

Hoofdstuk 1

Inleiding en centrale vraagstelling

1.1 Alternatieve regulering in het recht

Wetgeving normeert gedrag.¹ De wet bevat een omschrijving van gedragskeuzen die in een samenleving niet worden aanvaard. Uit wetgeving kan worden afgeleid in hoeverre deze onaanvaardbare gedragskeuzes als ‘onrechtmatig’ kunnen worden bestempeld. De consequentie van onrechtmatig gedrag kan zijn dat er een verbintenis ontstaat om schade te vergoeden aan een derde die door het onrechtmatige gedrag schade heeft geleden. Soms leidt onaanvaardbaar gedrag tot een publiekrechtelijke consequentie en volgt een punitieve sanctie.

Gedrag wordt niet alleen door wetgeving genormeerd. De beperkte normerende kracht van wetgeving blijkt vooral wanneer men zich buiten het juridische discours begeeft, en zoekt naar andere kwalificaties van het onaanvaardbare gedrag dan de ‘onrechtmatigheid’ ervan.² Maar zelfs wanneer men zich wel de vraag stelt in hoeverre gedrag rechtmatig of onrechtmatig is, dan blijkt het antwoord in veel gevallen te worden gevonden in andere documenten dan de wet zelf.³ De wetgever bedient zich vaak van vage en open normen die nadere interpretatie behoeven.⁴ Voor de vaststelling wat rechtens rechtmatig is, zijn dan andere bronnen vereist.⁵

Voorbeelden van alternatieve, buitenwettelijke normering zijn op allerlei deelterreinen van het recht te vinden. De normen voor leden van het bestuur en raden van commissarissen van beursgenoteerde vennootschappen met een statutaire zetel in Nederland, zijn bijvoorbeeld te vinden in de ‘Nederlandse corporate governance code’ (code-Tabaksblat). De code bevat een omschrijving van de beginselen voor deugdelijk ondernemingsbestuur en is geformuleerd door vertegenwoordigers van het bedrijfsleven zelf.⁶ Ondanks dat de normen niet tot stand zijn gekomen in een ‘normaal’ wetgevingsproces, hebben ze wel juridisch effect, omdat bij de in de wet neergelegde rapportageverplichting voor vennootschappen wordt verwezen naar deze normen.⁷ De normering van deugdelijk ondernemingsbestuur heeft als voor-

1. Barendrecht 1992, p. 76; Van Dunné 1993; Ruiters 1978; Klap 1994. En recenter: Van Gestel 2004; Rob 2006; Stevens & Adriaansen 2007.

2. Vergelijk de normatieve noties in de wetskringen van Dooyeweerd, zoals beschreven door Hoogerwerf 1998.

3. Scheltema 1997; p. 12, Scheltema 1982.

4. Heldeweg 1993; Klap 1994.

5. Barendrecht 1992.

6. Stamhuis 2006; Voogtsgeerd 2006.

7. De juridische grondslag vloeit voort uit art. 2:391 lid 5 BW.

naamste doel het beschermen van de belangen van investeerders. De zachte regulering via de code vormt een interventie in private rechtsverhoudingen: door aan te geven welk gedrag 'normaal' is voor bestuurders in het bedrijfsleven, kunnen potentiële investeerders een weloverwogen investeringsbeslissing nemen.

Buitenwettelijke normeringsstrategieën treft men ook aan in het strafrecht.⁸ Bij internationale militaire interventies wordt het gedrag van militairen voor een deel genormeerd door de gewelddinstructies. Deze gewelddinstructies vormen een onderdeel van de zogenaamde Rules of Engagement. De Rules of Engagement zijn neergelegd in een meer algemeen document dat de weerslag bevat van de internationale afspraken tussen regeringen.⁹ Een ander voorbeeld waar niet-wettelijke normen doorwerken in de strafrechtelijke beoordeling van gedragingen, is het Protocol Palliatieve Sedatie. Uit dit door de beroepsgroep zelf vastgestelde protocol vloeit voort onder welke voorwaarden artsen tot deze, in beginsel strafbare, behandeling mogen overgaan.¹⁰ Het Protocol Palliatieve Sedatie wordt door het Openbaar Ministerie als beleidsregel gehanteerd bij de beslissing om tot vervolging over te gaan.¹¹

