

University of Groningen

Hoofdstuk 6

Bröring, H.E.; Tollenaar, A.

Published in:
 Alles in één keer goed

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2005

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Bröring, H. E., & Tollenaar, A. (2005). Hoofdstuk 6: Juridische factoren van juridische kwaliteit. In M. Herweijer, A. T. Marseille, F. M. Noordam, & H. B. Winter (editors), *Alles in één keer goed* (blz. 91-112). Kluwer.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Hoofdstuk 6

Juridische factoren van juridische kwaliteit

H.E. Bröring & A. Tollenaar

6.1 Inleiding

Juridische kwaliteit is een aan het recht ontleende eigenschap van de besluitvorming. De vraag die in deze bijdrage wordt beantwoord is hoe het recht de juridische kwaliteit beïnvloedt. Met andere woorden: welke juridische factoren de juridische kwaliteit van de besluitvorming bepalen.

Het zoeken naar juridische factoren voor de juridische kwaliteit, lijkt op het eerste gezicht een vreemde tautologie. Het recht raakt in het veronderstelde verband tussen factor en kwaliteit immers zowel aan de onafhankelijke variabele als de afhankelijke variabele. Het recht bepaalt enerzijds wat juridische kwaliteit is. Anderzijds zijn er juridische omstandigheden denkbaar die de juridische kwaliteit beïnvloeden.

Deze bijdrage gaat voorbij aan het antwoord op de vraag wat nu precies onder juridische kwaliteit moet worden verstaan.¹ Het gaat ons in deze bijdrage slechts om ontwikkelingen in het recht die de juridische kwaliteit beïnvloeden. Een algemeen probleem bij het benoemen van relevante factoren, is dat de veelheid aan factoren zodanig groot is dat het onmogelijk is om alle factoren te benoemen en de verbinding met de juridische kwaliteit te beredeneren. Noodgedwongen komen wij dan ook tot een beperking, waarbij de verschillende juridische factoren worden geclusterd tot juridische factoren behorend tot één van de drie onderscheiden groepen van factoren. Elk van de groepen factoren levert een deelverklaring op voor ontwikkelingen in het recht die leiden tot een veranderde juridische kwaliteit.

1. Juridische kwaliteit is elders in deze bundel gedefinieerd. Zie de bijdrage van Herweijer en Noordam en het hoofdstuk van Damen.

De eerste groep factoren hangt samen met de codificatie van de bestuursbetrekking in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De codificatie kan worden beschouwd als een voor de kwaliteit van besluitvorming essentiële ontwikkeling die tamelijk recent heeft plaatsgevonden. Voor een deel is de codificatie verdedigd met het argument dat het codificeren van voornamelijk procedurevoorschriften een kwaliteitsverhogend effect zou genereren. De afbakening van de gecodificeerde betrekking tussen burger en bestuur (de bestuursbetrekking) vormt vanuit het juridische perspectief het relevante object van kwaliteit. De bestuursbetrekking wordt genormeerd door specifieke bestuursrechtelijke normen, die deels afwijken van de normen buiten de bestuursbetrekking. De eerste groep factoren bestaat uit de kernbegrippen waarmee de bestuursbetrekking is gecodificeerd en de actuele interpretatie daarvan.

In de codificatie van de bestuursbetrekking is de veelheid aan rechtsfiguren teruggebracht tot besluiten in de zin van de Awb. Het recht kent een intrinsieke spanning tussen het algemene en het bijzondere.² Voor het bestuursrecht geldt dat wanneer het algemene niveau van de Awb wordt verlaten, men in de bijzondere delen van het bestuursrecht stuit op een wijde variatie aan rechtsfiguren – allemaal besluiten in de zin van de Awb – en rechtsnormen. In deze variatie zijn enkele algemene tendensen waar te nemen. De rechtsfiguren en rechtsnormen vormen een tweede groep juridische factoren die de juridische kwaliteit beïnvloeden. De derde groep juridische factoren bestaat uit de controle op de naleving van juridische normen. Het recht voorziet in een eigen kwaliteitssysteem in de vorm van controle op en handhaving van rechtsnormen door toezichthouders en rechters.

Het voorgaande vormt de kern van de beschouwing over de juridische factoren van juridische kwaliteit. Hierbij passen twee essentiële kanttekeningen die deze bijdrage in perspectief plaatsen. Allereerst moet worden opgemerkt dat een juridische factor doorgaans de juridische variant is van een maatschappelijke ontwikkeling die zich afspeelt in de abstracte verhouding tussen burger en overheid. Deze maatschappelijke ontwikkelingen zijn vanuit het recht bezien te beschouwen als exogene ontwikkelin-

2. Dit geldt niet slechts voor het bestuursrecht, maar ook voor bijvoorbeeld het privaatrecht. Zie G.T. de Jong e.a. (red), *Algemeen-Bijzonder : de wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2003.

gen. De WRR heeft in het rapport over de toekomst van de nationale rechtsstaat deze ontwikkelingen onder woorden gebracht.³ De ontwikkelingen hebben te maken met veranderingen in de civil society, individualisering en burgerschap, waardoor de relatie tussen burger en bestuur een herijking behoeft. De burger past meer eigen verantwoordelijkheid en de overheid moet zich beperken tot het reguleren daar waar de civil society tekortschiet. Afzonderlijk gaat de WRR in het rapport nog in op de algemene tendens naar meer internationalisering en de toenemende invloed van Europeesrechtelijke normen.

Ontwikkelingen als deze raken aan de onderscheiden groepen juridische factoren. In de genoemde ontwikkelingen passen andere, meer wederkerige rechtsfiguren en heeft de Europeesrechtelijke dimensie invloed op de wegging van rechtsnormen. En ten slotte heeft de claim op eigen verantwoordelijkheid van de burger gevolgen voor de rechtsbescherming.

Een tweede, deels hiermee samenhangende kanttekening is dat de juridische factoren uiteindelijk wellicht niet de meest interessante factoren van juridische kwaliteit zijn. De invloed van juridische factoren moet niet worden overdreven, juist omdat het veelal een resultante is van ontwikkelingen in de maatschappelijke context. Deze maatschappelijke context is eveneens van invloed op de waardering van juridische kwaliteit. Juridische kwaliteit is in zichzelf een begrip dat spanning oproept. Verschillende juridische normen botsen in dit begrip met elkaar, zoals onder omstandigheden bijvoorbeeld de norm van rechtszekerheid, die snelheid vereist en zorgvuldigheid, die juist meer onderzoek – en dus meer tijd – vergt.⁴

Buiten het perspectief van de juridische kwaliteit gelden bovendien andere kwaliteiten, zoals effectiviteit of efficiëntie, waartegen de juridische kwaliteit kan worden afgewogen. Juridische kwaliteit overtuigt buiten het juridische perspectief niet altijd. Andere waarden komt soms meer betekenis toe.

