



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Politiek bewuste rechtswetenschap

Schuyt, P.M.; Lochem, P.J.P.M. van

Citation

Schuyt, P. M. (2024). Politiek bewuste rechtswetenschap. In P. J. P. M. van Lochem (Ed.), *Een verbaasde rechtsfilosoof tussen nijvere juristen* (pp. 191-196). Den Haag: Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4177535>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4177535>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

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 veeleenvoudingen 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 820

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>	

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 straftoemeting*, 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 bezien 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.