

Alternatieve regelgeving

Preadviezen van

Prof. dr. W.J. Witteveen

Prof. mr. I. Giesen

Prof. mr. J.L. de Wijkerslooth

Ontwerp omslag: Corps 3 op 2 BNO, Den Haag

© 2007, I. Giesen, J.L. de Wijkerslooth, W.J. Witteveen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

ISBN 978-90-13-04580-2

NUR 820-101



Prof. dr. W.J. (Willem) Witteveen (Rotterdam 1952) studeerde politieke wetenschappen (staatkundige studierichting) aan de Rijksuniversiteit Leiden, alwaar hij vervolgens als wetenschappelijk medewerker en onderzoeker verbonden was aan de Vakgroep staatsrechtelijke vakken en het Onderzoekscentrum sturing en samenleving. Hij promoveerde in 1988 cum laude op het proefschrift *De retoriek in het recht: Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*. Sinds 1990

is Witteveen hoogleraar encyclopedie van de rechtswetenschap aan de Universiteit van Tilburg. In zijn oratie bepleitte hij een andere visie op de trias politica (*Evenwicht van machten*, 1991). Hij publiceerde over een breed scala aan onderwerpen met de democratische rechtsstaat als rode draad. In 1996 verscheen zijn inleidingsboek *De geordende wereld van het recht* dat beschouwingen bevat over onder meer de taal van het recht, de geschiedenis van de rechtsstaatgedachte en de expertise van juristen als advocaten, rechters en wetgevers. Als onderzoeker verbonden aan het Centrum voor Wetgevingsvraagstukken van het Tilburgse Schoordijk Instituut publiceerde hij onder meer *Rediscovering Fuller* (1999, met W. van der Burg) en de WRR-studie *De sociale rechtsstaat voorbij: twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat* (2002, met B. van Klink).

Van 1999-2007 was Witteveen tevens lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal (namens de PvdA). Zijn ervaringen met wetgeving op de terreinen van justitie, binnenlandse zaken en onderwijs hebben zijn kijk op wetgeving diepgaand beïnvloed, zoals blijkt uit zijn bijdragen aan de rubriek *Nomoi* van het tijdschrift *RegelMaat*.



Prof. mr. I. (Ivo) Giesen begon na zijn studie Nederlands recht aan de Universiteit van Amsterdam en een uitstapje naar New York University School of Law, in 1996 als AIO bij de vakgroep privaatrecht van de toenmalige Katholieke Universiteit Brabant (nu: Universiteit van Tilburg). Na zijn promotie begin 2001 ('*Bewijs en aansprakelijkheid*') werkte hij enige jaren als post doc-onderzoeker en universitair hoofddocent aan diezelfde instelling, onder andere op basis van een MaGW/NWO-subsidie welke leidde tot een studie over '*Toc-*

zicht en aansprakelijkheid' in 2005. Sinds augustus 2004 is Giesen hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht, alwaar hij zich voor wat betreft het onderzoek vooral bezighoudt met het aansprakelijkheidsrecht en het burgerlijk procesrecht (vgl. zijn oratie '*Handle with care!*' uit 2005). Sinds 2006 is hij tevens raadshoofd-plaatsvervanger in het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch.



Prof. mr. J.L. (Joan) de Wijkerslooth deed in 1965 eindexamen Gymnasium alfa aan het Stedelijk Gymnasium in Utrecht. Daarna ging hij rechten studeren in Leiden, waar hij in januari 1971 is afgestudeerd. Na zijn afstuderen werd hij wetenschappelijk medewerker bij de afdeling Burgerlijk Recht in Leiden. In 1977 stapte hij over naar de advocatuur. In 1981 werd hij partner van het kantoor Pels Rijcken & Droogleever Fortuyn, advocaten en notarissen en plaatsvervangend landsadvocaat. In 1987 werd hij benoemd tot landsadvocaat. Tevens was hij rechter-plaatsvervanger (1983-1988) en later raadshoofd-plaatsvervanger (1988-1999). In maart 1999 werd hij benoemd tot voorzitter van het College van Procureurs-generaal. Na ommekomst van zijn ambtstermijn als voorzitter van het College van Procureurs-generaal werd hij in september 2005 hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

Inhoud

Prof. dr. W.J. Witteveen

Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever 1

Prof. mr. I. Giesen

Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen 67

Prof. mr. J.L. de Wijkerslooth

De betekenis van alternatieve regelgeving in het strafrecht 169

Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever

Prof. dr. W.J. Witteveen

Inhoud

0	<i>De vele gezichten van de wetgever (1)</i>	3
1	<i>De algemene wetgever</i>	6
2	<i>De reflectieve wetgever</i>	11
2.1	Struycken: de terugtred van de wetgever als vorm van willekeur	12
2.2	Böhtlingk en de crisis van de rechtsstatelijke welvaartsstaat	12
2.3	Koopmans en de omkering van de triasleer	13
2.4	Geelhoed en de functionaliteit van de wet in de interveniërende staat	14
2.5	Tjeenk Willink en de complexiteit van de overheid	17
2.6	Donner en de bruikbaarheid van de rechtsorde	18
2.7	De institutionalisering van de reflectieve wetgever	19
2.8	De ingekaderde wetgever	21
3	<i>De alternatieve wetgever</i>	23
3.1	Regulering	25
3.2	Non-regulering	26
3.3	Zelfregulering	29
3.4	Alternatieve regulering	33
3.5	Een dynamische classificatie	37
3.6	De ontbrekende wetgevingstopologie	39
4	<i>De afstandelijke wetgever</i>	42
4.1	Governance als beleidsfilosofie	43
4.2	Governance tussen droom en daad	45
4.2.1	Vanuit regulering gezien; top-down	48
	Minder regels, toch meer bureaucratie?	48
	Verplaatsing van verwachtingen van regels naar toezicht?	48
	Adequate checks and balances?	49
	Bestuurlijk dwangbuis?	49
	Permanente verandering?	49

4.2.2	Vanuit zelfregulering gezien; centrum-periferie	50
	Te dwingende kaders?	50
	Schaalverschil en variëteit?	50
	Expansie van het management?	51
	De positie van de leraar?	51
	De positie van de ouders?	51
4.3	Governance als alternatieve regulering	52
5	<i>De strategische wetgever</i>	54
5.1	De design wetgever	58
6	<i>De communicerende wetgever</i>	60
6.1	De vele gezichten van de wetgever (2)	62

*'Als de dageraad komt zie ik wat ik al weet: de kracht
die het systeem niet gebruikt
die kracht is de kracht die het systeem verandert.'*

H.H. ter Balkt, Anti-canto 17

0 De vele gezichten van de wetgever (1)

De wetgever heeft vele gezichten. Juristen kennen ze allemaal: de formele wetgever wordt onderscheiden van lagere regelgevers, de opsteller van circulaire's niet verward met de maker van gemeentelijke verordeningen. Bij elke wisselende gedaante die de wetgever aanneemt past een juridische bevoegdheidsverdeling die constitutioneel vastligt. Er is een duidelijk beeld. Voor gewone burgers geldt dat de wetgever meestal in anonimiteit gehuld gaat. Er is geen vastomlijnde hiërarchie. De ene wetgever is net zo goed als de andere, er zijn geen duidelijke afbakeningen met daaraan verbonden rechtsgevolgen. Anders dan de rechter, waar men altijd wel een beeld van heeft, is de wetgever 'en quelque façon nulle', om een uitspraak van Montesquieu eens om te draaien. Maar dan wordt de stilte plotseling doorbroken. De burger staat op het perron te wachten op zijn trein en hoort uit de luidsprekers de volgende mededeling:

'Dit is een rookvrij station. Roken is op dit station uitsluitend toegestaan binnen drie meter van de rookzuilen op de perrons. Rookt u buiten de rookzone, dan riskeert u een boete van 50 euro.'