Het recht betoont zich bovendien zelf ook ontvankelijk voor een relativering van rechtmatigheidnormen ten gunste van andere waarden. Een voorbeeld hiervan is mediation in het bestuursrecht.⁵ Effectiviteit en efficiëntie zijn gediend wanneer partijen in onderhandeling met elkaar vaststellen welke (rechts)handeling voor beiden aanvaardbaar is. Juist in dit

3. WRR, De toekomst van de nationale rechtsstaat, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

4. Vergelijk de bijdrage van Herweijer en Noordam.

5. Zie J.P.H. Donner, Naar een slagvaardige bestuursrechtspraak, NTB 2004, p. 143-145.

onderhandelingsproces komt rechtmatigheid minder betekenis toe dan datgene wat acceptabel is. Een rechtmatigheidsgebrek kan worden geaccepteerd, zolang daar maar overeenstemming over bestaat.

6.2 De bestuursbetrekking

De bestuursbetrekking heeft als object het *besluit*⁶ en wordt verder vormgegeven door het *bestuursorgaan* en de *belanghebbende* als beide polen. De eerste groep juridische factoren draait om de omvang van de bestuursbetrekking. De ontwikkelingen hierin hangen samen met de discussie over het gewenste niveau van rechtsbescherming. Het is immers uitsluitend voor een belanghebbende mogelijk om tegen een besluit van een bestuursorgaan in bezwaar en beroep te komen.

In deze groep factoren zijn twee ontwikkelingen aan te wijzen. Allereerst is er sprake van een subjectivering, die in het juridische debat betekenis krijgt in de vorm van uitleg van twee kernbegrippen: het besluitbegrip en het belanghebbendebegrip. Daarnaast verschuift de grens tussen het publieke en het private, doordat publiekrechtelijke organisaties die de bestuursbetrekking vormgeven, eveneens privaatrechtelijke rechtspersonen zijn. Hierdoor ontstaat een wisselwerking tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normen.

6.2.1 Verenging van de bestuursbetrekking: subjectivering

Schlössels wijst in zijn oratie op de betrekkelijke waarde van het besluitbegrip in het licht van de adequate rechtsbescherming.⁷ Nu bestuursrechtelijke rechtsbescherming is opengesteld tegen zelfstandige schadebesluiten en bestuurlijke rechtsoordelen, die geenszins zijn aan te merken als rechtshandeling,⁸ is het dogmatische karakter van dit centrale begrip sterk gerelativeerd. Ook de wetgever heeft oog voor de relatieve betekenis van het besluitbegrip, bijvoorbeeld door in artikel 3:1, tweede lid, Awb en arti-

6. Juist met de focus op het besluit als object van het bestuursrecht, onderscheidt het bestuursrecht zich van bijvoorbeeld het gemeenterecht.

7. R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne* (oratie Nijmegen), Den Haag: BJu 2003, p. 28

8. S. Pront-Van Bommel, *Bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: BJu 2002, p. 62. Zo ook: J.L. de Wijkerslooth, *Geschreven privaatrecht of ongeschreven publiekrecht*, Preadvies VAR, in: A.J.C. de Moor-van Vught, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 75-105, hier p. 92-93.

kel 3:14 BW ook handelingen niet-zijnde besluiten te onderwerpen aan publiekrechtelijke normen. De relevante normen zijn in dit geval de kernbeginselen van behoorlijk bestuur van afdeling 3.2 Awb en, voor het gros van de afwijzende beschikkingen, de normen van titel 4.1.

Het bestuursrecht concentreert zich, in ieder geval vanuit de optiek van de adequate rechtsbescherming, steeds meer op de partijen die betrokken zijn bij de bestuursbetrekking en minder op de rechtshandeling die tussen beiden plaatsvindt.⁹ Voor de bestudering van de juridische kwaliteit van de besluitvorming betekent dit dat niet het product, dus het besluit, moet worden bestudeerd, maar de verhouding of de rechtsbetrekking tussen partijen. Dit is op zichzelf vrij lastig, omdat tussen beide partijen zeer veel interacties en handelingen plaatsvinden die niet of nauwelijks gerelateerd kunnen worden aan een rechtshandeling en dus vanuit een rechtsoptiek oninteressant zijn.

De subjectivering van de rechtsbetrekking richt zich specifiek op de interpretatie van het belanghebbendebegrip. De vraag die steeds gesteld wordt is of niet te veel burgers toegang hebben tot de bestuursrechter. Dit betreft een breed gevoeld probleem, waarvoor echter nog geen eenduidige oplossing gepresenteerd is.¹⁰ Actueel is de vraag of een (vorm van) relativiteit in het belanghebbendebegrip past.¹¹

Een beperking van het belanghebbendebegrip aan de hand van de relativiteitsleer vervolmaakt de subjectieve rechtsverhouding. In de bestuursrechtelijke rechtsverhouding komt de relativiteitsleer neer op de beperking van de aanspraak van de burger jegens het bestuur tot inachtneming van die rechtsregels die (mede) tot doel hebben zijn belangen te beschermen.¹² De standpunten over de beperking van de reikwijdte van het belanghebbendebegrip variëren van resolute afwijzing¹³ tot aarzelende voorstellen in die richting.¹⁴

9. Commissie Rechtsbescherming VAR, De toekomst van de rechtsbescherming: van toetsing naar geschilbeslechting, Den Haag: BJu 2004.

10. Evaluatiecommissie Awb II, Algemeen bestuursrecht 2001: toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001, Den Haag: BJu 2001, p. 18-19.

11. J.C.A. de Poorter, Het belangvereiste in bestuursrechtelijke procedures, in: E.C. Pietermaat & J.C.A. de Poorter, Toegang tot de rechter: processuele openbaarheid en belang (Jonge VAR-reeks 2), Den Haag: BJu 2004, p. 51-93, hier p. 62 e.v.

12. Pront-Van Bommel, 2002, p. 117.

13. Pront-Van Bommel, 2002, p. 138-139; De Poorter 2003, p. 28.

14. B. Schueler, Zand in de machine (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003, p. 28 e.v.

6.2.2 Vervaging grens publiek-privaat

De tweede tendens in de bestuursbetrekking is de vervaging van de grens tussen publiek en privaat. De bepalende factor hierbij is de vraag met welk soort organisatie men te maken heeft. Op de grens tussen publiek en privaat gedijen de zelfstandige bestuursorganen (zbo's). Verschillende pogingen om een overzicht te krijgen van het aantal zbo's leveren telkens een indrukwekkende lijst op met onbekende en deels onvermoede bestuursorganen.¹⁵ Zbo's laten zich onderscheiden in volledig publiekrechtelijke zbo's en de privaatrechtelijke rechtspersonen met een publiekrechtelijke taak.¹⁶

De wildgroei van het soort en het aantal zbo's illustreert de veranderingen in de (politieke) aandacht van de wetgever. Zbo's zijn enerzijds het resultaat van publiekisering. 'Publiekisering' vindt plaats wanneer de wetgever in privaatrechtelijke verhoudingen algemene belangen herkent en privaatrechtelijke personen opdraagt publiekrechtelijke taken uit te voeren. Een voorbeeld is de voorheen private Stichting Toezicht Effectenverkeer, die nu als Autoriteit Financiële Markten een publiekrechtelijk rechtspersoon is geworden. Betrokkenheid van een algemeen belang in privaatrechtelijke verhoudingen wordt soms ook door de rechter erkend. Voorbeelden zijn de stichtingen die belast zijn met de toekenning van subsidies of uitkeringen, zoals de Stichting Silicose-uitkeringen.¹⁷

Tegenover de publiekisering staat de beweging om publieke taken af te stoten en onder te brengen in een private organisatie. Privatisering kan eveneens leiden tot een zbo-constructie, waarbij de private organisatie wordt opgericht uit doelmatigheidsoverwegingen.