Ook in het bestuursrecht, in de verhouding tussen burger en bestuursorgaan, gelden buitenwettelijke normen. De beoordeling van de vraag of aan de voorwaarden voor een vergunning, ontheffing, uitkering of subsidie is voldaan, hangt voor een belangrijk deel af van de normering in richtlijnen, circulaire, werkvoorschriften, handleidingen, rondzendbrieven, handboeken en brochures.¹² De grenswaarden die in het milieurecht in acht moeten worden genomen en de wijze waarop die grenswaarden worden berekend, vloeit voort uit deskundigenrichtlijnen.¹³ Ook in het belastingrecht en in het socialezekerheidsrecht wordt de materiële rechtspositie van burgers voor een belangrijk deel bepaald door normen die niet in de wet zelf zijn opgenomen, maar in aanvulling daarop of anderszins naast de wettelijke normering gelden.¹⁴ Deze normen vallen veelal samen met wat wel wordt aangeduid als de 'gedragslijn' van het bestuursorgaan: het bestuursorgaan maakt op een bepaalde wijze gebruik van zijn bestuursbevoegdheden en laat zich daarbij onder meer leiden door wat het in gelijke gevallen eerder ook al heeft besloten en wat men daarover op papier heeft gezet.

8. De Wijkerslooth 2007; Buruma 2007.

9. Zie over deze regels: Knoops 2004.

10. Het Protocol Palliatieve Sedatie is in december 2005 vastgesteld door Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG).

11. De Wijkerslooth 2007.

12. Bröring 1993b, p. 26 e.v.

13. Zie over deze regels: Bröring 1993b, p. 299 e.v.; Van 't Lam & Uylenburg 2006.

14. Zie over het belastingrecht: Happé 1996, p. 121 e.v.; Happé 2005 en over zachte normering in de sociale zekerheid en bijstandsverlening: Van der Veen 1990; Vos 1991; Fleurke, Hulst & De Vries 1995.

1.2 Aanleiding voor het onderzoek en probleemstelling

1.2.1 Codificatie van buitenwettelijke normering als beleidsregel

Het belang van de door het bestuursorgaan vastgestelde gedragslijnen werd onder de aandacht gebracht door achtereenvolgens Mannoury, Van der Hoeven en Van Kreveld.¹⁵ Zij constateerden dat waar de wet ruimte laat, de burger overgeleverd dreigt te worden aan de regels die door het bestuur zelf worden ontwikkeld. Deze schimmige regels zijn lang niet altijd formeel vastgesteld en bekendgemaakt. Tegelijkertijd blijkt de bestuursrechter deze regels wel te gebruiken bij de beoordeling van de bevoegdheidsuitoefening, al hangt dat sterk af van de kenmerken van die regels.¹⁶

Om de onduidelijkheid rond deze buitenwettelijke normering weg te nemen, heeft de wetgever deze bijzondere regels een plaats gegeven in de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), die in werking trad op 1 januari 1998. De codificatie geeft op drie punten duidelijkheid. Allereerst bevat de Awb een definitie van het begrip beleidsregel. Deze definitie bestaat uit enkele eigenschappen van beleidsregels, waarmee deze regels kunnen worden onderscheiden van andere regels. In de tweede plaats is er met de codificatie van de beleidsregel in de Awb helderheid geschapen over de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen. Ten slotte is de gewenste regeltoepassing geëxpliciteerd, inclusief de inherente afwijkingsbevoegdheid.

1.2.2 Bevindingen tweede evaluatie Awb 2001

Artikel 11:1 Awb bevat de verplichting voor de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken om iedere vijf jaar aan de Staten-Generaal te rapporteren over de wijze waarop de Awb wordt toegepast. In de tweede evaluatie van de Awb, in 2001, is onder meer onderzoek gedaan naar de wijze waarop bestuursorganen invulling geven aan het deel in de Awb over beleidsregels. Het evaluatieonderzoek geeft inzicht in de mate waarin bestuursorganen gebruik maken van beleidsregels, hoe beleidsregels zich in de praktijk onderscheiden van andere regels, zoals algemeen verbindende voorschriften en overig beleid, en in hoeverre op een juiste wijze gevolg wordt gegeven aan de normering van de toepassing van deze regels.