En dan weet iedereen dat de wetgever gesproken heeft. Maar dit is een alternatieve wetgever, met een uit juridisch oogpunt verre van duidelijke status. Zeker, de Tabakswet verplicht organisaties om maatregelen te nemen om het roken in de publieke ruimte (zoals een stationsgebouw) in door de wet gestelde banen te leiden. Maar dat daarbij rookzuilen beschikbaar gesteld worden en een straal van drie meter als rookzone wordt aangewezen, dat zijn toevoegingen van de NS. Officiële status mag ontbreken, toch is het wetgevende optreden van NS door de overheid voorzien en gewenst, door de gekozen wettelijke strategie van de Tabakswet zelfs uitgelokt. De wetgever schakelt het zelfregulerende vermogen van de reissector in om haar eigen doelen – bevordering van de volksgezondheid – te bereiken. Het is zo bezien een goed voorbeeld van alternatieve regulering, het onderwerp van deze preadviezen.¹

1. Een deel van dit preadvies is besproken op een bijeenkomst van het Tilburgse Centrum voor Wetgevingsvraagstukken. Ik dank de deelnemers voor hun commentaar. →

Ook om een tweede reden dient het als uithangbord voor deze algemene beschouwingen die aan een meer diepgaande bespreking van alternatieve regelgeving in privaatrecht en strafrecht voorafgaan. Wat er van de top af gezien uitzielt als een efficiënte en effectieve mobilisering van normatief potentieel op de werkvloer van de samenleving, ziet er vanaf diezelfde werkvloer al gauw uit als een betrekkelijk toevallige, zij het gezag claimende ingreep in de leefwereld. Je wordt gewaarschuwd, dat is eigenlijk alles. De meeste mensen houden zich netjes aan de regels en dus werkt die waarschuwing ook nog. Er hoeft maar zelden een boete te worden uitgedeeld, laat staan de juridische vraag te worden gesteld wie er tot het uitdelen van die boete bevoegd is. Bij alternatieve regulering is er sprake van een botsing van perspectieven: wat vanuit het top-down perspectief op recht en samenleving een zinvolle interventie is hoeft dat niet te zijn vanuit het gezichtspunt van mensen die in de sociale velden en praktijken met regels 'van buiten' te maken hebben. Een 'frame' of denkraam dat de overheid boven de burgers plaatst en interventies vanaf de top legitimeert vanuit democratische overwegingen (primaat van de politiek, behartiging van het algemeen belang) staat tegenover een 'frame' of denkraam dat elke praktijk of werkveld op zichzelf in het centrum plaatst en interventies van buitenaf op zich af ziet komen, vaak zonder enige objectieve noodzaak. Deze twee denkramen zijn sterk cultureel verankerd en kunnen beide op hun manier alternatieve gelding claimen. Burgers wisselen voortdurend van frame, zoals ze ook van rol wisselen (kiezer, ambtenaar of bestuurder; werknemer, belanghebbende of professional). Alternatieve regulering werkt pas goed – zo is de centrale stelling van dit preadvies – wanneer beide ordenende perspectieven met elkaar verbonden worden en zo een breed scala van argumenten (een topiek) opleveren pro en contra de inzet van een bepaalde vorm van regulering. Door van perspectief te wisselen kan een strategisch en reflectief opererende wetgever betere resultaten bereiken. De tabakswetgeving maakte handig gebruik van culturele veranderingen. Als er niet al een maatschappelijk klimaat was ontstaan waarin roken als gevaar voor de gezondheid werd gezien, had de regulering op basis van de Tabakswet nooit zo goed kunnen aanslaan.

Wat is nu het verhaal van dit preadvies over alternatieve regulering? Voor juristen is het eerste gezicht van de wetgever *de algemene wetgever*. De wet was ooit de hoeder van het algemeen belang en de waarborg van de vrijheden van de burgers. Aan het eind van de 20^e eeuw was de eenvoud

Ik heb ook veel gehad aan gesprekken met allerlei deskundigen, die mij in de wondere wereld van de alternatieve regulering wegwijs hebben gemaakt: Philip Fijlander, Hans van Dael, Bregje Dijksterhuis, Rob van Gestel, Dolf van Marinxma thoe Slooten, Lidwien Heerkens, Bart van Klink, Bert-Jaap Koops, Marijke Linthorst, Sanne Taekema, Eva Wisse, Paul Zootjens en Jacob Zuurmond. Dit preadvies is geschreven in het kader van het programma van de Tilburgse Onderzoeksschool Wetgevingsvraagstukken over Methodologie van het recht.

van dit klassiek liberale idee verloren gegaan. De praktijk had zich heel anders ontwikkeld: een ordenende, presterende, sturende en arbitrerende staat gebruikte wetten als beleidsinstrumenten en kwam op tal van terreinen van overheidssturing de grenzen van dit instrumentele gebruik tegen. De interventies van de overheid waren onvoldoende doordacht en sorteerden vaak weinig of averechts effecten. We ontmoeten vervolgens *de reflectieve wetgever* die zich hiervan bewust is en voortdurend plannen maakt om het beter te doen. Deregulering en het wetgevingskwaliteitsbeleid hebben de wetgever reflectief gemaakt, maar ook onzeker over de beste aanpak; dat is te zien door een aantal uitspraken van gezaghebbende juristen te volgen. De reflectieve wetgever is er echter maar gedeeltelijk in geslaagd de theoretische inzichten achter het nieuwe wetgevingskwaliteitsbeleid in daden om te zetten; de praktijk blijft weerbarstig. Het instrumentalistische duiveltje blijft de kop op steken. Van systematische interventies die goed doordacht zijn en op empirische kennis steunen is zelden sprake. Ondanks vele jaren van verminderen van administratieve lasten blijft de onvrede over bureaucratie groeien. De impasse is deels conceptueel van aard. Het debat is gevangen in niet met elkaar te verenigen frames of denkramen (*de ingekaderde wetgever*). Top-down denken in de beleidscircuits dat zich baseert op het politieke primaat van de democratische ordening staat tegenover de centrum-periferie perceptie van de mensen van de praktijk die regels en andere opdrachten en instructies van alle kanten op zich af zien komen. Om uit de impasse te komen gaat men steeds meer verwachten van *de alternatieve wetgever*. Deze maakt gebruik van vele mogelijkheden; de literatuur onderscheidt maar liefst 22 soorten zelfreguleringsinstrumenten; er wordt inmiddels overal gewerkt aan de invoering van zorgplichten, codes en doelvoorschriften of aan alternatieve arrangementen voor verantwoording en toezicht.

Dat brengt ons bij de kern van het preadvies. Er worden vier typen regulering onderscheiden op een schaal van traditionele regulering (overheidsbeheersing, volgzaam samenleving) naar non-regulering (overheidsont-houding, autonome praktijken en velden); tussen regulering en non-regulering liggen eerst alternatieve regulering en dan zelfregulering. Dit zijn arrangementen die doorgaans zowel private belangen als publieke doelen dienen en elk een eigen integriteit bezitten, wat de vraag oproept onder welke condities elk reguleringstype goed kan werken. Die kernvraag wordt verder alleen uitgewerkt voor de alternatieve regulering, niet voor de andere drie typen. Er zou een afwegingskader moeten komen, een topiek van kansen en risico's die met alternatieve regulering verbonden zijn. Om daar meer zicht op te krijgen onderzoeken we onder de noemer van *de afstandelijke wetgever* een casus, waarin op grote schaal en op een vernieuwende manier aan alternatieve regulering wordt gewerkt: de governance in het onderwijs. Het gaat om een omvattende nieuwe bestuursfilosofie die voor alle sectoren in het onderwijs maatgevend wordt geacht. We bekijken de

kansen en risico's vanuit de twee eerdergenoemde denkrampen die op het project een ander licht werpen. Dat levert een aantal breder inzetbare gezichtspunten (topoi) op, geordend in een Topick van Elf, die bruikbaar zijn voor de *strategische wetgever*. Hoe moet een reflectieve en strategische wetgever zijn werk doen? We komen nu in de sfeer van de aanbevelingen en conclusies. Onderzoek van de praktijk waarvoor wetgeving bestemd is kan op basis van de Topick van Elf gericht geschieden, maar dan moeten er wel twee hoofdproblemen worden opgelost. De strategische wetgever is geen persoon maar een procedure waaraan vele personen in een bepaalde rol deelnemen; er moet aandacht besteed worden aan de mogelijkheden om al deze personen constructief met elkaar te laten samenwerken. Daarbij moet bovendien gezocht worden naar mogelijkheden om de verschillende legitieme gezichtspunten die tot een andere kijk op wet en praktijk leiden op elkaar te betrekken. Misschien kan er zelfs een nieuw frame ontwikkeld worden dat bemiddelend kan werken (*de design wetgever*). De aanbevelingen leiden tot een slotoverweging over het belang van communicatie. Het laatste gezicht (of is het een masker?) is dan ook dat van de *communicerende wetgever*.

Het is al met al een lang verhaal dat bovendien nog pas de opmaat is voor de beschouwingen over alternatieve regulering in het privaatrecht en het strafrecht. Alleen een reiziger met een ideale leeshonger die bovendien een forse omweg maakt, bijvoorbeeld van Groningen naar Haarlem via Maastricht, kan alle teksten tot zich nemen. Wie sneller reist, kan zich ook beperken tot sectie 3 (De alternatieve wetgever) en sectie 5 (De strategische wetgever). Mocht de trein getroffen worden door 'een nog onbekende vertraging', dan is het aan te bevelen ook sectie 4 (De afstandelijke wetgever) te lezen.

1 De algemene wetgever

Het gezichtspunt van de wetgever is van oudsher het meest algemene dat in de rechtsstaat denkbaar is. In zijn monumentale reconstructie van het wetsbegrip in Nederland grijpt Böhlingk/Logemann terug op Rousseau, die in de wetgeving de Algemene Wil aan het werk ziet. 'Door middel van het maatschappelijk verdrag hebben wij het staatslichaam bestaan en leven gegeven; nu gaat het erom het door middel van de wetgeving in beweging te zetten en een wil te geven.'² Rousseau formuleert hier een verrekende ambitie – alleen de wetgever is in staat tot een goede interpretatie van het Algemeen Belang dat richting geeft aan de maatschappij – waar Böhlingk/

2. Jean-Jacques Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag of beginselen der staatsinrichting*, vert. S. van den Braak en G. van Roermund, Amsterdam 1995 (oorspronkelijke tekst 1762), II.6.

