

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