De zbo's duiden op een schimmige grens tussen overheid en niet-overheid. Naast de rechtsbescherming is bij zbo's de vraag in geding welke normen van toepassing zijn. In een aantal gevallen maakt het nauwelijks

15. Algemene Rekenkamer, Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak (verschillende delen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2000. De gehanteerde term 'rechtspersoon met een wettelijke taak' toont een grote overlapping met zbo's. Zie voorts D.R. Kloosterman e.a., In zelfstandigheid geregeld, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde 2002.

16. Binnen de 'publiekrechtelijke' zbo's is onderscheid mogelijk tussen de zbo's met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid en de zbo's de rechtspersoonlijkheid van de Staat gebruiken. Zie J.L. Boxum, Algemene wetgeving voor zelfstandige bestuurslichamen (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1997.

17. ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004, 10 m.nt. NV (Stichting Silicose).

uit welke normen van toepassing zijn. Zo kan de in artikel 2:3 Awb vervatte norm, die het bestuursorgaan verplicht onjuist geadresseerde stukken door te zenden, onder omstandigheden ook worden beschouwd als een aspect van maatschappelijke zorgvuldigheid of een fatsoensnorm. In het licht van het legaliteitsbeginsel, maar ook waar het gaat om openbaarheid, ligt het echter een stuk minder eenvoudig. Als het erop aankomt – waar het recht actuele relevantie krijgt – moet dan ook helder zijn of men met een bestuursorgaan te maken heeft. Ontwikkelingen van convergentie in normstelling laten onverlet dat de vraag of een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking aan de orde is, een stellig antwoord vergt.¹⁸

6.2.3 Conclusie en onderzoeksvragen

De omvang van de bestuursbetrekking vormt een bepalende factor voor de juridische kwaliteit van de besluitvorming. Binnen de gecodificeerde bestuursbetrekking gelden immers de bestuursrechtelijke normen en rechtsbescherming, terwijl daarbuiten andere rechtsnormen en andere rechtsbescherming geldt. De bestudering van de omvang van de bestuursbetrekking vormt een onvermijdelijke voorvraag voordat men aan de bestudering van de juridische kwaliteit toekomt.

Het bestuderen van de bestuursbetrekking geeft antwoord op de vraag van welk object de juridische kwaliteit wordt vastgesteld, oftewel wat onder ‘besluitvorming’ moet worden verstaan. In het licht van de ontwikkelingen van het besluit en het belanghebbendebegrip, ligt het voor de hand om onder besluitvorming meer te verstaan dan handelingen die kunnen worden aangemerkt als besluiten in de zin van de Awb, juist omdat het besluit-begrip meer omvat dan slechts rechtshandelingen. Tegelijkertijd ligt het voor de hand om gezien de discussie over de beperking van het belanghebbendebegrip, niet alle handelingen van het bestuursorgaan onder besluitvorming te verstaan, maar slechts die handelingen die zich afspelen in de bestuursbetrekking tussen bestuur en belanghebbende.

Onderzoek naar de toegevoegde waarde van de besluitvorming moet dan ook eerst de vraag beantwoorden of de aan de orde zijnde besluitvorming zich wel in de bestuursbetrekking afpeelt. De vervolgvraag is dan bijvoorbeeld in hoeverre de subjectivering van de bestuursbetrekking in het licht van de adequate rechtsbescherming doorwerkt in de primaire fase. In hoeverre verschilt het perspectief van de bestuursrechter op de

18. WRR, 2002, p. 132. Uiteindelijk doet zich een soort wisselwerking voor, waarmee publiekrechtelijke normen ook in het private verkeer gaan gelden en vice versa.

gewenste beschikkingverlening van die van het bestuursorgaan, zoals dat uit de Awb voortvloeit? Anders gesteld: wanneer het in het licht van de adequate rechtsbescherming wenselijk is om het belanghebbendebegrip te verengen, zou dit dan ook moeten doorwerken in de bejegening van de burger in de primaire fase? Een andere relevante vraag is of de subjectivering van de bestuursbetrekking bijdraagt aan het gewenste niveau van rechtsbescherming. Zal er minder geprocedeerd worden wanneer slechts belanghebbenden met een relatief belang kunnen procederen?¹⁹

Hoewel er geen sprake is van een verruiming van het begrip, blijkt het begrip bestuursorgaan ertoe bij te dragen dat onverwachte organisaties onder publiekrechtelijke normen komen te vallen. Onderzoek zou zich kunnen richten op de wisselwerking tussen publieke en private normen bij private rechtspersonen met (tevens) een publiekrechtelijke taak. In hoeverre overlappen algemene privaatrechtelijke normen met de publiekrechtelijke?

6.3 Normering en rechtsfiguren

De tweede groep juridische factoren die de juridische kwaliteit beïnvloedt, bestaat uit rechtsnormen en rechtsfiguren. Het gaat dan om ontwikkelingen in de wijze waarop de bestuursbetrekking in de praktijk vormgegeven wordt. Welke rechtsfiguren worden aangewend en welke rechtsnormen spelen daarbij een rol?

Normering vindt traditioneel plaats door wetgeving. De bijzondere wet, eventueel aangevuld met lagere wetgeving, geeft aan waaraan burger en bestuur zich dienen te houden. Deze normering komt ideaaltypisch maximaal tegemoet aan de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.²⁰ Het wetgevingsproces garandeert kenbare normen, zodat uiteindelijk de rechter erin slaagt om vast te stellen wat rechtens is. Bovendien waarborgt de abstractie van de wetgever algemene regels en dus rechtsgelijkheid.

De opkomst van alternatieven van wetgeving vormt de tendens die in deze groep factoren bepalend lijkt. Alternatieven zijn ofwel normering door het bestuursorgaan zelf, in de vorm van (pseudo)beleidsregels, ofwel

19. J.C.A. de Poorter e.a., *Herijking van het belanghebbendebegrip*, Den Haag: BJu 2004.

20. M. Scheltema, *Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht*, NJB 1996, p. 1355-1361.

normering door of in samenwerking met de normadessaat, in de vorm van interactieve regulering, zelfregulering en convenanten. De relevantie voor de juridische kwaliteit blijkt waar deze alternatieven op een andere wijze tegemoetkomen aan de beginselen, zoals die van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid.

6.3.1 Ontwikkelingen in wetgeving

Wetgeving lijkt een steeds minder tot de verbeelding sprekend beleidsinstrument. Dit hangt samen met de relativering van klassieke rechtsstatelijke beginselen als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Het gelijkheidsbeginsel wordt als beknellend ervaren.²¹ Berekenend gedrag van burgers, dat het algemene belang schaadt, vereist een gedifferentieerde aanpak. De algemene normering in wetgeving staat daaraan in de weg. Meer open normen en meer ruimte voor het uitvoerend bestuur, zijn de oplossingsrichtingen in de wetgevingstechniek waarmee het gelijkheidsbeginsel wordt gerelativeerd.²² Een scherpe veroordeling hiervan is te vinden bij Zijlstra en Van Ommeren.²³ Zij stellen dat waar differentiatie noodzakelijk is, de wetgever deze zelf aan dient te brengen, dan wel mogelijk moet maken.

