenschapstoets wordt in gezamenlijkheid uitgevoerd door twee wetenschappers van verschillende universiteiten en met verschillende onderzoeksdisciplines, die geen bemoeienis hadden met de totstandkoming van het te beoordelen beleidsvoorstel. De wetenschappers presenteren hun bevindingen aan de betreffende Kamercommissie, meestal in de vorm van een technische briefing.¹⁸ De wetenschappers leggen hun oordeel vast aan de hand van een standaard- of modelformulier. Als we de technische briefing bekijken, valt op dat de wetenschapstoets niet wordt gebaseerd op onweerlegbare feiten en wetenschappelijk onderzoek, maar op inzichten en inschattingen en 'eigen deskundigheid'. Dit blijkt ook uit het veelvuldig gebruik van woorden als: 'wij zijn bang dat', 'wij vinden' of 'wij denken dat'. Dat wil niet zeggen dat de kennisname hiervan geen nieuwe inzichten zou kunnen meebrengen of dat een onderbouwing daardoor niet sterker zou kunnen zijn, maar wel dat er verschillende accenten en 'meningen' zijn over de vraag of de doelstelling zal worden gehaald of dat het voorgestelde instrumentarium een doelmatige manier is om de beoogde prestaties en effecten te bereiken. De inbreng van alle wetenschappers/deskundigen op het desbetreffende gebied die wél op enige manier betrokken zijn geweest bij de voorbereiding, komen niet alleen niet in aanmerking om de wetenschapstoets uit te voeren, maar hun oordeel en ingebrachte kennis komen niet anders dan in toelichtingen en achterliggende stukken bij de Kamerleden terecht. Zij zijn als het ware onzichtbaar geworden, omdat de minister uiteindelijk de verantwoording draagt voor de keuzes en de stukken die aan de Kamer worden gestuurd. In ieder geval wordt hun deskundigheid niet door de Kamer herkend en erkend.

18 Zie <https://parlementenwetenschap.nl/instrumentarium/wetenschapstoets-van-voorgenoemen-beleid/>.

Een ander probleem is dat er vaak al zoveel deskundigen of hun onderzoeken bij het voorstel zijn betrokken geweest, dat het maar de vraag is of de aangewezenen voor de wetenschapstoets over meer deskundigheid beschikken. In een aantal gevallen is daarover twijfel mogelijk. Daarbij blijkt uit de lijst van wetenschappers die gevraagd zijn voor de toets, dat niet alle wetenschappers onafhankelijk zijn in hun beoordeling. Zo is er ten minste één wetenschapper die banden heeft met een doelgroep en heeft minstens één andere wetenschapper een nevenbetrekking op hetzelfde terrein als waarover het te beoordelen voorstel gaat. In hoeverre dit hun oordeel mede bepaalt, is niet te zeggen.

De wetgevingstoets lijkt daarbij meer een gemakkelijke manier voor de vaste Kamercommissies om in één uur (de tijd die voor de behandeling van de wetenschapstoets wordt uitgetrokken) kennis te nemen van de aspecten van het voorstel, waarover de betrokken bewindspersoon in de Kamerbehandeling kan worden bevraagd.¹⁹ Ook kan door de wetenschapstoets en de bevindingen van de rapporteurs de inhoud van het voorstel in korte tijd eigen worden gemaakt. Dit sluit aan bij de bevindingen van de Algemene Rekenkamer, die bij de eerdere pilots al constateerde dat Kamerleden in de verdeling van hun schaarse lees- en spreektijd niet primair gericht zijn op doeltreffendheid en doelmatigheid. Meerdere Kamerleden en ondersteuners geven bijvoorbeeld aan dat men brieven vooral scant op de aanwezigheid van de eigen politieke speerpunten. Alle toegestuurde stukken integraal en aandachtig kunnen lezen is toch vaak een privilege voor leden van grotere fracties, die een meer behapbaar aantal portefeuilles hebben. Ook in het debat heeft beleidskwaliteit volgens respondenten niet de prioriteit: ideologie en belangen vormen de eerste overweging, doelmatigheid en doeltreffendheid de tweede. Sneller lijkt ook met zoveel woorden aan te geven dat de wetenschapstoets, net als de rapporteurschappen, een nieuw instrument van en voor de Kamer is. Hij stelt voor dat de Kamer aan één of meer wetenschappers vraagt om het (wets)voorstel van het kabinet grondig door te nemen en op een kernachtige manier hierop te reflecteren met behulp van een formulier. Wat hij bedoelt met de opmerking 'De toets dwingt je als Kamerlid ook om eerder in het proces van beleid of wetgeving na te denken over welke informatie je nog nodig hebt',²⁰ is geheel onduidelijk, aangezien de wetenschapstoets pas aan de orde is als het beleidsproces is afgerond en is neergelegd in een wetsvoorstel. De wetenschapstoets lijkt dus meer een toets te zijn

19 Idem: 'Idealiter hoeft een Kamerlid (of een andere lezer) alleen dit formulier te lezen om een scherp beeld te krijgen van de inhoud van het betreffende wets- of beleidsvoorstel en de kwaliteit van de onderbouwing. De hulpvragen moeten dus niet met alleen een ja of nee beantwoord worden.'