Logemann een bescheidener project van maken: het streven naar een materieel wetsbegrip dat het beleid stoelt op algemene regels.³ In combinatie met Montesquieu's opvatting dat machtscheiding nodig is om de vrijheden van de burgers te waarborgen, levert het idee dat wetgeving het algemeen belang verwoordt de basis voor zo'n materieel wetsbegrip. Böhrling/Logemann treffen dat materieel – en dus op inhoudelijke criteria afgebakende – wetsbegrip niet alleen aan in een aantal Franse grondwettelijke teksten, maar ook in de daarvan afgeleide Nederlandse grondwettelijke wetsformules. In de loop van de 19^e en 20^e eeuw komt het legaliteitsbeginsel voorop te staan in de rechtsstaatgedachte, maar zoals de controverse rond de afgewezen voorstellen van Buys om het materieel wetsbegrip in de legaliteitsreis te verankeren al laten zien, wordt daarbij de overstap gemaakt naar een vooral formeel wetsbegrip dat de nadruk legt op de bevoegdheid van regering en Staten-Generaal om wetten te maken in plaats van op de inhoudelijke criteria die wetten relateren aan het algemeen belang. Bij wijze van compromis gaat de 19^e eeuwse wetgever er echter in de praktijk (en in het voetspoor van Thorbecke) toe over om formele wetten te maken die een algemeen werkende staatkundige en bestuurlijke ordening van de Nederlandse samenleving omvatten.

Wie zich op dit liberale gezichtspunt stelt van een wetgever die zich het algemeen belang aantrekt – ongeveer twee eeuwen was het in het Nederlandse staatsrecht heersende leer – kan niet goed begrijpen wat er bedoeld wordt met 'alternatieve regulering'. 'Alternatieve regulering' die op een of andere manier wel door de overheid gewild wordt maar normatief ruimte laat aan maatschappelijke verbanden en ordeningen krijgt een haast anarchistische klank. Om in alternatieve regulering een kerntaak van de wetgever te zien – dit idee heeft ingang gevonden sinds de regeringsnota *Zicht op wetgeving* uit 1992 – is een ander perspectief nodig. Voor de wenselijkheden van een Andere Overheid of een Bruikbare Rechtsorde evident zijn moet er eerst zicht zijn op een overheid en een rechtsorde die in hun normale functioneren in ernstige problemen zijn geraakt. In de volgende paragraaf zal op deze ontwikkelingen, die de wetgever reflectief hebben gemaakt, nader worden ingegaan. Eerst moet echter worden vastgesteld dat het ijkpunt van een liberale wetgever die gericht is op de verwezenlijking van de Algemene Wil al meteen vanaf het begin van binnenuit is ondermijnd, waardoor het gezag van dit type wetgever al begon te wankelen voor het zich in de praktijk had bewezen. We kunnen een reeks terugtrekkende bewegingen waarnemen.

De wending van een materieel naar een formeel wetsbegrip is al genoemd. Deze ging gepaard met een verandering van het beeld van de wetgever: geen persoon die wetten uitvaardigt, ook geen vergadering van per-

3. E.R. Böhrling en J.H.A. Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen aan den Rijn 1966.

sonen die over wetten debatteert, maar een procedure waarbij vele instanties op eigen wijze en volgens afgebakende bevoegdheden betrokken zijn en, zoals dat in hedendaags jargon heet, hun 'inbreng' leveren. Wetgeving wordt zo geen intentionele handeling meer maar een proces dat geregeld verloopt. Van der Hoeven vat het in een veel geciteerde formule samen: De wetgever is geen persoon maar een procedure.⁴ De afstand tot Rousseau is daarmee heel groot geworden. Bij hem is de wetgever immers geen procedure die compromissen voortbrengt (dat is juist de Wil van Allen), de Algemene Wil is iets dat boven de particuliere belangen en inzichten uitstijgt en dat bij de totstandkoming van de algemene wetgevingsordering dan ook door een uitzonderlijke persoon, een Grote Wetgever (zoals Solon, Lycurgus of Mozes) wordt verwoord. Pas als de wetgeving de samenleving al zinvol geordend heeft, kunnen burgers in publieke beraadslaging de wetten aan veranderende cisen aanpassen, zonder het zicht op de geest van de wetten te verliezen (zie verder sectie 5.1). Rousseau is geen voorstander van vertegenwoordigende democratie. Böhtlingk/Logemann laat dat onderdeel van de politieke theorie van Rousseau al weg en vervangt het door de representatiegedachte van Sicyès. Buys en, een eeuw later, Van der Vlies willen de materiële opvatting van de wet die het algemeen belang uitdrukt herstellen, maar keren niet terug tot de gedachte dat daarvoor een uitzonderlijke persoonlijke betrokkenheid van een wetgever vereist is.⁵

Juist omdat formele wetgeving een vaste procedure is, met waarborgen omkleed, kan de wetgever niet snel of flexibel op veranderingen in de maatschappij reageren. Dat leidt tot de 'terugtrek van de wetgever' (Struycken): de wetgever gaat veel wetgevende taken delegeren aan lagere regelgevers. De wet drukt niet meer de algemeen geldende normen uit, maar geeft het kader voor de normstelling die op lager niveau in de hiërarchie en later ook over veel verschillende regelingen gespreid, plaatsvindt.⁶ Steeds verder gaande bemoeienis van de overheid met de maatschappij, actiever optreden van de overheid als bestuur van Nederland, de totstandkoming van een interventiestaat (de term is van de socioloog Van Doorn), verleggen het accent bovendien van de wetgeving naar de uitvoering en van de uitvoering naar het beleid. Er komt een soort omkering van de triasleer tot stand die betekent dat het bestuurlijke denkwerk en de planning van het optreden van de overheid door ambtenaren en bestuurders plaatsvinden die vervolgens wettelijke instrumenten nodig hebben om het beleid zoals dat heet te implementeren.⁷ De wetgever gaat op in het bestuurlijke complex, wetten worden kaders en instrumenten maar verliezen hun betekenis als voor debat vatbare interpretaties van het algemeen belang.

4. J. van der Hoeven, *Het juridisch luistercollege*, Ars Aequi 1974, p. 21.

5. I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, Den Haag 1984.

6. A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem 1910.

7. T. Koopmans, *De rol van de wetgever*, Zwolle 1970.

Er treden ook bewegingen op die het betekenisverlies van de wetgever compenseren. De opkomst van de grondrechten, in de tekst van de Grondwet zelf en na de Tweede Wereldoorlog in internationale verdragen, is daarvan de belangrijkste. De inhoud (het Algemeen Belang) wordt buiten de wetgeving gesitueerd en er vervolgens boven geplaatst: wetten worden voortaan geacht op verwezenlijke van het hele stelsel van grondrechten gericht te zijn. Eerst betekent dit niet meer dan dat de normen die ook al in de Franse en Amerikaanse revolutie de opkomst van de wetgever ondersteunden worden gereactiveerd, maar na de Tweede Wereldoorlog komen er nieuwe typen grondrechten bij. Naast de klassieke vrijheidsrechten en de politieke participatierechten komen er sociale grondrechten, culturele rechten, groepsrechten die minderheden beschermen. Er ontstaat een zo dicht netwerk van grondrechtelijke claims dat hieruit een discours valt te destilleren dat in alle praktische kwesties waar wetgeving en bestuur mee worstelen kan worden ingebracht als inhoudelijke eisen van een hogere orde die voorrang behoren te krijgen. Wat deze opkomst van de grondrechten als alternatieve visies op het Algemeen Belang meteen weer drastisch inperkt is de omstandigheid dat het volgens de Grondwet en de internationale verdragen altijd aan de wetgever is om de werking van de grondrechten aan grenzen te binden. De rechter zal er dan aan te pas moeten komen om over de rechtmatigheid van de door de wetgever gekozen vormgeving van de grondrechten te oordelen. Niet de wetgever, maar de rechter wordt zo de waarborg van het algemene gezichtspunt. Parallel aan deze ontwikkeling, komt geleidelijk ook de bestuursrechter in beeld als instantie die het beleid van de overheid dat door wetten te weinig genormeerd is aan door de rechter ontwikkelde en later in wetgeving deels gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur bindt.