Uit het onderzoek komt naar voren dat het bij ministeries en zelfstandige bestuursorganen aanmerkelijk eenvoudiger is om beleidsregels te onderscheiden van overige regels dan bij gemeenten. In de onderzochte gemeenten zijn, naast beleidsregels, ook veel andere regels aangetroffen. Bovendien kleefden aan de gemeentelijke regels, die mogelijk als beleidsregel zouden kunnen gelden, vaak de nodige gebreken.¹⁷

De onderzoekers wijten de afwijkende gemeentelijke praktijk aan 'de kloof tussen de gemeentelijke wereld (traditie, cultuur) en de Awb-wereld.'¹⁸ In het bestuursrecht is de beleidsregelgevende bevoegdheid gekoppeld aan de bestuursbevoegd-

15. Mannoury 1960; Van der Hoeven 1965; Van der Hoeven 1966; Van Kreveld 1983.

16. Van Kreveld 1983, p. 10; Bröring 1993b, p. 485 e.v.

17. Valenteijn & Bröring 2001, p. 179-180.

18. Valenteijn & Bröring 2001, p. 185.

heid, zodat het college van burgemeester en wethouders, of de burgemeester zelf, bevoegd is om beleidsregels vast te stellen. Hier staat tegenover dat de gemeenteraad in het gemeenterecht het hoofdschap van het gemeentebestuur is toebedeeld.¹⁹ De gemeenteraad wordt echter in het bestuursrechtelijke systeem min of meer buiten spel gezet, vooral wanneer het college of de burgemeester bestuursbevoegdheden rechtstreeks aan de bijzondere wet ontlent. Soms gaan de medebewindbevoegdheden, waarin een gemeentelijk bestuursorgaan een bestuursbevoegdheid krijgt opgedragen, gepaard met een verordeningbevoegdheid en kan de gemeenteraad in een verordening regels geven over de wijze waarop bestuursbevoegdheden moeten worden gebruikt. Vaak ontbreekt echter de verordeningbevoegdheid en heeft de gemeenteraad geen juridische mogelijkheden om de uitoefening van de bestuursbevoegdheden te beïnvloeden. Indien de gemeenteraad zich toch in normerende zin wil uit laten over de wijze waarop de overige gemeentelijke bestuursorganen van hun bestuursbevoegdheden gebruikmaken, leidt dat tot raadsnota's, die wel enige normerende werking hebben, maar niet zo sterk doorwerken in de concrete beschikkingverlening als verordeningen of door het bevoegde bestuursorgaan vastgestelde beleidsregels.

Bovendien ontstaan buitenwettelijke regels in de hiërarchische bestuurslagen boven de gemeentelijke overheid. In de gedecentraliseerde eenheidsstaat heeft het gemeentebestuur te maken met een provinciebestuur en met de rijksoverheid. Deze overheden ontlent aan de organieke en bijzondere wetgeving machtsmiddelen om aanwijzingen te geven over de wijze waarop de gemeentelijke bestuursorganen de medebewindsbestuursbevoegdheden uitoefenen.²⁰ Van deze aanwijzingsbevoegdheid zelf wordt zelden gebruik gemaakt.²¹ Dat neemt niet weg dat deze overheden naar andere middelen grijpen om de wijze waarop de gemeentebesturen de bestuursbevoegdheden uitoefenen, te beïnvloeden. Een geëigend middel daarvoor zijn circulaire van rondzendbrieven, waarin wordt aangegeven wat de juiste interpretatie van de bevoegdheidsvoorwaarden is, of wordt voorgeschreven hoe discretionaire vrijheden moeten worden aangewend.²² Ook het toezicht op de juiste uitoefening van de medebewindbestuursbevoegdheden kan leiden tot aanvullende normering.²³

1.2.3 Centrale vraag

Het bestuursrechtelijke instrument van de beleidsregel lijkt, zo bezien, niet goed te passen bij de gemeentelijke context. Het bestuursrechtelijke systeem, waarin de beleidsregel, als alternatieve vorm van normering, een plaats krijgt, sluit niet aan bij de gemeente(rechte)lijke praktijk, waarin normen tot stand komen in tal van andere documenten. In de praktijk is niet ondenkbaar dat juist deze andere documenten meer doorwerken in de wijze waarop besluiten tot stand komen, dan beleidsregels.