Ook het rechtszekerheidsbeginsel blijkt geen vast gegeven, althans de wet vormt daarvoor geen goede bron. Vage normen en een ingewikkelde gelaagdheid van de gedragsnormen maken de wet ondoorzichtig; niet alleen voor de burger, maar ook voor de rechter.²⁴ In de leemte die ontstaat ten aanzien van de rechtszekerheid wordt van het bestuur een steeds actievere rol verwacht in het ontwerpen van beleid en het voorlichten over de wijze waarop bestuursbevoegdheden worden uitgeoefend. Niet alleen de codificatie van de beleidsregel onderstreept dit, maar ook aan de opkomst van de nieuwe rechtsinstrumenten als contracten en convenanten kan men deze tendens aflezen.

Vagere wetgeving met meer open normen lijkt een inherente eigenschap van een uitdijend regelbestand. Uiteindelijk schiet de wet immers

21. Kabinetsvisie De Andere Overheid, Kamerstukken II 2003/04, 29 362, nr. 1.

22. RMO, Bevrijdende kaders, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 34; WRR 2002, p. 111. Voor een kabinetsstandpunt; zie de nota Bruikbare rechtsorde, Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 18.

23. S.E. Zijlstra & F.J. Van Ommeren, Slotbeschouwing: de rechtsstaat als toetsingskader, in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra, De rechtsstaat als toetsingskader, Den Haag: BJu 2003, p. 301-320.

24. Reden waarom bijvoorbeeld Scheltema het legaliteitsbeginsel ter discussie stelt: Scheltema 1996.

altijd tekort bij het benoemen van de rechtvaardige beslissing in een concreet geval.²⁵ Het zijn bestuur (primair en altijd) en rechter (secundair en soms) die op grond van het geschreven recht, maar vooral ook naar redelijkheid en billijkheid, moeten vaststellen wat rechtvaardig is in een concreet geval. Daarbij is zowel aan de zijde van het bestuur als aan de zijde van de burger behoefte aan duidelijkheid over welk besluit nu in welke situatie zal volgen. Nu de wetgeving deze duidelijkheid niet biedt, rijst de vraag waar deze duidelijkheid dan kan worden gevonden. Het gevolg is normering door het bestuur en normering door of in samenspraak met de normadressaat.

6.3.2 Normering door het bestuur: (pseudo)beleidsregels

De constatering dat de wetgever tekortschiet in zijn wetgevende taak, is allesbehalve nieuw.²⁶ Wel nieuw zijn de oplossingsrichtingen waarmee dit deficit wordt gecompenseerd. Nieuw is bijvoorbeeld de wijze waarop normstelling door het bestuur wordt benaderd. Voorzover het bestuur bij de uitvoering van een bestuursbevoegdheid ruimte of vrijheid ondervindt, maakt het daarbij onvermijdelijk gebruik van aanvullende regels. Beleid kan bestaan uit beleidsregels, maar ook uit richtlijnen, interne instructies, modelbeschikkingen, et cetera.

Normstelling door het bestuur heeft in de codificatie van de beleidsregel een specifieke plaats gekregen. Er is nu sprake van een wettelijke bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen, gekoppeld aan de bestuursbevoegdheid waarover de beleidsregels gaan. Een bestuursorgaan kan ook over een bestuursbevoegdheid van een ander bestuursorgaan beleidsregels vaststellen, maar heeft dan wel een specifieke bevoegdheid nodig. Ontbreekt de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen, dan spreekt men van richtlijnen of pseudo-beleidsregels.²⁷ Juist in de wettelijke grondslag voor het vaststellen van beleidsregels zien sommigen grote overeenkomsten met algemeen verbindende voorschriften.²⁸

25. T. Loenen, *Recht en het onvervulbare verlangen van individuele gerechtigheid*, RMth 1996, p. 123-136.

26. Loeff en Struycken appelleerden er al aan. Zie J. Van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Deventer: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

27. CRvB 19 november 2003, AB 2004, 119 m.nt. HBr en H.E. Bröring, *Richtlijnen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

28. D.W.P. Ruiter, *Beleidsregels zijn algemeen verbindende voorschriften*, *Bestuurswetenschappen* 1986, p. 65-70 en H.E. Bröring, *Beleidsregels. Een beknopte biografie*, in: J.L. Boxum e.a., *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer: Kluwer 1993, p. 387-400.

Het bestaan van aanvullende bestuursregels doet vermoeden dat het geheel aan regels dat bij de uitvoering van een bestuursbevoegdheid geldt, een constante is. Wanneer de wetgever terugtreedt en minder en daardoor vagere normen stelt, maakt men in de uitvoering vanzelf gebruik van eigen of andere externe aanvullende regels.²⁹ Uiteindelijk is men in de uitvoerende ambtelijke organisatie op zoek naar een digitaal antwoord op de vraag: mag het wel of mag het niet?

Een interessant verschijnsel dat hiermee samenhangt, is de voortschrijdende ict-isering waarin dit digitale antwoord wordt voorgeschreven. Afhankelijk van de ingevoerde gegevens, rolt er uit het computersysteem een antwoord. Terecht werpen Bovens en Zouridis hierbij de vraag op hoe zich dit verhoudt met de (klassieke) bestuurstaak die immers consideratie met de concrete omstandigheden vergt en waarbij (dus) geen automatische regeltoepassing past.³⁰

6.3.3 Normering door de normadressaat: interactieve normering en zelfregulering

Daarnaast vindt er normering plaats door of in samenspraak met de normadressaten. Er valt een onderscheid te maken naar de mate waarin het bestuur betrokken is bij de totstandkoming van de normen. Wanneer de normen in een wederkerig proces tussen normadressaat en bestuur tot stand komen, worden normen vastgelegd in contracten of convenanten. Het bestuur verplicht zich hierin tot een bepaalde bevoegdheidsuitoefening en de burger verplicht zich tot omschreven gedragingen. Het onderhandelen met het bestuur over de toepasselijke normen, past bij de ontwikkeling van de burger van een zwijgzame onderdaan naar een mondige partij die in staat is zijn eigen belangen te beschermen. Interactieve normering vindt bijvoorbeeld plaats in de vorm van een reïntegratiecontract dat tussen de in het arbeidsproces reïntegrerende burger en bestuursorgaan wordt gesloten en waarin beiden over en weer verplichtingen aangaan.³¹

Wanneer het bestuur niet betrokken is bij de totstandkoming van de normen, is sprake van zelfregulering. Hierbij zijn verschillende variaties

29. Struiksma wijst in op een vergelijkbaar mechanisme: J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende* (oratie Amsterdam VU), 2003 (niet gepubliceerd, raadpleegbaar op: <http://www.rechten.vu.nl/dbfilestream.asp?id=1183>).