Bekende feiten? Opmerkelijk blijft dat deze alleszins goed gedocumenteerde geschiedenis laat zien dat verwachtingen die eerst geprojecteerd waren op de wetgever tegenwoordig vooral op de rechter worden geprojecteerd. Het conceptuele schema van de trias politica verhindert echter de erkenning dat de rechter in eigenlijke zin wetgever is geworden. Nog verder in de geschiedenis teruggaand, zien we dat als de school van het legisme zijn overtuigingskracht wat begint te verliezen, rechters vrijer worden bij hun interpretatie van de wet en dat daarmee ook hun persoonlijke betrokkenheid sterker naar voren treedt. De rechter wordt als het ware van een procedure een persoon. Het lijken wel communicerende vaten. Naarmate de wetgeving minder het werk van een of meer personen wordt en meer de trekken aannemt van een onpersoonlijke machinerie, wordt rechtspraak minder een subsumptieautomaat en een meer persoonlijke aangelegenheid die gewetensbeslissingen vereist.⁸ Terwijl de wet als proces wordt

8. P. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle 1974 (1931).

begrepen, werken rechters nog steeds met constructies van de wil van de wetgever als zij wetshistorisch materiaal gebruiken om een gezaghebbende uitleg te geven van het doel van de wet.⁹

We kunnen al met al wel concluderen tot een vergaande relativering van het gezichtspunt van de wetgever dat via het legaliteitsbeginsel zo lang het denken over recht beheerste. Dat wordt verder in de hand gewerkt door het in de praktijk steeds meer loslaten van de gedachte dat wetten stabiel moeten zijn en orde voor de lange duur moeten verschaffen aan het samenleven. Er is een culturele omslag geweest. Wetten worden gezien als instrumenten die de overheid in kan en in moet zetten om telkens nieuwe interventies te plegen in maatschappelijke processen. Van links tot rechts heerst in de politiek een tegen elke kritiek bestand geloof in de maakbaarheid van de samenleving en van de mens in die samenleving. Wetten die hun doel niet onmiddellijk bereiken of ongewenste bijwerkingen hebben, worden veranderd, vaak al voor een goed beeld van hun werking is verkregen. De overheid reorganiseert zichzelf en legt reorganisaties op aan maatschappelijke velden, in een permanent veranderingsproces. De wetgeving wordt een tijdelijk verschijnsel, de uitkomst van overleg en onderhandeling, 'notulen van de samenleving' (Van Gunsteren); het wegwerprecht van een staccatomaatschappij (Zijderveld). Om niet in somberheid te vervallen kan men er op wijzen dat bestuurswetgeving altijd twee functies tegelijk uitoefent en wel in onderlinge spanning: instrument en waarborg. De Haan, Drupsteen en Fernhout menen dat waar instrumentalisering plaatsvindt compensatie kan worden gezocht door ook de waarborgfunctie goed te regelen.¹⁰ In het debat over deze visie wordt de opvatting van De Haan c.s. toch als te instrumentalistisch beschouwd. Dat leidt ertoe dat de auteurs zelf eerst een normerende functie toevoegen die aan alle regels eigen zou zijn. Na kritiek van Van der Hoeven wordt dit de legitimerende functie.¹¹ Dat klinkt niet alleen heel wat minder voornaam dan de Algemene Wil, het is ook een lege uitdrukking als niets bekend is over de feitelijke werking van wetten.

Wat blijft er na dit alles nog over van het traditionele gezichtspunt van de wetgever, als het meest algemene gezichtspunt van de rechtsstaat?

9. Dit is echter veel sterker het geval in het strafrecht en het bestuursrecht dan in het privaatrecht.
10. P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer 1968.
11. J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn 1989, p. 227-228.

2 De reflectieve wetgever

Die vraag is niet retorisch bedoeld. Het antwoord is onzeker. Nu eens neigt de wetgevingsdiscussie naar de gedachte dat het oude idee van de wet als het normatieve kader dat de grenzen aangeeft waarbinnen iedereen vrij is om te doen en te laten wat hij wil is verdrongen door het idee van instrumentele wetten die maakbaarheid en doelbereiking voorop stellen zonder zich van inherente grenzen iets aan te trekken.¹² Dan weer klinkt het geluid dat we na een periode van verkeerde inzet van wetgeving als instrument door een overheid die meer wilde regelen dan hij aankon bezig zijn juist terug te keren naar de oude, ordenende functies van de wet. Door alternatieven voor en in wetgeving zoeken we recht dat voor de leden van de samenleving meer bruikbaar is en dat hen steunt in hun vrijheden en verantwoordelijkheden.¹³ Het debat kan nog beide kanten op, debatten zoals deze lopen veel trager en over veel langere tijd dan de debatten over wetswijzigingen die geleid worden door de imperatieven van de politiek-ambtelijke cyclus van vier jaar. De stand van dit debat illustreert een belangrijke verandering ten opzichte van de liberale periode: de wetgever is reflectief geworden. Daar bedoel ik mee dat de gezaghebbende juristen die over of namens de wetgever spreken geneigd zijn hardop na te denken over de betekenis van wetgeving, over de zin en de functies ervan, voor staat en samenleving en dat daarbij niet een houding overheerst van vanzelfsprekend vertrouwen in wat wetten vermogen, maar beredeneerde scepsis en diepgaande twijfel. Terwijl de praktijk van het beleidsproces een voortdurend streven naar maakbaarheid van de samenleving laat zien, zijn onze wetgevers in persoon geen maakbaarheidsoptimisten meer.

De wetgever is reflectief geworden. Dat is vooral het geval sinds het kabinet Lubbers I in 1983 de eerste dereguleringsoperatie inzette (het Eindbericht van de commissie Geelhoed uit 1984 bevat zo ongeveer alle thema's die sindsdien de discussie beheersen).¹⁴ De reflectieve houding kon echter zo snel aanslaan omdat ze in feite al de gehele 20^e eeuw was voorbereid, te beginnen met de discussie over de keuze tussen administratieve rechtspraak en administratief beroep, waarin Struycken zoals al gememooreerd de 'terugtrek van de wetgever' aan de orde stelde. Een goed begrip

12. Kritisch over de tendens naar doel- en resultaatgerichtheid is P.C. Westerman, De onmogelijkheid van deregulering, *NJB* 2006/3, p. 132-137.

13. P.H. Donner legt deze visie neer in het algemene gedeelte van de nota *Bruikbare rechtsorde*, TK 2003-2004, 29 279, nr. 9 alsmede in een reeks toespraken over dit onderwerp, waaronder een toespraak bij de start van de opleiding van wetgevingsjuristen op 9 september 2002; zie ook zijn bijdrage aan F. Halsema et al. (red.), *Stoelendansen met de macht*, Den Haag 2006, p. 37-40.

14. Voor een overzicht van de geschiedenis van de dereguleringsoperaties, zie D. van den Bosch, Een bruikbare rechtsorde voor het onderwijs, in: *Bruikbare rechtsorde, hoger onderwijs als proeftuin*, NVOR, Den Haag 2005, p. 39-73.

van de ontwikkelingsgang van de reflectieve wetgever kan worden verkregen door de opvattingen van gezaghebbende juristen te volgen, met telkens aandacht voor een de tijdgeest typerende passage. In sectie 2.7 wordt het overzicht samengevat en van commentaar voorzien.

2.1 Struycken: de terugtred van de wetgever als vorm van willekeur

In zijn beroemde brochure *Administratie of rechter* beschrijft Struycken in 1910 eerst de terugtred van de wetgever. 'Waar met den dag onze sociale idealen steeds aangroeiende overheidsbemoeiing eischen in alle richtingen van ons leven, daar is, ja, de wet in 't algemeen steeds van die bemoeiing de grondslag, maar zij is ook veelal niet meer dan dat: zij bepaalt zich ertoe, in steeds toenemende mate, aan de administratie een algemeen titel te geven, op grond waarvan telkens in concreto door haar naar eigen inzicht de beperking onzer vrijheid wordt bepaald.' Dit bekende citaat heeft als achtergrond een duidelijk liberale, met Rousseau bekende, opvatting over de wet als omgrenzing van de burgerlijke vrijheid. Reflectief wordt Struycken even later:

*'Welk motief leidt den wetgever bij het bepalen van het meer of minder stringente der administratieve normen? Het antwoord op deze vraag is moeilijk te geven. Voor een deel heerscht hier toeval, willekeur; voor een ander deel is beslissend de variabiliteit in plaats en tijd van de toestanden, de verhoudingen, welke de wet wil beheerschen; daarnaast dringt somtijds het door den wetgever begrepen evolutieve karakter van nieuwe sociale ideeën, die ideeën niet in eene reeks bijzondere normen te belichamen maar ze aan de administratie zelve ter ontwikkeling over te laten: niet zelden ook zal de onmacht van de wetgever, als gevolg van de technische of sociale ingewikkeldheid der stof, hem beletten, andere dan vage, algemeene normen in de wet neer te leggen. (...) De omvang van de individuele rechtsbescherming (...) wordt bijna geheel bepaald door omstandigheden, die met betrekking tot hun rechtskring, niet dan toeval, willekeur kunnen heeten.'*¹⁵

Dit is een belangrijke bouwsteen in een betoog dat ertoe strekt de genoemde wetgevende willekeur door de administratie zelf in hoger beroep te laten uitbannen.

