

ARTIKELEN

Evidence-based wetgeving

P.C. Westerman

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 onderzoeksvorstel 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 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 de-

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.

P.C. Westerman

mocratisch 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

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.

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://parlementenwetenschap.nl/instrumentarium/wetenschapstoets-van-voorgenomen-beleid>.

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 nevendoelestellingen 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 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?

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.

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

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 veehouders 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 anti-rookbeleid. 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 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 anti-rookbeleid 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 rechtssociologisch 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

9 Inzake ‘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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 mededingingsregels en het voorstel ontwerpt een lijst voorwaarden waaraan 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 begreemd 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 van-

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

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

uit 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 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. Aangaande die

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

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

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 gefalsifieerd 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 gedictieerd 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 statusoekenning 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 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

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

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 normadresaat 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.

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 – verande-

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

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.

P.C. Westerman

ren. 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 schrill 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.

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

21 Het advies van de RvS alsmede het nader rapport biedt een mooi inzichtje 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.

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

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 nevendoele 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 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 aangereikt 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 dis-

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

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.

cours 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 hiërarchter 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 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.

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.

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 hoeft 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 heraccreditatie 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 geplaatst 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.

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.

Deze constatering geeft tegelijk een antwoord op de vraag hoe wetenschap dan wél een zinnige rol kan spelen in het wetgevingsproces. Want dat die 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.