30. M.A.P. Bovens & S. Zouridis, *Van street-level bureaucracy naar screen-level bureaucracy*, NJB 2002, p. 65-74.

31. CRvB 30-9-2003, AB 2004, 100 m.nt. K.A. Faber.

denkbaar. Veelal wordt een zorgplicht opgedragen aan burgers of wordt een vergunningverlening afhankelijk gemaakt van het bezit van een certificaat dat dan wordt gehandhaafd door een private certificeringsinstelling. Vaak gaat het dan om redelijk af te bakenen groepen burgers (professionals) die met hun handelen raken aan het algemeen belang. Een voorbeeld hiervan treft men aan in de zorgsector. Eenieder die medische handelingen verricht, dient zich in te schrijven in het BIG-register.³² De zorgverlener is dan gehouden tot het bieden van verantwoorde zorg (artikel 40 Wet BIG). Wat ‘verantwoorde zorg’ is, wordt genormeerd in tal van protocollen die tot stand zijn gekomen in de sector zelf en die bovendien primair tuchtrechtelijk – dus door de beroepsgroep – worden gehandhaafd.³³ Publiekrechtelijk kan dan worden ingegrepen door doorhaling in het register in combinatie met strafrechtelijke vervolging.³⁴

Deze zelfregulering raakt een tamelijk afgebakende groep die bovendien over specialistische kennis beschikt. Minder zorgvuldig is de zorgplicht die in de voorgestelde Woningwet is neergelegd. De vergunningverlening treft een in beginsel niet-professionele burger, die bij een voorgenomen bouw of sloop wordt geconfronteerd met een verre gaande zorgplicht voor de gezondheid en veiligheid. Indirect wordt kennis verondersteld van tamelijk hoogtechnische normen die bovendien niet altijd goed beschikbaar zijn.³⁵

6.3.4 Waardering rechtsfiguren in het licht van rechtsstatelijke waarden

Het aanwenden van alternatieve rechtsfiguren voor wetgeving geeft blijk van een verschuiving tussen de rechtsstatelijke normen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en zorgvuldig bestuur en andere normen als doelmatigheid, slagvaardigheid en overtuigend bestuur. De alternatieven hebben zowel een positief als een negatief effect op de juridische kwaliteit van beschikkingverlening.

32. Artikel 3 en 4 Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (Wet BIG).

33. Het medisch tuchtrecht heeft een tamelijk publiekrechtelijk karakter, omdat de instelling en de procedure van het tuchtcollege tamelijk uitvoerig is geregeld in het Tuchtbesluit BIG.

34. Artikel 7 jo 6 Wet BIG.

35. Zie het voorgestelde artikel 1a van de Woningwet (zie Kamerstukken II 2002/03, 29 392, nr. 2). Voor kritiek: J.M.H.F. Teunissen, De herziening van de Woningwet op het punt van de handhaafbaarheid en de handhaving, NJB 2004, p. 418-424 en de reactie daarop van W. Otto, NEN-normen, NJB 2004, p. 1750-1751.

Waar de wet niet tekortschiet in rechtszekerheid en rechtsgelijkheid wordt dit met het vaststellen van beleidsregels gecompenseerd. Dit positieve effect is vooral te verwachten wanneer het bestuursorgaan de beleidsregel maximaal bekendmaakt, bijvoorbeeld door deze te verwerken in een publieksfolder. Problematischer wordt het wanneer het bestuursorgaan onbevoegd beleidsregels vaststelt, of interne regels niet bekend maakt. (Pseudo)beleidsregels creëren mogelijk dan wel verwachtingen over de wijze waarop het bestuur de bestuursbevoegdheid uitoefent, maar kunnen niet goed worden afgedwongen.

Bovendien geldt voor beleidsregels dat deze niet absolute werking hebben. De uitoefening van de bestuursbevoegdheid vereist van het bestuur een individuele rechtsbedeling. Een automatische toepassing van de beleidsregels past daar niet bij. Het bestuur moet steeds onderzoeken of het niet moet afwijken van de regel vanwege bijzondere omstandigheden. Zeker wanneer de beleidsregels zijn verwerkt in een computersysteem, is de inherente afwijkingmogelijkheid in de bestuursorganisatie in feite nihil. Slechts wanneer de burger op een automatisch voorbereide beschikking reageert met een bezwaarschrift, bestaat de mogelijkheid tot het recht doen aan het individuele geval. De aantasting van de individuele rechtsbedeling vormt dan een negatief effect van beleidsregels op de juridische kwaliteit van de besluitvorming.

De rechtsfiguren waarbij normering door of in samenspraak met de normadressaat plaatsvindt, kennen als positief effect de kenbaarheid – zeker wanneer het een ondertekend contract betreft³⁶ – en de legitimiteit van de normering. Legitimiteit leidt mogelijk tot een besparing op de handhavingskosten. De veronderstelling is immers dat doordat de burger wordt betrokken bij de totstandkoming van de norm, deze meer overtuigd is van de juistheid ervan en daardoor eerder geneigd is zich eraan te houden. Bovendien is over het algemeen zelfregulering in combinatie met handhaving door een private partij (bijvoorbeeld een certificeringsinstelling) een goedkoop alternatief voor publiekrechtelijke handhaving.

Tegenover deze voordelen staat de aantasting van de rechtszekerheid, zowel in materieel als in formeel opzicht. Hoe moet de buurman van de gecertificeerde milieubelastende inrichting weten aan welke voorwaarden deze inrichting zich precies moet houden, wanneer de vergunning slechts

36. CRvB 30-9-2003, AB 2004, 100 m.nt. K.A. Faber, waarin de vraag aan de orde is of een trajectplan nu een besluit is of niet.

het enkele voorschrift bevat dat de instelling moet beschikken over een certificaat? En moet de rechter aan de hand van NEN-normen toetsen of de burger zich aan de zorgplicht heeft gehouden bij het bouwen of slopen van zijn woning? Hoe moet de burger deze NEN-normen eigenlijk achterhalen?³⁷ Daarnaast geldt als nadeel de onduidelijke status van convenanten en contracten met het bestuur die met name doorwerkt in de vraag hoe deze rechtsfiguren moeten worden afgedwongen.

6.3.5 Invloed Europees recht (internationalisering)

In de verschuivende verhouding tussen rechtsstatelijke waarden, komt specifieke betekenis toe aan de Europeesrechtelijke omgeving van het bestuursrecht. De centrale norm vanuit het Europees recht is de effectieve doorwerking van Europeesrechtelijke regelgeving. Dit stelt eisen aan het niveau van nationaalrechtelijke normering. De nationaalrechtelijke normering moet immers wel voorzien in de effectieve doorwerking van de Europeesrechtelijke norm. Het is dan vermoedelijk niet voldoende om een Europese richtlijn te verwerken in een convenant of een beleidsregel.