2.2 Böhlingk en de crisis van de rechtsstatelijke welvaartsstaat

In zijn oratie *De rechtsstaat Nederland* uit 1958 plaatst Böhlingk de terugtred van de wetgever in de context van de crisis van de rechtsstaat die veroorzaakt wordt door de opkomst van wat dan de welvaartsstaat heet, later de verzorgingsstaat zal heten en nu geen naam meer draagt (maar nog wel

15. A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, a.w., p. 18-19.

naam mag hebben). De toon is allereerst reflectief-kritisch: 'In de liberale rechtsstaat is geen enkel ambt bevoegd tot het scheppen van ge- en verboden in concreto (dwz. incidentele beschikkingen zonder waarborg voor gelijke behandeling van gelijke gevallen, WJW). Een zo vergaande bevoegdheid vertrouwt men zelfs aan de wetgevers niet toe: zij mogen niet anders dan bij algemene regeling ge- of verbieden. En de administratie mag zelfs dit laatste niet. In de welvaartsstaat komt dit ganse stelsel op zijn kop te staan: de algemene regels, die de wetgevers stellen, worden steeds inhoudslozer doordat zij van alles en nog wat aan het oordeel van de administratie overlaten; en deze laatste schept geboden en verboden in concreto, een arbeid, die in de oude rechtsstaat zelfs aan wetgevende ambten niet werd toevertrouwd! Tegen dit nieuwe en voor de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zeer gevaarlijke verschijnsel van wat Van Vollenhoven clandestiene wetgeving noemde, is de oude theorie niet opgewassen.' Böhrling toont zich echter vervolgens reflectief-constructief als hij een aantal voorstellen ontwikkelt om de rechtsstatelijkheid van het bestuur te versterken. Hij bepleit dat 'het gehele overheidsbedrijf, zowel intern als naar buiten toe en ongeacht of daarbij wel of geen geboden of verboden worden gesteld, onder de heerschappij van algemene regelingen wordt gebracht.' Dat is een gedachte die de weg openlegt naar een wetgevingsbeleid waarover overigens pas 20 jaar later zal worden gesproken. Böhrling vervolgt: 'De vrijheid, die deze algemene regels veelal aan de administratie moeten laten, dient gecorrigeerd te worden door een verbeterd stelsel van rechtsbescherming, waarin rechters en vooral administratieve beroepsinstanties waken tegen schending van rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur. Het kan echter niet de bedoeling zijn incidentele willekeur van de administratie te bestrijden met algemene regelingen en rechtsbeginselen om zich vervolgens neer te leggen bij de systematische willekeur van een ondeugdelijke algemene regeling. Ook de wetgevers, de hoogste niet uitgezonderd, zijn aan rechtsbeginselen gebonden en hun wetgeving dient daarop gecorrigeerd te worden.'¹⁶ Zo neemt het betoog weer een kritische en reflectieve wending. Böhrling heeft hier eigenlijk geen oplossing te bieden, hij aarzelt over de wenselijkheid van rechterlijke toetsing en twijfelt nog over de mogelijkheid om tegen algemene regelingen beroep op de rechter open te stellen. Dit onderdeel van zijn rechtsstatelijke programma eindigt zo in onzekerheid, maar wel van een reflectieve soort.

2.3 Koopmans en de omkering van de triasleer

Koopmans kiest in zijn rede *De rol van de wetgever* uit 1970 de invalshoek van het inmiddels sterk veranderde overheidsbeleid dat de wet inzet als in-

16. F.R. Böhrling, *De rechtsstaat Nederland*, oratie Amsterdam 1958, p. 7-8 en p. 17-18.

strument van beleid gericht op politiek wenselijk geachte sociale verandering. De wet is geïntegreerd in een scala van beleidsinstrumenten en maakt voortaan als inhoudsarme kaderwet de weg vrij voor de inzet van andere instrumenten. 'De wetgever is daarom niet de beleidsbepaler; hij maakt beleid mogelijk en hij helpt het uitvoeren. Juist door de pretentie die hij heeft gekoesterd om de maatschappij te veranderen ziet hij zijn eigenlijke taak tussen zijn vingers doorglijpen. Het gecoördineerde en sterk anticiperende optreden dat voor sociale ingrepen is vereist, kan door een volksvertegenwoordiging niet worden opgebracht (...). Zo komen wij tot een merkwaardige omkering van de triasleer: het wetgevend orgaan participeert in de beleidsvoorbereiding, verschaft het juridische kader voor de beleidsvoering en executeert mede een reeds vaststaand beleidsprogram; de executieve vormt en voert het beleid en is daarmee in de eigenlijke zin des woords 'wet-gever' geworden.' De volksvertegenwoordiging heeft niet meer door middel van wetgeving een sterke invloed op het beleid, zodat het tijd wordt voor een 'agonizing reappraisal' die bij Koopmans uitdraait op een pleidooi voor een door het parlement te ontwikkelen legislatief beleid. Maar hoever moet dit gaan? Koopmans bepleit opname van grondrechtelijke aspecten in de wet zelf, evenals ontwerp van het institutionele raamwerk en omschrijving van het toepassingsgebied. Maar dan slaat de reflectieve twijfel toe. 'Moeilijker is de vraag te beantwoorden of ook de richting van het beleid in de wet zou moeten worden vastgelegd. Hoewel ik geen voorstander ben van wetsbepalingen die vrijwel neerkomen op een blanco volmacht, lijkt het mij niet juist de keuze tussen beleidsalternatieven te bevriezen.'¹⁷ Flexibiliteit blijft dus vereist, het is onmogelijk vooraf keuzen te maken tussen wellicht met elkaar strijdige beleidsdoelstellingen die in praktische compromissen beide aan hun trekken moeten komen; ook ziet Koopmans geen heil in het uit de sociale grondrechten afleiden van wettelijk vastgelegde beleidskeuzes.¹⁸

2.4 Geelhoed en de functionaliteit van de wet in de interveniërende staat

Het is tijd voor een tussenbalans. Hoewel de opmerkingen van Struycken, Böhrling en Koopmans in heel andere maatschappelijke omstandigheden worden gemaakt, vertoont het debat in ongeveer 70 jaar een grote mate van continuïteit; juristen uit 1910 zouden artikelen uit 1970 goed kunnen begrijpen en Struycken zou zelfs op de vergadering van de NJV in 1979 die

17. T. Koopmans, *De rol van de wetgever*, a.w., p. 10-14.

18. Later zal Hirsch Ballin laten zien dat het wel degelijk mogelijk is aan de sociale grondrechten, geïnterpreteerd als bijdragen tot een grondrecht op vrijheid, richtsnoeren voor wetgeving te ontleenen. E.M.J. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn 1989 (1982). Overigens is de continuïteit met de discussie over het materieel wetsbegrip en de legaliteits-eisen aan het bestuur ook opvallend.

aan de wetgever gewijd was ongetwijfeld een gewaardeerde spreker geweest zijn. De reflecties worden, naarmate de overheid zich sterker met de maatschappij bemoeit, wel steeds urgenter. De discussie maakt nu echter een wending. De volgende gezaghebbende jurist werkt in een andere context die kort als volgt kan worden aangeduid. Sinds het eind van de jaren 60 brokkelt de verzuilde politieke bovenbouw van de maatschappelijke ordening af, waait een geest van vrijheid en revolutie door de samenleving, komen er nieuwe politieke strijdvragen en nieuwe bewegingen en organisaties in beeld en heerst alom onvrede over het politieke bestel dat aan democratisering toe is. Sociale wetenschappers ontdekken de grenzen aan de inzet van het recht als beleidsinstrument. Van Gunsteren bekritiseert op indringende wijze de zoektocht naar beheersing vanuit een centraal punt die gestalte krijgt in planning en overheidsregulering, Griffiths richt de aandacht op de door de antropologe Moore beschreven semi-autonome sociale velden waarin de belangenstrijd om het praktische gebruik van rechtsregels plaatsvindt en die door hun alomtegenwoordigheid en taaiheid doelgerichte pogingen tot beheersing van de praktijk door middel van regels in de weg staan.¹⁹ Niet veel later gaat de politieke discussie over de stuurbaarheid maar vooral ook de betaalbaarheid van de verzorgingsstaat die zich inmiddels heeft gevormd en komt een ander economisch paradigma in binnen- en buitenland aan de macht (micro- in plaats van macro-economisch, Friedman in plaats van Keynes) dat regulering door de overheid in toenemende mate opvat als verstoring van vrije marktprocessen. Politiek en bestuur beginnen op de nieuwe trends te reageren. De voorheen vooral academische discussie over de wetgever wordt bestuurlijker en gericht op verandering van het overheidsoptreden van binnenuit. De overheid wordt zelf deel van het probleem in plaats van deel van de oplossing. De reflectieve wetgever maakt pas op de plaats.

