

## **Inhoudsopgave**

### **Hoofdstuk I**

#### **Inleiding**

I.1	Het onderwerp van deze studie	1
I.2	Methodologische kwesties	3
	a. De begrippen wetgeving, recht, regel, theorie	3
	b. Het werkkerrein van de wetgevingswetenschap	8
	c. Over de bronnen	12
I.3	De structuur van dit boek	15
	a. Inleidende opmerkingen	15
	b. De vragen	19
	c. De indeling van dit boek	19

### **Hoofdstuk II**

#### **Legitimiteit en wetgeving**

II.1	Over legitimiteit	23
II.2	Over enkele bronnen van legitimiteit	26
	a. God of goden	26
	b. Een overkoepelend idee	29
	c. De mens zelf	30
II.3	Aanvullende notities	31

### **Hoofdstuk III**

#### **Transcendente bronnen van recht en wet**

III.1	Enkele transcendent gedachte bronnen	
	a. De Thora	35
	b. De Koran	37
	c. De Codex van Hammurabi (1750 v.C.)	39
	d. De Veda	40
III.2	Eeuwig geldende regels en veranderende omstandigheden	41
III.3	Het Natuurrecht als bron of maatstaf van wetgeving	45
	a. Plato, Aristoteles en Cicero	45
	b. De Christelijke God en de rede	52
III.4	Contracttheorieën	63
III.5	Discussie	71

### **Hoofdstuk IV**

#### **Immanente objectieve bronnen van recht en wet**

IV.1	De menselijke natuur	77
IV.2	Fysieke, sociale en nationale elementen	88
	a. Montesquieu - Fysieke omstandigheden	88
	b. De Toqueville - De sociale structuur	92
	c. Von Savigny - De volksgeest	95
	d. Dicey - De geest in de natie	97
IV.3	Psychologische elementen	98
	a. Durkheim en Duguit - Het volksbewustzijn	98
	b. Kranenburg - Het rechtsbewustzijn	101
IV.4	Historische omstandigheden	104
IV.5	Over codificaties	108
IV.6	Discussie	115

**Hoofdstuk V****Contingente bronnen van recht en wet**

V.1	Inleiding	117
V.2	Positivisten avant la lettre	118
V.3	Moderne rechtspositivistische theorieën	126
	a. Inleiding	126
	b. Kelsen, Hart, Raz en Black	127
	c. Discussie	133
V.4	Instrumentele theorieën	134
	a. Doel - gerichte theorieën	135
	b. Economische theorieën over wetgeving	143
	c. Belangentheorieën	148
	d. Intermezzo - Over het wetgevingsproces	150
	e. Wetgeving als juridisch voertuig van beleid	154
V.5	Functies en motieven van wetgeving	156
V.6	Kritiek op instrumentele theorieën	159
V.7	Discussie	164
	a. Over het rechtspositivisme - aanvullende opmerkingen	164
	b. Over instrumentele theorieën en de kritiek erop	165

**Hoofdstuk VI****Enkele elementen van wetgeving**

VI.1	Inleiding	171
VI.2	Een formeel en materieel wetsbegrip	172
VI.3	Wetgeving, rechtsstaat en de ' <i>rule of law</i> '	174
VI.4	Een 'crisis' in de wereld van wetgeving	177
	a. De 'crisis'	177
	b. Een oplossing voor de beweerde kwalen?	179
VI.5	Wetgevingsbeleid	181
	a. Op een algemeen niveau	181
	b. Kwantitatief beleid- de kwestie van 'legisferitis'	183
	c. Technisch wetgevingsbeleid	191
VI.6	De kwaliteit van wetgeving	199
	a. Algemene opmerkingen	199
	b. De tien geboden voor de wetgever	200
	c. Een 'zakelijke' invalshoek	204
	d. Taal als kwaliteitsaspect	205
	e. De kwaliteit is niet vast te stellen	208
	f. Professionalisme	208
VI.7	Transparantie	210
VI.8	Evaluatie van wetgeving	211
	a. Inleiding	211
	b. Ex ante en ex post	212
	c. Praktische condities	216
	d. Concluderende opmerkingen	217
VI.9	De wetgever en de rechter	218

**Hoofdstuk VII**

**De werking van wetgeving**

VII.1	Inleiding	221
VII.2	Operationele theorieën	224
	a. Criminologie en T11	224
	b. Enkele algemene indicatoren voor de werking	225
	c. Naar een meer operationeel model	228
VII.3	Communicatietheorieën	235
	a. Inleiding	235
	b. De ‘Plain-language’ theorie	236
	c. De communicatietheorie van Witteveen	238