Bovendien worden in toenemende mate nationale beginselen vanuit een Europees perspectief ingevuld. Dit geldt bijvoorbeeld voor het nationaal werkende vertrouwensbeginsel en de eerbiediging van de ruimte voor het bestuursorgaan. De door het bestuursorgaan gedane beloften kunnen niet worden afgedwongen, wanneer het Europese belang conformiteit aan Europese regelgeving verlangt.³⁸ Recentelijk bleek bovendien dat een bestuursorgaan zich in een Europeesrechtelijke context niet kan verschuilen achter een beleidsvrijheid bij de beslissing om een herhaalde aanvraag zonder nova verkort af te doen. De keuze om *niet* terug te komen op een eerder genomen besluit, wordt bij een Europees belang dat zich daartegen verzet de plicht om *wel* gebruik te maken van de mogelijkheid om een eerder genomen besluit te heroverwegen.³⁹ Discretionaire vrijheid voor het bestuursorgaan wordt Europeesrechtelijk niet zonder meer geëerbiedigd.

6.3.6 Conclusie en onderzoeksvragen

Juridische kwaliteit raakt aan botsende rechtmatigheidsnormen. Bovendien concurreert juridische kwaliteit zelf ook met andere, eveneens rele-

37. Teunissen, 2004, en met name ook Otto, 2004.

38. J.H. Jans e.a., Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2e druk, 2002, p. 216 e.v., alsmede de daar genoemde jurisprudentie.

39. HvJ EG 13 januari 2004, AB 2004, 58 m.nt. RW (Kühne & Heitz).

vante waarden of kwaliteiten, zoals doelmatigheid en doeltreffendheid. De alternatieve rechtsfiguren raken aan dit spanningsveld. Juist waar de kwaliteitsaspecten van juridische kwaliteit botsen en waar juridische kwaliteit lijkt te botsen met andere kwaliteiten, ontstaan interessante onderzoeksvragen. Bij deze vragen worden steeds concurrerende hypothesen over de bijdrage van het betreffende rechtsfiguur aan de kwaliteit van de besluitvorming onderzocht. Hieronder worden enkele van deze onderzoeksvragen genoemd. De verdere uitwerking ervan is te vinden in de afzonderlijke bijdragen in deze bundel.

- Een bemiddelende houding van het bestuur in de bezwaarfase met als doel een achterliggend geschil tussen private partijen uit de wereld te helpen, heeft een positieve invloed op de efficiëntie en effectiviteit van het bestuur. Deze houding staat echter op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel en het specialiteitsbeginsel.⁴⁰
- Het is eveneens efficiënt en effectief om enkele burgerplichten van de burger te veronderstellen. Deze burgerplichten, die soms eigenlijk meer vaardigheden zijn, staan dan echter wel op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel.⁴¹
- Afstemming tussen bestuursorganen waarbij de burger slechts eenmaal wordt gevraagd zijn gegevens af te staan, leidt eveneens tot efficiënt en effectief bestuur. Daartegenover staat in dit geval dat de bescherming van het legaliteitsbeginsel wegvalt, waardoor de burger blootgesteld wordt aan een willekeurig overheidsoptreden.⁴²

De volgende onderzoeksvragen komen in deze bundel niet aan de orde, maar kunnen in dit kader ook worden genoemd:

- Beschikkingverlening in de vorm van een contract in de sociale zekerheid leidt mogelijk tot meer acceptatie van de relevante normen door de normadressaat en daarmee tot minder handhavingskosten. Bovendien maakt de contractsvorm maatwerk mogelijk. Hiertegenover staat dan dat de beschikking in de vorm van een contract zich niet als contract laat afdwingen, omdat de beschikking niet goed te duiden valt als een contract. Het gevolg daarvan is dat de afdwingbaarheid en de handhaafbaarheid gering is. Bovendien is het veronderstelde maatwerk uiteindelijk een illusie omdat het bestuursor-

40. Zie de bijdrage van Tolsma.

41. Zie de bijdrage van Kloosterman.

42. Zie de bijdrage van Reimert.

- gaan op zijn beurt weer gebonden is aan afspraken met derde-partijen, zoals de reïntegratiebedrijven.
- Beleidsregels leiden tot een rechtsgelijke en rechtszekere bevoegdheidstoepassing, zo is althans de veronderstelling van de wetgever. Daartegenover staat dat beleidsregels ook bijdragen aan een starre bestuursorganisatie, die slechts gefixeerd is op het toepassen van de regel en daardoor de doelbereiking uit het oog verliest. De hypothese is dan dat het bestuur zich niet of althans minder druk maakt om recht te doen aan het concrete geval.
 - Het Europees recht vraagt Europeesrechtelijke effectiviteit. Tegelijkertijd grijpt men in toenemende mate terug op sturingsinstrumenten waarbij de wetgever zich slechts 'kaderstellend' opstelt. De vraag is hoe de Europeesrechtelijke effectiviteit bij kaderstellende wetgeving gewaarborgd is. Kunnen interne normering door het bestuur in de vorm van beleidsregels of richtlijnen en regulering door de normadessaat in de vorm van zelfregulering vanuit het Europeesrechtelijke perspectief worden aanvaard? Is de kaderstellende wetgeving voldoende om Europeesrechtelijke effectiviteit te waarborgen?

6.4 Controle

De laatste groep factoren betreft de wijze waarop in het recht de controle op het bestuurshandelen is vormgegeven.⁴³ Controle door de rechter en toezichthouder vormen in zekere zin een juridisch kwaliteitssysteem. Belanghebbenden hebben de mogelijkheid om tegen een besluit in beroep te gaan bij de bestuursrechter. Op iets meer structurele basis vindt externe controle plaats door toezichthouders.

6.4.1 Van toezicht naar rechtsbescherming en weer terug

De externe controle heeft zich, nadat de voorstellen van Loeff in het begin van de 20e eeuw zijn gesneuveld, vooral ontwikkeld binnen de administratieve kolom. De burger had als rechtsmiddel de mogelijkheid om administratief beroep in te stellen bij een hiërarchisch hoger bestuursorgaan.⁴⁴ Dit hogere bestuursorgaan had de bevoegdheid om het gewraakte

43. De interne kwaliteitscontroles, waartoe klachtenprocedures en ook bezwaarprocedures kunnen worden gerekend, worden hier buiten beschouwing gelaten.

44. Uitzonderingen daargelaten. De CRvB bestaat immers inmiddels ruim honderd jaar.

besluit volledig te heroverwegen. Het Benthem-arrest heeft hieraan een eind gemaakt.⁴⁵ Administratief beroep is vervangen dan wel uitgebreid met rechtsbescherming bij de bestuursrechter. De bestuursrechter toetst echter niet meer integraal, zoals ten tijde van het Kroonberoep het hogere bestuursorgaan, maar slechts marginaal op rechtmatigheid.

De omslag van administratief beroep naar rechtsbescherming bij de bestuursrechter brengt eveneens met zich mee dat de controle zich steeds meer richt op het product van de besluitvorming. Het gaat de bestuursrechter slechts om het voorliggende besluit en het geschil dat daarover tussen burger en bestuur bestaat. Naast controle op productniveau bestaat echter ook de behoefte aan controle op procesniveau. De constatering dat het bestuur een verkeerd besluit heeft genomen, roept immers automatisch de vraag op of het bestuur dan *altijd* verkeerde besluiten neemt, of dat het om een ongelukkige misser gaat. Het logische gevolg van de verschuiving van rechtsbescherming naar de bestuursrechter is een expansie van het aantal toezichthouders dat in algemene zin de uitvoering van bestuursbevoegdheden door vooral de lagere bestuursorganen controleert. Waar de hiërarchisch hogere bestuursorganen de controle kwijtraakten door het verlies van het administratief beroep, wordt dit gecompenseerd door vormen van toezicht. Dat toezicht een uitdijend onderdeel van het bestuursrecht vormt, zou men kunnen aflezen aan het aantal gecodificeerde normen dat op toezicht van toepassing is. Met de derde tranche zijn deze immers terug te vinden in de Awb.