Geelhoed krijgt in deze situatie van het kabinet Lubbers I de opdracht een omvattend plan te maken voor deregulering van het overheidsoptreden. De notitie *De interveniërende staat* en het *Eindbericht* zijn bijdragen aan een nieuw genre: de ambtelijke nota met een hoog academisch niveau. Er wordt een analyse gepresenteerd van de verschillende functies van de staat (ordenend, presterend, sturend, arbitrerend) en de interventiesoorten die daarbij aansluiten. Niet alleen de samenleving is complex geworden, de overheid is dat ook. Geelhoed ziet in de organisatie van het wetgevingsproces complicaties die de sturing van de samenleving bemoeilijken. 'In het wetgevingsproces zijn verschillende krachten werkzaam die ertoe bijdragen dat te veel, te ingewikkelde en te omvangrijke wetten en regelingen worden geproduceerd.' Geelhoed wijst op regelcrakkoorden en beleidsnota's waarin de richting van het beleid al wordt vastgelegd voordat men heeft

19. H.R. van Gunsteren, *The Quest for Control*, London 1976; J. Griffiths, *Is Law Important?*, Deventer 1978; S.F. Moore, *Law as Process*, London 1978.

nagegaan of een wettelijke regeling de problemen wel kan oplossen. De politiek-bestuurlijke werkwijze leidt tot van de praktijk losgezongen compromissen en vergt veel tijd, zodat aan het einde van het proces de politieke en maatschappelijke realiteit al een andere zijn. De onderhandelingen leiden tot overbodige detaillering, tot de wens zoveel mogelijk bevoegdheden in de wet op te nemen (die in de praktijk niet werken of verzet oproepen) en tot onderschatting van kosten en neveneffecten, terwijl de handhavingsproblemen worden verwaarloosd. Dat brengt Geelhoed tot deze analyse:

*'Aan een afweging waarbij de mogelijkheden en beperkingen van uiteenlopende lichtere en zwaardere soorten interventies met al hun neveneffecten in een breder verband vooraf worden onderzocht, komt men al in de eerste fase van de voorbereiding van een wetsontwerp onvoldoende toe. Het zich blind staren op de eigen specifieke beleidsdoelinden leidt tot een onjuiste waardering van hergeen de overheid met de wet vermag en tot ongefundeerde verwachtingen omtrent de maatschappelijke reacties op het nieuwe instrumentarium. Het resultaat hiervan, in de vorm van disproportioneel zware en omvangrijke conceptregelingen, bepaalt de verdere loop van het wetgevingsproces. Omdat gewoonlijk wordt vastgehouden aan de aanvankelijk gekozen ambitieuze opzet, zal het overleg en de besluitvorming in alle volgende fasen op verdere optuiging, uitbreiding en verfijning van het wetsontwerp uitlopen. Als het ware ongemerkt wordt de wet als resultaat van de eigen inspanning centraal gesteld, en blijft er steeds minder ruimte voor bezinning over het resultaat van de wet. De in eerste opzet ontworpen wet lijkt als afgeleid doel dan alle nadere compromissen te rechtvaardigen.'*²⁰

De analyse van de commissie Geelhoed wordt gevolgd door aanbevelingen die bij de onderdelen van de reflectieve wetgever tot een grote mate van, vooral intern gerichte, activiteit leiden. Er komen *Aanwijzingen voor de regelgeving* tot stand, een regeringscommissaris voor de wetgeving (Hirsch Ballin, Kortmann) gaat rapporteren over de praktijkervaringen hiermee, deregulering wordt een van een reeks grote operaties die het functioneren van de gehele overheid betreffen en die in de loop van de jaren door telkens nieuwe grote veranderingsprojecten zullen worden opgevolgd. Een intensieve fase van academische discussie breekt aan, waarin er proefschriften en preadviezen verschijnen, en fora worden gecreëerd waar wetenschappers en wetgevingsjuristen elkaar treffen. De reflectieve wetgever leert luisteren naar zichzelf.

20. Commissie Geelhoed, *Deregulering van overheidsregelingen (Eindbericht)*, TK 1983-1984 17931, nr. 9, p. 58. Stoop neemt in haar proefschrift de analyse van Geelhoed tot uitgangspunt van een kritische analyse van het wetgevingskwaliteitsbeleid dat erop is gevolgd. J.L.H.M. Stoop, *Betekeningen van het wetgevingskwaliteitsbeleid*, Den Haag 2005.

2.5 Tjeenk Willink en de complexiteit van de overheid

Vanaf deze tijd nemen de reflectieve uitingen van de wetgever in aantal sterk toe. Het wordt een standaard onderdeel van beleidsstukken om op de taak en de beperkingen van de wetgever in te gaan, van regeringsverklaringen tot aan de memorie van toelichtingen bij justitiële veegwetten aan toe. Er blijven echter ook subtiële individuele observaties van mensen die het wetgevingsbedrijf van binnen uit kennen en het in een bredere context plaatsen; deze beschouwingen zijn intellectueel interessanter, al zijn de routinematige reflecties een onderschat verschijnsel. Tjeenk Willink – de man met vele eigenschappen: academicus, praktijkjurist, regeringscommissaris voor de rijkdienst, voorzitter Eerste Kamer, vice-president Raad van State – schrijft elk jaar een essay vol reflectieve opmerkingen over de vele ingewikkelde problemen tussen overheid en burger dat hij een plaats geeft in dat beleidsstuk par excellence: het jaarverslag van de Raad van State. Reflectie wordt ingebed in routine.

Wie een aantal van deze essays naast elkaar legt, wordt getroffen door de manier waarop telkens weer gesignaleerd wordt dat de overheid veel grote operaties onderneemt, dat er veel beweegt en verandert, maar dat de grote en structurele problemen daardoor niet worden opgelost. In 2000 signaleert Tjeenk Willink een streven naar strengere regels, meer coördinatie en betere controle en handhaving. Dat gaat echter heen langs de werkelijke problemen, zoals de tekortschietende politieke regie door ministers, minister-raad en parlement; het uiteenlopen van de tijd die politici beschikbaar hebben, de tijd die ambtelijke organisaties nodig hebben en de tijd waarin maatschappelijke processen zich voltrekken; de gebrekkige afweging van eisen, aspecten en belangen in wet en beleid; de verkokering en slechte aansluiting tussen beleid en uitvoering bij de ambtelijke organisatie; onduidelijke spelregels voor het verkeer tussen overheid en maatschappij. 'Verbetering in de kwaliteit van de overheid is alleen bereikbaar als de eigen aard van de overheid als uitgangspunt wordt genomen', vervolgt Tjeenk Willink, maar eenvoudig is dat niet, want de overheid is geen eenheid, maar een verwarrende veelheid. 'Een gedifferentieerd en geleed samenstel van organisaties, posities en verhoudingen.' Wat de regelgeving betreft, die wordt maar al te vaak gemaakt door met elkaar onderhandelende organisaties (overheid en maatschappelijke organisaties), met onvermijdelijke afstand tot enerzijds de uitvoerders en anderzijds de burgers. De makers van regelingen zijn teveel naar binnen gericht en op elkaar betrokken, wat een verkeerd soort reflectiviteit is. Tjeenk Willink zegt dat dat altijd al zo was, maar nu nog versterkt is door 'de terugtrek van de overheid, die in de praktijk vaak een terugtrek van de politiek inhield, door het op afstand zetten van de uitvoering en door het weglekken van deskundigheid uit de overheidsorganisatie.' Deze ontwikkelingen tasten de eigen

positie van de overheid nog verder aan. Meteen signaleert Tjeenk Willink een nieuwe complicatie:

'Tegelijkertijd is de wederzijdse afhankelijkheid gegroeid van politici, bestuurders en ambtenaren: van wetgeving, uitvoering en rechtspraak; van Europese, nationale en lokale overheden; van overheden, bedrijven, maatschappelijke organisaties en burgers. Steeds meer moet in beleidsketens en processen worden gedacht. Oorzaken en gevolgen raken verstrengeld. Verantwoordelijkheden lopen in elkaar over. De overheid als medespeler en als onderhandelingspartner verdringt de overheid als hoeder van het algemeen belang en arbiter. Wie is nog aanspreekbaar voor wat?'²¹

Het is niet zo dat Tjeenk Willink niet, elk jaar weer, probeert deze lastige vragen over de complexiteit van de overheid te beantwoorden. Maar gezien vanuit het gezichtspunt van de reflectieve wetgever zijn het toch vooral de vragen die blijven hangen.

2.6 Donner en de bruikbaarheid van de rechtsorde

In tegenstelling tot de problematiserende, essayistische stijl van reflectie die we vinden bij de Raad van State, heeft de afsluitende kernpassage juist een sterk stellend karakter. In de nota *Bruikbare Rechtsorde* (2004) probeert minister van justitie Donner dan ook een positief programma te ontwikkelen voor de aanpak van de inmiddels vertrouwde problemen die nu echter in termen van 'regeldruk' en 'overregulering' worden omschreven. De eerste taak van de wetgever is, volgens de nota, de maatschappelijke infrastructuur te bevorderen die burgers het samenleven mogelijk maken. 'Voorschriften die dit onderlinge verkeer ordenen zullen niet primair als belastend worden ervaren. Wetgeving dient dit in de eerste plaats voor ogen te hebben. De overheid moet de vrijheid van burgers en instellingen om zelf te kiezen, om naar eigen inzicht antwoorden te vinden op maatschappelijke problemen en om samen met anderen problemen of knelpunten op te lossen, centraal stellen.' Deze formule is zowel liberaal als christen-democratisch als sociaal-democratisch te duiden. De praktijk wijkt er kennelijk vanaf, want 'burgers ervaren soms ook overregulering'. Regels zijn vaak voor de burgers zelf niet bruikbaar bij de aanpak van de door hen ervaren problemen. Donner inventariseert: regels kunnen onbruikbaar zijn (ontoereikend of onrechtvaardig); ze kunnen inconsistent zijn (tegenstrijdig, niet consistent, onvoldoende afgestemd); en regels zijn soms onnodig (te belastend, onnodig belemmerend). Donner schetst vervolgens drie lijnen waarlangs wetgeving beter bruikbaar kan worden gemaakt, waarvan de eerste lijn, die van de principiële aanpak, is waar het nu om gaat.