20 Zie tweedekamer.nl/nieuws/kamernieuws/kamer-zet-wetenschap-en-rapporteurs-om-kennis-te-vergroten.

die de Kamerleden werk bespaart bij het voorbereiden van de behandeling van het desbetreffende regeringsvoorstel, dan een onafhankelijke toets ten behoeve van een doelmatige verstrekking van overheidsmiddelen.

De rol van de wetenschap in het politieke denken

De rol van de wetenschap bij het vormen van beleid en de vormgeving van wet- en regelgeving moet niet worden overschat. Het is ten slotte altijd de politiek die uiteindelijk bepaalt welke wetgeving tot stand moet worden gebracht. Politici en hun achterbannen hebben hun eigen wensen om in te grijpen in het maatschappelijke verkeer. Het belangrijkste moment om de eigen wensen van een partij op de kaart te zetten is bij het vormen van een Regeerakkoord, Akkoord op hoofdlijnen of welke naam er ook wordt gegeven aan de wensenlijsten. In die fase is het voor elke partij belangrijk om aan haar achterban te laten zien dat zij belangrijke punten uit haar verkiezingsprogramma op het programma voor het kabinet heeft kunnen krijgen. Hoe die wensen precies moeten worden gerealiseerd, is een zorg van de desbetreffende bewindspersoon en daarmee van de betrokken ambtenaren.

Naast de politieke wensen, al dan niet neergelegd in Regeer- of Hoofdlijnenakkoorden, zijn de voornaamste bronnen van wetgeving: Europese richtlijnen en verordeningen, al dan niet acute verstoringen in de samenlevingen (zoals de coronapandemie), verdragen en rechterlijke uitspraken. Het besluit tot het maken van wetgeving is altijd politiek. Ook als de wetgever door EU-regelgeving verplicht wordt tot het verankeren van regelgeving in de nationale wetgeving, is er alsnog een politiek besluit vereist om wetgeving te concipiëren, en daarnaast een politiek besluit (door het parlement) om wetgeving te realiseren. De wetgevingsjuristen zijn in die zin de uitvoerders van beleid. Zij zetten beleid om in wetgeving voor zover de politiek, in casu de beleidsverantwoordelijke bewindspersoon, daartoe heeft besloten. Voor het politieke besluit tot wetgeving is de uiteindelijke vorm van het wetsvoorstel minder van belang. Het maakt meestal niet uit hoe het politieke doel in wetgeving wordt neergelegd, als de wet maar tijdig tot stand kan komen en het liefst met zo min mogelijk discussie in het parlement.²¹

Er kunnen nog zoveel wetenschappelijke rapporten worden geschreven, die allemaal tot dezelfde conclusie komen, of het nu gaat om de klimaatveranderingen of over de stikstofuitstoot door de veehouderij of over dwingende

21 Zoals Veerman het zo mooi heeft verwoord in zijn artikel *Belle en Het Beest – over wetgeving en beleid*, www.rechtenoverheid.nl/files/2013-09: 'politici zijn niet zo geïnteresseerd in de kwaliteit van wetgeving, maar in het in de wet besloten liggende beleid' (p. 13) en 'In de strijd tussen of de afweging tussen de diverse rationaliteiten wint, o paradox, in ons rechtstelsel de politieke rationaliteit' (p. 18).

verdragsverplichtingen, als een politieke partij iets anders in het verkiezingsprogramma heeft staan, heeft deze geen boodschap aan de wetenschap, maar ook niet aan grondrechten, verdragen of rechtsbeginselen. Bij de net afgeronde formatieonderhandelingen is te zien dat de maximale creativiteit zal moeten worden gebruikt om het onhaalbare om te zetten in het haalbare.²² Ondanks alle waarschuwingen kan een onhaalbaar wetsvoorstel worden ingediend en aangenomen. En het is aan de ambtenaren/juristen om hiervoor te blijven waarschuwen. Met de zin uit het Hoofdlijnenakkoord: ‘Wet- en regelgeving worden aan de voorkant scherper juridisch getoetst om rechtszaken achteraf te voorkomen’²³ in het achterhoofd, houd ik mijn hart vast. Wetenschapstoets of niet.

22 Caroline van der Plas, 16 april 2024: ‘Ik denk dat er wel heel veel mogelijk is. Wij hebben in ons verkiezingsprogramma staan dat we een herijking van het vluchtelingenverdrag willen. Wetten en verdragen zijn niet in beton gegoten.’

23 Zie www.kabinetsformatie2023.nl/documenten/publicaties/2024/05/16/hoofdlijnenakkoord-tussen-de-fracties-van-pvv-vvd-nsc-en-bbb, p.10.