6.4.2 Rechtsbescherming, toezicht en juridische kwaliteit

De hiervoor geschetste ontwikkelingen in rechtsbescherming en toezicht, hebben in ieder geval twee gevolgen voor de juridische kwaliteit van de besluitvorming. De rechterlijke toets wordt gedomineerd door de taakopvatting van de bestuursrechter, die er primair uit bestaat het voorliggende geschil op te lossen.⁴⁶ Het gaat de bestuursrechter niet om het beoordelen van het besluit als resultante van het objectieve recht. De bestuursrechtelijke rechtsbescherming is een grievenstelsel, waarbij de bestuursrechter het voorliggende besluit niet volledig toetst aan het recht, maar reageert op een door de appellerende belanghebbende gesteld grief.

45. EHRM 23-10-1985 (Benthem), AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin; NJ 1986, 102 m.nt. EAA.

46. A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), De taakopvatting van de bestuursrechter, Den Haag: BJu 2003, en dan met name de bijdragen van Marseille en Bröring daarin.

Het gevolg is dat in de bestuursrechtspraak niet de vraag wordt beantwoord of de burger krijgt waar deze, gezien de wetgeving en de beginselen, recht op heeft, maar of het probleem dat de burger met het besluit heeft ergens op slaat. De rechterlijke beoordeling verschuift daardoor van materiële toetsing naar een focus op de formele normen. Formele normen halen immers vaak de angel uit het geschil. Het gaat dan om de wijze waarop de burger is bejegend, hoe het besluit is voorbereid en overgedragen. De bestuursrechter neemt bij de beoordeling van het besluit de bestuursruimte in acht⁴⁷ en zal daardoor eerder vernietigen op de grond dat hij het voorliggende besluit niet begrijpt (motiveringsgebrek), dan op de grond dat het voorliggende besluit materieel onjuist is.⁴⁸ Na een formele vernietiging is het bestuur weer aan zet om een beter besluit te nemen, terwijl geen oordeel is geveld over de materiële kwaliteit.⁴⁹

De beoordeling van de materiële kwaliteit (krijgen de burgers wel waar ze recht op hebben?), komt dan eigenlijk bij de toezichthouder te liggen. Toezicht op het geaggregeerde procesniveau stelt specifieke eisen aan de organisatie van het bestuursorgaan. Het toezicht richt zich immers op de aanwezigheid van de organisatorische randvoorwaarden om het juiste besluit te nemen bij het ontbreken van een concrete aanleiding in de vorm van een te beoordelen besluit. Het logische gevolg is een formalisatie van de bestuurstaak, bijvoorbeeld door het vaststellen van beleidsregels.⁵⁰ De beoordeling van de organisatie en de beschreven werkprocessen zegt echter nog niets over de juistheid van de toepassing van het beleid in een concreet geval. Toezicht schiet dus ook gedeeltelijk tekort in de beoordeling van de materiële kwaliteit.

6.4.3 Conclusie en onderzoeksvragen

Waar rechtsbescherming en toezicht elkaar afwisselen en aanvullen, leidt dit tot twee onderzoeksvragen, namelijk in hoeverre toezicht respectieve-

47. Zeker sinds het rapport van de Commissie-Van Kemenade: Kemenade, J.A. van e.a., *Bestuur in geding*, Haarlem: Noord-Holland 1997.

48. ABRvS 11-4-2003, AB 2003, 281 m.nt. A.T. Marseille.

49. Het is dan denkbaar dat een materieel kwalitatief slecht besluit telkens op formele gronden wordt vernietigd en dan wordt vervangen door materieel hetzelfde besluit, dat vervolgens opnieuw op formele gronden wordt vernietigd. Zie voor een voorbeeld hiervan: T. Zwart, *De republiek der rechters?*, in: H.R.B.M. Kummeling (red.), *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 87-121, hier p. 90 e.v.

50. Het toezicht van bijvoorbeeld de VROM-inspectie is voornamelijk gericht op de vraag of er beleid en beleidsregels aanwezig zijn.

lijk rechtsbescherming bijdragen aan de juridische kwaliteit. Het beantwoorden van deze vragen is niet eenvoudig. Voor beide kwaliteitssystemen geldt dat een pervers effect op de loer ligt. Voor het bestuursorgaan wordt juridische kwaliteit immers hetzelfde als 'judgeproof' (houdt het besluit het voor de bestuursrechter?) of misschien 'toezichthoudersproof' (komt er geen vernietigend rapport?).

Toezicht leidt tot een beoordeling van procedures en werkprocessen. Toezichthouders vragen om beleid en regels. Zeker wanneer de toezichthouder zelf ook over beoordelingscriteria beschikt en die min of meer bekendmaakt, ontstaat er een vlucht in een papieren werkelijkheid die weinig of niets met de juridische kwaliteit van de werkvloer te maken heeft, omdat de daadwerkelijke toepassing achterwege blijft.

Een belangrijk voordeel van toezicht boven rechtsbescherming is dat de beoordeling door toezichthouders meer omvat. De toezichthouder beoordeelt niet slechts de rechtmatigheid (in een brede betekenis), maar ook de doelmatigheid en de doeltreffendheid. Bovendien is de beoordeling door de toezichthouder niet afhankelijk van een appellerende belanghebbende die bereid is procesrisico te nemen. Een belangrijk nadeel is echter weer dat de machtsmiddelen van de toezichthouder doorgaans gering zijn, waardoor het effect van controle soms uitblijft. De rechter heeft als machtsmiddel de vernietiging, waardoor er meteen sprake is van een aanwijsbaar effect.

Daar beide kwaliteitssystemen onvolkomen zijn, rijst de vraag of ze niet geïntegreerd kunnen worden. Zijlstra wijst op de mogelijkheid om toezichthouders toegang te geven tot de bestuursrechter.⁵¹ Het resultaat is een soort bestuursrechtelijk openbaar ministerie, waarbij een toezichthouder een concreet besluit aan de bestuursrechter ter vernietiging kan voorleggen.

6.5 Samenvatting en conclusies

Vanuit het recht wordt juridische kwaliteit beïnvloed door de wijze waarop de bestuursbetrekking is gecodificeerd, door ontwikkelingen in rechtsfiguren en rechtsnormen en ten slotte door ontwikkelingen in de controle op de naleving van de rechtsnormen. De meest interessante juridische fac-

51. S.E. Zijlstra, Rechtsbescherming en de kwaliteit van overheidsbestuur, in: Van Ommen en Zijlstra, 2003, p. 269-282.

toren hebben betrekking op veranderend gebruik van rechtsfiguren en de ontwikkelingen op het gebied van de controle op de naleving.