21. Raad van State, *Jaarverslag 2000*, Den Haag 2000, p. 16-21.

De wetgever moet niet vertrekken vanuit het belang van de overheid, maar vanuit het idee, dat de belanghebbende burgers hun belangen tot hun recht moeten laten komen en dat kwetsbare belangen daarbij bescherming behoeven. Verder moet de wetgever af van het uitgangspunt dat overheidsbestuur effectiever en rechtvaardiger wordt door te streven naar minutieuze gelijkheid van behandeling door alle gevallen en uitzonderingen in regels onder te brengen. De wetgeving moet het in bepaalde gevallen kunnen doen met abstracte normen die door uitvoerders worden toegepast in een permanente open communicatie met het veld. Wettelijke normen moeten zo worden geformuleerd, dat in de uitvoering recht kan worden gedaan aan veranderingen in maatschappelijke omstandigheden. Toezicht en handhaving moeten daarop worden toegesneden. Maatschappelijke organisaties kunnen een belangrijke rol vervullen. De wetgeving kan beter geschikt worden gemaakt voor zelfregulering in bepaalde domeinen.²²

In deze passage formuleert Donner een algemeen normatief uitgangspunt, verworpt een ander normatief uitgangspunt en noemt dan vijf open geformuleerde doeleinden van het wetgevingskwaliteitsbeleid; in het vervolg van de nota worden deze in projecten en modellen verder uitgewerkt. Het is een bij uitstek reflectieve passage, gemengd academisch en bestuurlijk-ambtelijk. Er staan trefwoorden in die de lezer alle eerdere discussies in gedachten kunnen brengen. De verbinding met het verleden is nog in de taal aanwezig, terwijl er toch nieuwe intenties worden aangekondigd.

2.7 De institutionalisering van de reflectieve wetgever

Wic de worstelingen ziet van juristen die zich rekenschap geven van de veranderingen in de rol van de wetgever, ziet met het verloop van de tijd de wetgever reflectiever worden en ziet ook dat de sociale betekenis van die reflecties verandert. Een hoofdzakelijk academisch discours dat wel effecten heeft op de praktijk, verandert in een hoofdzakelijk bestuurlijk-ambtelijk discours dat nog wel gevoed blijft worden vanuit de wetenschap. Het begint met hardop nadenken over de positie van de wetgever in de staat en de samenleving, waarbij degenen die over of vanuit de wetgever het woord voeren blijf geven van scepsis en twijfels in plaats van een vanzelfsprekend vertrouwen dat de wetgever in staat is de gerezen problemen op te lossen. Naarmate de problemen hardnekkiger blijven en ook van aard veranderen, worden de analyses van veranderingen in de maatschappij en bij de overheid breder. De complicerende factoren stapelen zich op, terwijl men moeilijk tot handelen komt, al is er geen gebrek aan plannen en goede voornemens. De gedachte van een wetgevingsbeleid dient zich aan: wetgeving als voorwerp van de aanhoudende zorg van de overheid. De reflectieve wetgever bereikt een metaniveau (regels over regels) als de *Aanwij-*

22. *Bruikbare rechtsorde*, TK 2003-2004 29 279, nr. 9, p. 2, 9, 10, 12.

zingen voor de regelgeving tot stand komen. Met de Grote Operaties van Lubbers I treedt een verdere institutionalisering in. Er komen ambtelijke organisatievormen die zich met het reflecteren over de wetgever bezig houden. Het wetgevingsbeleid wordt herkenbaar in de organisatie van de overheid. De institutionalisering zet zich nog verder door middels visitatiecommissies, een beroepsvereniging voor wetgevingsjuristen, de oprichting van Actal (een waakhond voor administratieve lasten) en de Academie voor Wetgeving. Raad van State, Algemene Rekenkamer en Eerste Kamer ontwikkelen – eerst los van elkaar, maar de laatste jaren in samenspraak – criteria voor kwaliteitstoetsing van wet- en regelgeving.

De institutionalisering van de reflectieve wetgever laat soms debatten op hoog niveau zien. Een voorbeeld is de discussie in de Eerste Kamer over de rapporten van de Algemene Rekenkamer over de kloof tussen beleid en uitvoering. De Eerste Kamer doet eerst uitvoerig eigen onderzoek dat het beeld oplevert van structurele communicatieproblemen tussen beleidsambtenaren en uitvoerende diensten. Daarna vindt een debat plaats met de regering.²³ Dit debat eindigt echter op karakteristieke wijze in een misverstand. Per motie vraagt de Eerste Kamer de regering unaniem om voortaan bij elk wetsvoorstel informatie te verschaffen waarin de uitvoerende instanties zelf aan het woord komen over de vooruitzichten voor een goede uitvoering en handhaving van de voorgestelde regels. Deze motie Van Thijn wordt door de regering eerst naast zich neer gelegd. Pas na lang aandringen vertaalt de regering de motie in iets anders: ruimere toepassing van de juridische kwaliteitstoetsen die bij Justitie ontwikkeld zijn om van achter het bureau in te schatten hoe de uitvoering en de handhaving met nieuwe regels belast worden (zoals de Tafel van Elf). De regering begrijpt kennelijk de strekking van de motie Van Thijn niet: dat men niet de mening van het departement wil horen maar de mening van de uitvoerders zelf, ongefilterd door een departementaal beleidsproces.

Zo eindigt reflectie die veelbelovend begint vaak in een impasse of in herhaling van zetten. Reflectie die geïnstitutionaliseerd is, wordt maar al te gemakkelijk een loos ritueel. Voorbeeld is de regeringsreactie op het WRR-rapport *Bewijzen van goede dienstverlening*.²⁴ De WRR bepleit meer ruimte voor professionals om hun werk goed te doen. Dat lokt bij de regering een instemmende reactie uit, maar in een adem door komt de mededeling dat wat de WRR wil, al gebeurt. Het gaat om een cultuuromslag in het den-

23. Algemene Rekenkamer, *Rapportenreeks Tussen beleid en uitvoering*, Den Haag, sinds 1997; Memorandum van de Vaste Commissie Binnenlandse Zaken van de Eerste Kamer, *Tussen beleid en uitvoering: lessen uit recent onderzoek van de Algemene Rekenkamer*, EK 2003-2004, 28 831, A; Motie Van Thijn, 14 september 2004, EK 2003-2004, 28 831, B.
24. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Bewijzen van goede dienstverlening*, Amsterdam 2004.

ken van beleidsmakend Nederland, geeft de regering toe, maar 'het kabinet is al voortvarend aan de slag met grote dereguleringsoperaties en acties ter vermindering van de administratieve lasten voor burgers en bedrijven. Dit zal verbroed worden naar een stevige vermindering van regels en administratieve lasten voor instellingen.' Dan wordt de regeringsbrief bij uitstek reflectief:

*'Het kabinet hecht eraan te benadrukken dat de beoogde transformatie van wantrouwen naar vertrouwen niet alleen gevolgen heeft voor de beleidsmakers, uitvoerders en toezichthouders. Het heeft ook gevolgen voor de politieke aansturing. Als wij daadwerkelijk ruimte willen laten aan en vertrouwen hebben in de uitvoerders, vereist dat van ons allen – zowel de regering als het parlement – de ambitie om ons te beheersen en terughoudend te zijn met nadere regelgeving, verantwoordingsplichten en toezichtconstructies. Dat is de uitdaging waar wij allen de komende jaren voor staan.'*²⁵

Zoals het gebruik van het woord 'wij' hier al aangeeft, is dit typisch een oproep tot mentaliteitsverandering. Te vrezen valt dat het een loos gebaar is. Tjeenk Willink, die al sinds 1985 meer ruimte voor de uitvoerders van het beleid voorstaat, is dan ook sceptisch gestemd: 'Er is eerder sprake van meer regels, meer controle. Ook in 1985 deelde iedereen wel min of meer mijn analyse over de kloof tussen beleidsvormers en uitvoerders. (...) Op de departementen kent men de concrete problemen van de uitvoerders vaak niet. Dat veranderen is een hels karwei.'²⁶

2.8 De ingekaderde wetgever

De reflectieve wetgever, zo is de strekking van het voorgaande, heeft resultaten geboekt – iedereen die de vordringen van eerst de *MDW-operatie* en daarna de projecten van de *Bruikbare Rechtsorde* enigszins heeft gevolgd, kan dat beamen – maar is ook in een vicieuze cirkel terecht gekomen. Systematische en institutioneel verankerde reflectie op de (beperkte) mogelijkheden van de wetgever vindt geen vertaling in een consequent volgehouden wetgevingskwaliteitsbeleid op alle terreinen waarop de overheid actief is. Hoewel telkens kritiek wordt geventileerd op de instrumentalistische instelling van overheidsregulering, blijven er ook telkens nieuwe instrumentalistische wetgevingsprojecten opkomen die dan weer aanleiding zijn voor nieuwe bezorgde reflecties. De reflectieve wetgever komt – als passages over de rol van de wetgever tot routine en tot rituele opwekking verworden – uiteindelijk vooral zichzelf tegen.