**Hoofdstuk VIII**

**Wetgeving, maar geen recht**

VIII.1	Inleiding	241
VIII.2	Het kwaad dat wetgeving heet	242
	a. De uitdrijver uit het paradijs	242
	b. Gewoon een velletje bedrukt papier	245
VIII.3	‘Common Law’ en wetgeving	247
VIII.4	Digitale ‘codes’	255

**Hoofdstuk IX**

**Discussie over recht en wet**

IX.1	Wat wij van het voorgaande kunnen leren	261
	a. Inleiding	261
	b. Negatieve lessen	262
	c. Positieve lessen	264
IX.2	Kinderontwikkeling en regels	267
IX.3	Ambivalenties tegenover regels	273
IX.4	Micro en macro	276
IX.5	Ten slotte – Zestien stellingen over wetgeving en drie suggesties	278

**Naamindex**

283

**Literatuur**

285

**Bijlage**

**Raamwerk voor besluitvorming over wetsevaluatie**

303

Over de schrijver

343

# Hoofdstuk I – Inleiding

## I.1 Het onderwerp van deze studie

De belangstelling voor wetgeving als zodanig bestaat al geruime tijd. In Nederland speelde wetgeving een zekere rol in het staatsrechtelijk denken sinds de Bataafse Republiek, maar pas vanaf het begin van de twintigste eeuw verschijnt het als zelfstandig object van studie. J.P. Fockema Andreae (1879-1949) heeft er een deel van zijn – wetenschappelijke – leven aan gewijd, Drucker valt te noemen (1916), en wat later Groenendaal met een dissertatie (1956). Vanaf de tachtiger jaren kwam er bredere aandacht voor, vooral voor de problemen van wetgeving. In die jaren verschenen ook hand- en leerboeken over wetgeving, met werken van Boon (het vooral positiefrechtelijke ‘Regelgeving in Nederland’ 1985), Van der Vlies (Handboek Wetgeving 1987), Ruiters (Bestuurskundige wetgevingsleer 1987), Van der Burg (Regelgeving en bestuur 1993), en Eijlander & Voermans (Wetgevingsleer 1999). Daarna volgden Veerman m.m.v. de Lange (Over Wetgeving 2007) en Zijlstra c.s. (Wetgeven 2012). Zijlstra verklaarde deze wat late structurele belangstelling voor het verschijnsel ‘wetgeving’ uit de ontwikkeling van de welvaartsstaat die een hoop instrumentele wetgeving met zich meebracht en daarmee voor problemen zorgde.<sup>1</sup> Met uitzondering van Ruiters ‘Bestuurskundige wetgevingsleer’, bevatten genoemde boeken vooral gedachten over wetgeving en waren zij sterk gericht op de praktijk. Er waren daarnaast de nodige monografieën die van belang waren met het oog op wetgeving, zoals de dissertaties van Van der Velden (De ontwikkeling van de wetgevingswetenschap, 1988), Van Klink (De wet als symbool, 1998), Stoter (Belangenafweging door de wetgever, 2000).

Ook in andere landen en tijdperken was er al belangstelling voor wetgeving als zodanig. Plato schreef zijn ‘Nomoi’ (Laws), Cicero zijn ‘De legibus’, Thomas Aquinas besteedde aandacht aan wetgeving in het tweede deel van zijn ‘Summa Theologica’, Montesquieu legde zijn empirische observaties neer in ‘De l’esprit des lois’ en ontwikkelde een echte wetenschappelijke (toetsbare) theorie over wetgeving, de Napolitaan Gaetano Filangieri schreef ‘La Scienza della legislazione’ (in acht delen, het meest wetenschappelijke eerste deel gepubliceerd in 1780), Jeremy Bentham schreef weliswaar niet, zoals wel gedacht, een ‘Principles of Legislation’ maar wel veel over wetgeving,<sup>2</sup> en als laatste noem ik Hugo Sinzheimer die tijdens zijn onderduik in Neder-

---

<sup>1</sup> Dat geldt overigens niet voor mijn ‘Over wetgeving’. Dat was meer uit nood geboren omdat een sociaal wetenschappelijk geïnspireerd leerboek over wetgeving niet voorhanden was terwijl ik in die geest er wel college over wilde geven.