19. Het hoofdschap van de gemeenteraad is neergelegd in art. 125 Gw.

20. Zie Titel V van de Gemeentewet en de toezichtsbepalingen in de bijzondere wetten, zoals paragraaf 7.2 van de Wet werk en bijstand.

21. De Ridder 1990, p. 205-206; De Ridder 2004, p. 43.

22. Brasz 1958a; Brasz 1958b; Brasz 1959; VNG 1985.

23. Visser 1986, p. 189 e.v.; De Ridder 2004, p. 42.

De vraag is of dat erg is. Maakt het uit dat er in gemeenten ook andere soorten regels gelden? Aan deze vraag gaan twee vragen vooraf. Allereerst zal moeten worden nagegaan hoeveel andere soorten regels er in de gemeentelijke praktijk voorkomen en waarin die regels zich onderscheiden van beleidsregels. Bovendien is een beoordelingskader nodig om vast te kunnen stellen of het nu erg is dat die andere soorten buitenwettelijke regels bestaan. Voor de constructie van dat beoordelingskader wordt in dit onderzoek aangegrepen bij de *raison d'être* van bestuursorganen. Het wezenskenmerk van bestuursorganen is immers dat zij de rechtspositie van individuele burgers (kunnen) bepalen. Dit doen zij onder meer door beschikkingen te verlenen. De kwaliteit van de beschikkingverlening vormt in dit onderzoek het beoordelingskader waarmee het functioneren van beleidsregels wordt afgezet tegen het functioneren van andere soorten buitenwettelijke regels. Dit leidt tot de volgende centrale onderzoeksvraag die in dit onderzoek zal worden beantwoord:

Wat is de toegevoegde waarde van beleidsregels voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening en hoe kan de kwaliteit met behulp van beleidsregels worden verbeterd?

1.2.4 Uitwerking centrale vraag in onderzoeksvragen

De centrale onderzoeksvraag kan worden vertaald in de hypothese dat het een toegevoegde waarde heeft voor de kwaliteit van de beschikkingverlening, indien een bestuursorgaan beleidsregels toepast. Deze algemene hypothese kan worden gebaseerd op de biografie van de beleidsregel in het bestuursrecht.²⁴ Het gegeven dat de Awb-wetgever deze regels belangrijk genoeg heeft gevonden om hen een plek te geven in de Awb, om normen te verbinden aan de uiterlijke verschijning en materiële inhoud ervan, en om de wijze waarop deze regels moeten worden toegepast te normeren, vormt het vertrekpunt van het onderzoek. De codificatie van de beleidsregel is gebaseerd op veronderstellingen van de Awb-wetgever, waarvan in ieder geval een deel kan worden teruggevoerd op het idee dat bestuursorganen beter gebruik zullen maken van hun bestuursbevoegdheden. Niet alleen bestuursorganen zouden baat hebben bij beleidsregels, maar ook andere actoren, zoals burgers en bestuursrechters.

Het beantwoorden van de centrale vraag leidt derhalve in eerste instantie tot het ontleden van de hiervoor genoemde hypothese. Omdat uiteindelijk zal moeten worden onderzocht in hoeverre bewijs kan worden gevonden voor de juistheid van deze veronderstelling, zullen deze begrippen zoveel mogelijk moeten worden geoperationaliseerd in waarneembare kenmerken.