De normering vindt in toenemende mate slechts deels of geheel buiten de formele wetgeving plaats. De wet zelf geeft niet het volledige antwoord op de vraag wat in een concreet geval rechtens is. Toch is er in de (ambtelijke) regeltoepassing behoefte aan een regelsysteem dat leidt tot binaire antwoorden. Dit is geen eigenschap die is voorbehouden aan bestuursorganen, maar een eigenschap van elke bureaucratie van enige omvang.⁵²

Het aanwenden van alternatieve rechtsfiguren waar de wet vager wordt, duidt op een regelconstante, die wordt gevoed door de behoefte aan onzekerheidsreductie bij bestuur en burger. De regelconstante leidt tot digitalisering, in de betekenis van een regelsysteem dat slechts twee antwoorden biedt: het besluit kan wel of kan niet. Grijstinten passen niet bij onzekerheidsreductie. Er zijn verschillende omstandigheden die op dit verschijnsel van invloed zijn. Het aantal bij de besluitvorming betrokken partijen en de frequentie van de besluitvorming zijn bijvoorbeeld omstandigheden die eerder tot algemene regels zullen leiden. Deze regelconstante leidt tot de conclusie dat deregulering slechts een cosmetische operatie is, waarbij wettelijke normen worden ingeruild voor normen in andere rechtsfiguren, zoals protocollen, beleidsregels of convenanten.

Met de toenemende betekenis van alternatieve en buitenwettelijke normering, komt de vraag naar voren hoe deze rechtsfiguren zich verhouden tot de rechtsstatelijke beginselen, zoals de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Alternatieve, buitenwettelijke normering brengt niet dezelfde juridische kwaliteit van besluitvorming, maar leidt tot een andere verhouding tussen kwaliteitsaspecten. Enerzijds kan alternatieve of buitenwettelijke normering leiden tot een betere kwaliteit, bijvoorbeeld een positief effect op de efficiëntie, in de vorm van een reductie van de handhavingskosten. Anderzijds leiden de rechtsfiguren tot minder kwaliteit, bijvoorbeeld als het gaat om rechtsgelijkheid, rechtszekerheid of handhaafbaarheid.

Controle en toezicht vormen eveneens een belangrijke factor voor juridische kwaliteit. De verschuiving van een integrale toets aan het objectieve recht naar beperkte toetsing in de subjectieve rechtsbetrekking wordt gecompenseerd door administratief toezicht waarbij de gehele uitvoering

52. Vergelijk A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht: algemeen deel*, vijfde druk, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1987, p. 125.

van de bestuursbevoegdheid centraal staat. De relatie tussen rechter, toezichthouder en juridische kwaliteit is complex. De bestuursrechter beoordeelt juridische kwaliteit voornamelijk op procedurele en formele normen. Het kwaliteitsoordeel door de bestuursrechter is dus onvolledig. Daartegenover staat dat de beoordeling van de juridische kwaliteit door toezichthouders zich eveneens vaak richt op de procedure, alleen nu op het niveau van de organisatie. Bovendien leidt de focus van de toezichthouder op werkprocessen en beleid tot een grotere mate van standaardisatie, waarbij de individuele rechtsbedeling verloren gaat. Meer toezicht leidt dus niet automatisch tot betere juridische kwaliteit.

Het voorgaande biedt een aantal onderzoeksvragen die in verder onderzoek onderzocht kunnen worden. Het is daarbij van belang om de invloed van juridische factoren met empirisch bewijs te onderbouwen. Opvallend is immers dat de wetenschappelijke publicaties die voor deze bijdrage zijn bestudeerd, zelden op empirisch bewijs berusten. Met name de stellingen over verbreding of versmalling van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking worden ingegeven door incidenten die breeduit in de maatschappelijke en politieke aandacht hebben gestaan.

Een overtuigend betoog over verbanden tussen juridische factoren en juridische kwaliteit bevat dit empirische bewijs wel. Bij dit onderzoek past echter het algemene voorbehoud dat de invloed van (ontwikkelingen in) het recht niet moeten worden overschat. Uiteindelijk draait het om de niet-juridische factoren. Het juiste besluit is het resultaat van de juiste persoon, op de juiste plaats met de juiste middelen.⁵³ Het recht kan slechts randvoorwaarden creëren en daarmee indirect invloed hebben op de kans dat er een goed besluit komt, maar kan die kwaliteitsverbetering niet garanderen.

In de beschrijving van de juridische factoren valt op dat het recht zich steeds verder vernauwt. Er is sprake van een voortschrijdende juridisering of formalisering van de bestuursbetrekking. Deze tendens is een maatschappelijke en wordt ingegeven door het hiervoor genoemde streven naar reductie van onzekerheid. Onzekerheidsreductie leidt tot normverscherping in plaats van normvervaging. Algemene rechtsnormen worden steeds verder geconcretiseerd en gespecificeerd. Daarbij loopt men echter aan tegen de grenzen aan van wat men kan regelen. De automatische reflex is dan de vlucht in open normen, door het recht onderbouwd met

53. Vergelijk de bijdrage van De Ridder.

een appèl op het achterliggende rechtsbewustzijn. Redelijkheid en billijkheid vormen bij normverscherping de smeerolie in de zoektocht naar de meest rechtvaardige beschikkingen. Dit is een constante in het recht, waarbij enerzijds steeds meer normverscherping plaatsvindt (concretisering van normen en waar mogelijk codificeren) die automatisch wordt gecorrigeerd door het rechtsbewustzijn.⁵⁴

Uiteindelijk is de belangrijkste juridische factor voor de juridische kwaliteit vermoedelijk de codificatie van de bestuursbetrekking in de Awb. Toch moet ook deze juridische factor niet worden overschat. De wetgever doet in algemene zin in de Awb soms beloften over het bestuurs-handelen die de burger niet kan afdwingen, of die, als ze worden afgedwongen, geen juridische baat opleveren.⁵⁵ Het algemene bestuursrecht is voor een deel een 'feel-good show', waarbij zowel bestuur als wetgever pretenderen de burger zeer serieus te nemen. De burger lijkt echter niet zoveel problemen te hebben met dit sprookje, zo blijkt uit het onderzoek waarin wordt geconstateerd dat burgers een 'luisterend oor' en de vriendelijke bejegening soms prevaleren boven een inhoudelijk gelijk.⁵⁶

54. Ditzelfde verschijnsel treft men ook aan in het privaatrecht, waar de redelijkheid en billijkheid, ondanks of dankzij de uitvoerige wetgeving, de rechtmatigheidsbeoordeling ook in toenemende mate beheersen.

55. Juridisering van het klachtenrecht is wat ons betreft hiervan het ultieme voorbeeld. Welk juridisch oogmerk streeft de wetgever na met het juridiseren van het klachtenrecht? De burger heeft er in juridische zin niets aan om een klacht in te dienen.

56. Onderzoek waaruit dit blijkt is bijvoorbeeld te vinden bij: W. Sorgdrager, De last van het bezwaar, UWV, Den Haag: 2004 en SCP, Sociaal Cultureel Rapport 2002. De kwaliteit van de quartaire sector, Den Haag: SCP 2002.