<sup>2</sup> Bentham schreef geen enkele verhandeling of was verantwoordelijk voor enige publicatie die de titel ‘Theory of Legislation’ draagt. Die titel kwam pas in zwang vele jaren na Bentham’s dood, en was gegeven aan een vertaling van een bundel van in het Frans geschreven gedeelten uit zijn werk door een zekere Dumont, een Zwitser. (Atkinson:iii) Dumont had diverse manuscripten van Bentham in het Frans vertaald, waaronder diens ‘Introduction to the Principles of Morals and Legislation’. Dumont’s vertaling was gepubliceerd in 1802, in Parijs. De vertaling daarvan in het Engels vond zo’n 60 jaar later plaats, onder de titel “Principles of Legislation”.

land werkte aan een ‘Theorie der Gesetzgebung’ (gepubliceerd in 1948, drie jaar na zijn dood).

Daarnaast kon ‘wetgeving’ onderdeel uitmaken van werken over de staat, de soevereïnen, de samenleving, werken die door de eeuwen heen verschenen. In het kloekke ‘A History of Political Theory’ van Sabine komt men er vele tegen.

Er is door de eeuwen heen dus het nodige over of rond wetgeving geschreven. Soms zijn het ontwikkelde theorieën, soms zijn het meer of minder uitgewerkte gedachten. Een overzicht daarvan bestond echter bij mijn weten niet. Zoekende en lezende kwam ik zo een boek ook niet tegen. Sten Gagnér’s ‘Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung’ leek er een te zijn maar dat bleek te gaan over het moderne positivisme en zijn Middeleeuwse bronnen.

*Het in 2019 verschenen ‘Het verhaal van de Grondwet’ van Voermans gaat weliswaar voor een deel niet over grondwetten, maar over de ontwikkeling van het recht in vroeger tijden en op dit punt is sprake van een geringe overlap. Voor een groter deel heeft Voermans het wel over grondwetten en daarin gaat hij een heel andere kant op dan ik in onderhavige studie.*

*Wat meer verwantschap is er met Willem Witteveen’s postuum verschenen ‘De Wet als Kunstwerk’ (2014). Ook hij gaat te rade bij (rechts)filosofen maar hij gebruikt als kapstok tien geboden die men aan de wetgever kan stellen. Het is mooi bedacht, al is de relatie tussen de weergave van de rechtsfilosofen en de geboden niet altijd zomaar duidelijk.<sup>3</sup> In dit boek zullen die geboden als kwaliteitseisen aan de orde komen, waarbij een aantal van zijn inspiratoren als zodanig wordt genoemd.*

Dit boek is bedoeld als een overzicht van denken en denkers over wetgeving, van gedachten en theorieën daarover. Daar vallen ook negatieve gedachten onder. Met name in Common Law landen zijn die te bespeuren. Jeremy Waldron gaf daar een kort exposé van in zijn ‘The Dignity of Legislation’. In die traditie komt het zelfs voor dat wetgeving niet als ‘recht’ (*law*) wordt beschouwd. Alleen wijze rechtsgeleerden met een pruik op zouden het gebouw van het recht onderhouden, misschien nog wat wetenschappers, maar niet een stel grillige politici, jongens van de straat. ‘Politici zijn erg nuttig om de banale wensen van de mensen te verwoorden, maar niet om het land met wetten te besturen’, schreef Bernard Shaw in ‘Everybody’s Political What is What’. Die houding wekt op zich enige verbazing. Van de Amerikaanse Realisten, te beginnen met Wendell Holmes, weten wij dat ook rechters nogal grillig kunnen zijn. En mogelijk is het recht weliswaar begonnen met de uitspraken van mensen die beslissingen namen in conflicten, ook wetgeving is van oude en eerbiedwaardige komaf. De codex van Hammurabi met 282 wetsartikelen is van ongeveer 1750 v.C., en dat is nog niet eens de oudst bekende codex.<sup>4</sup> Deze

<sup>3</sup> Daarbij zij mij vergund mijn nogal ambivalente houding tegenover dit werk te verklaren: enerzijds bewondering voor een vertoon van eruditie en van soepele intellectuele sprongen, anderzijds een forse irritatie omdat de betogen een zekere strakheid (en daarmee overtuigingskracht) missen en omdat er de nodige ongefundeerde beweringen in worden gedaan. Marc Chavannes noemde het in zijn bespreking ‘een meesterwerk in wording’. (NRC 9/1/2015) Dat is goed gezegd.

<sup>4</sup> De oudst bekende is die van Ur-Namma (rond 2100 v.C.). Inscripties duiden op eerdere regelgeving van Enmeta en van Irikagina (vorsten van Lagash, 25<sup>ste</sup> en 24<sup>ste</sup> eeuw v.C.) die