In de hypothese is sprake van een verondersteld verband tussen een onafhankelijke en een afhankelijke variabele. In dit verband is de beleidsregel de onafhankelijke variabele die – mogelijk – de kwaliteit van de beschikkingverlening, als afhankelijke variabele, beïnvloedt. De wijze waarop dat verband kan worden beredeneerd, vormt een ander element in de hypothese dat kan worden ontleed. Dit leidt tot de eerste drie begripsmatige onderzoeksvragen:

24. Bröring 1993a. Zie verder over deze centrale hypothese: paragraaf 4.2.

1. *Wat moet worden verstaan onder een beleidsregel? Waarin onderscheidt een beleidsregel zich van overige regels en hoe kan een beleidsregel worden herkend?*
2. *Wat moet worden verstaan onder kwaliteit van gemeentelijke beschikkingverlening?*
3. *Welke invloed heeft een beleidsregel op de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening?*

De kenmerken van beleidsregels vloeien voort uit het de tekst van de Awb. Voor zover deze wettelijke definitie nadere interpretatie vergt, vormt de wetsgeschiedenis, aangevuld met inzichten over het bestaan van regels binnen bureaucratische organisaties de bron waarmee het begrip ‘beleidsregel’ kan worden geoperationaliseerd. Voor de operationalisering van de kwaliteit van de beschikkingverlening zal gebruik worden gemaakt van inzichten in de literatuur. Algemene theorieën over de werking van overheden, bureaucratieën en het gebruik van regels daarbij vormen de bron voor de beantwoording van de derde deelvraag, waarin het verband wordt gelegd tussen de regels en de kwaliteit van de beschikkingverlening.

Het doel is de centrale hypothese empirisch te toetsen. In het empirisch onderzoek worden de volgende drie deelvragen beantwoord:

4. *Welke regels worden in de gemeentelijke praktijk gebruikt, welke kenmerken hebben deze regels en zijn het beleidsregels?*
5. *Waarom worden deze regels vastgesteld?*
6. *Hoe worden deze regels toegepast en waarom worden deze regels zo toegepast?*

Met de kennis over de wijze waarop beleidsregels in de gemeentelijke praktijk doorwerken, kan de laatste onderzoeksvraag worden beantwoord:

7. *Hoe moeten de waargenomen regels en de waargenomen regeltoepassing worden beoordeeld in het licht van de kwaliteit van de beschikkingverlening? Voegen de beleidsregels iets toe aan de kwaliteit van de beschikkingverlening?*

1.3 Plan van behandeling

De centrale onderzoeksvraag valt uiteen in een aantal meer concrete onderzoeksvragen. In het navolgende verslag van het onderzoek, zullen deze onderzoeksvragen per hoofdstuk worden behandeld. Allereerst wordt de beleidsregel, als object van onderzoek, nader gedefinieerd en geoperationaliseerd (hoofdstuk 2). De beantwoording van de eerste onderzoeksvraag levert een onderscheid op tussen beleidsregels en overige regels, waaronder algemeen verbindende voorschriften en overig beleid. Het overige beleid kan worden onderverdeeld in niet-geaccordeerde werkvoorschriften en richtlijnen. In hoofdstuk 3 wordt het beoordelingskader, in de vorm van de kwaliteit van de beschikkingverlening verkend en nader ingevuld. Vervolgens worden beide variabelen met elkaar verbonden door na te gaan welke consequenties een

beleidsregel kan hebben voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening. De Awb-wetgever heeft bij de codificatie van de beleidsregel een bepaald beeld gehad van de werking van beleidsregels en de consequenties daarvan voor de kwaliteit van de beschikkingverlening. In hoofdstuk 4 wordt dit ideaaltypische model beschreven en aangevuld, zodat het verband tussen beleidsregels en kwaliteit van beschikkingverlening kan worden gemeten.

Aan de hand van dit model wordt de praktijk bestudeerd door de uitoefening van een aantal bestuursbevoegdheden in een aantal gemeenten in kaart te brengen. In hoofdstuk 5 tot en met hoofdstuk 9 worden de keuzes die voor deze casestudy zijn gemaakt, toegelicht en wordt verslag gedaan van de bevindingen. Vervolgens worden de uitkomsten van de cases onderling vergeleken (hoofdstuk 10). Met deze empirische gegevens worden de vierde, vijfde en zesde onderzoeksvraag beantwoord. Door deze gegevens te verbinden met het ideaaltype wordt de zevende onderzoeksvraag beantwoord. Dit is dan tevens een concluderend antwoord op de centrale vraag van dit onderzoek (hoofdstuk 11).