25. *Modernisering van de overheid*, TK 2004-2005 29 362, nr. 32, p. 2, 3.

26. 'Politici hebben hun eigen functie verwaarloosd', Interview met Tjeenk Willink door Ab Klink, *Christen Democratische Verkenningen*, Winter 2003, p. 20-29.

De impasse is voor een belangrijk deel conceptueel van aard. De reflectieve wetgever zoekt andere, betere mogelijkheden om regulerend op te treden en beseft dat daarvoor ook nieuwe voorstellingen nodig zijn van de rol van de overheid in de samenleving. De aangehaalde passages uit *Bruikbare Rechtsorde* getuigen daarvan. Dat kan echter alleen lukken als wordt aangesloten bij de twee dominante denkramen die aan wetgevend optreden door de overheid of binnen sociale velden zo'n verschillende betekenis geven: enerzijds het 'frame' van de overheid die van bovenaf de samenleving overziet en intelligent discussieert, intervenueert en manoeuvreert en anderzijds het 'frame' van de praktijk of het sociale veld waar interventies van buitenaf in de vorm van regels soms als nuttig en soms als verstoring van de interne orde worden ervaren. 'Frames' zijn, in de omschrijving van Schön en Rein, 'underlying structures of belief, perception, and appreciation ... on which people and institutions draw in order to give meaning, sense, and normative direction to their thinking and action.'²⁷ Een 'frame' of denkraam bepaalt hoe iemand de wereld om zich heen ziet en waardeert; het denkraam selecteert relevant geachte feiten, stelt bepaalde normatieve vragen centraal en laat andere uit beeld; en het denkraam presenteert meteen een passende normatieve reactie (hoe te handelen, welke oplossingen in aanmerking te nemen etc.). Als deelnemers aan een debat verschillende, elkaar uitsluitende denkramen hanteren zullen zij het niet alleen moeilijk eens worden, zij begrijpen elkaar ook niet. Wie de overheid als een bedrijf ziet – dat programmatisch en doelmatig moet worden bestuurd – kan degene die de overheid als een rechtsstaat ziet (waarin fricties en verspilling nodig kunnen zijn om het machts evenwicht te waarborgen), niet altijd begrijpen of overtuigen.

'Frames' staan niet altijd recht tegenover elkaar, ze schuiven (en schuren) ook wel langs elkaar heen. Regulering door de overheid wordt doorgaans gezien in een denkraam dat 'top-down' gestructureerd is, met de democratisch gelegitimeerde overheid aan de top en de samenleving als te reguleren entiteit daaronder. Daartegenover kan men ook een 'bottom up' relatie tussen samenleving en overheid voorstellen. Maar zo staan de perspectieven niet tegenover elkaar; in feite is het denkraam van de vanuit de top-down optiek te reguleren 'velden' er een dat centrum plaatst tegenover periferie en de eigen handelingspraktijk of het eigen veld als centrum beschouwt, de interveniërende overheid als een kracht die van buiten komt, uit de marge. Het ministerie van onderwijs ziet zichzelf als de besturende top van sectoren van onderwijsorganisaties die het beleid mee vormgeven en uitvoeren en de beleidsinzichten doorgeven en vertalen naar daar weer onder gelegen niveau's waar men langzamerhand met scholen en andere onderwijsinstellingen te maken krijgt. Vanuit een bepaalde school of on-

27. Donald A. Schön en Martin Rein, *Frame Reflection. Toward the Resolution of Intractable Policy Controversies*, New York 1994, xiii.

derwijsinstelling gezien is het beeld veelmeer dat van een centrum (waar de eigen instelling en de eigen activiteiten en de eigen leerlingen, docenten en ouders centraal staan) met daaromheen een veld van actoren die de condities van het centrum kunnen beïnvloeden maar dat doen 'vanaf de zijlijn'. Gelaagdheid van bestuurlijke organisaties is iets anders dan gradaties van afstand tot het eigenlijke werk. De twee denkramen schuiven en schuren zo langsk elkaar heen; top-down correleert niet met centrum-periferie.²⁸

Zo is de wetgever altijd al op twee manieren conceptueel ingekaderd, zonder dat de deelnemers aan ontwerpprocessen of uitvoeringspraktijken zich daarvan bewust hoeven te zijn. Voor het streven naar alternatieve regulering is dit een constatering om te onthouden: we zullen nog zien dat alternatieve regulering om succesvol te zijn de brug moet slaan tussen beide visies. Eerst moeten we echter meer greep krijgen op de vele verschijningsvormen van alternatieve regulering.

3 De alternatieve wetgever

De reflectieve wetgever staat voor een reguleringsdilemma. Daarom gaat men op zoek naar vormen van alternatieve regulering. Het bereiken van politiek bepaalde doelen staat daarin nog steeds voorop, maar om die doelen te bereiken schakelt men het zelfregulerende vermogen van het veld in. De al aangehaalde nota *Bruikbare Rechtsorde* spreekt onder de noemer 'de principiële aanpak' van 'de ontwikkeling en toepassing van wetgevingsconcepten die ruimte maken voor eigen verantwoordelijkheid voor de burger'.²⁹ En als we ons dan afvragen op wat voor manieren die ruimte voor eigen verantwoordelijkheid moet ontstaan, zien we allereerst vier varianten die een ander type regulering introduceren. Zorgplichtbepalingen worden omschreven als 'vrij algemeen geformuleerde gedragsnormen die een bepaalde verantwoordelijkheid van de burger markeren en die hem niet dwingend en gedetailleerd voorschrijven hoe hij precies moet handelen omdat er verschillende manieren zijn waarop het door de zorgplicht beschermde belang kan worden bereikt.' Bij doelvoorschriften daarentegen wordt juist een bepaald te bereiken doel zo concreet en scherp mogelijk omschreven en wordt het aan de burger (vaak een bedrijf) overgelaten een manier te bedenken om aan dit doel te voldoen. De wet kan er ook van afzien eisen te stellen (in de vorm van bijvoorbeeld zorgplichten of doelvoorschriften), maar van instellingen en burgers verwachten dat zij met elkaar afspraken maken over kwaliteitseisen voor de praktijk (van bijvoorbeeld de zorg of

28. Dit lijkt mij een tekortkoming van rechtssociologische visies op de rechtsstaat die de gangbare top-down benadering omdraaien en een bottom up benadering bepleiten, zoals M. Hertogh, *De levende rechtsstaat*, Utrecht 2002.

29. *Bruikbare rechtsorde*, a.w., p. 14.

het onderwijs) om die afspraken vervolgens algemeen verbindend te verklaren; als de afspraken niet tot stand komen of niet stroken met algemene belangen kan er alsnog op regulering worden teruggevallen (dat is dus een stok achter de deur bij deze variant van alternatieve regulering). Vooral voor bedrijven kan gebruik gemaakt worden van de erkenning van zelfzorgsystemen, waar de nadruk ligt op de kwaliteit van de protocollen die het bedrijf opstelt en in praktijk brengt om aan een vrij abstract geformuleerde gedragsnorm te voldoen; dit is dus eigenlijk een zorgplicht die gecombineerd wordt met toetsing van het protocol.

Is hier de reguleringsstijl het aangrijpingspunt, er zijn ook vormen van alternatieve regulering die hun heil zoeken in een andere aanpak van het toezicht, de handhaving en de rechtsbescherming. De nota noemt mogelijkheden om alternatieve toezichtinstrumenten te ontwikkelen. Dat wil zeggen dat andere actoren dan de overheid worden ingeschakeld om toezicht uit te oefenen op publieke normen (te denken valt aan afnemers, klanten of belanghebbenden). De overheid kan zelf meer werken met bestuurlijke boetes of alternatieve geschillenbeslechting bevorderen. Ook wijst de nota op de mogelijkheid om geen concrete normen voor te schrijven en daarvoor een handavingsmechanisme te kiezen, maar te volstaan met de norm dat degene die inbreuk maakt op een te beschermen belang aansprakelijk is voor de schade die daarvan het gevolg is; dat betekent dat het aansprakelijkheidsrecht wordt geactiveerd en gebruik gemaakt kan worden van een verzekeringsplicht.³⁰

Als het de lezer van *Bruikbare Rechtsorde* enigszins begint te duizelen van de alternatieve reguleringsmodellen, moet deze lezer zeker niet doorbladeren naar de inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten die in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken werd verricht (er wordt naar verwezen in *Bruikbare Rechtsorde*) en die maar liefst 22 verschillende alternatieve reguleringsinstrumenten in kaart brengt, compleet met overzicht van hun voor- en nadelen, en dat dus alleen op het terrein van Economische Zaken!³¹ De vraag dient zich onherroepelijk aan: Wat is alternatieve regulering nu eigenlijk precies en gaat het om hetzelfde verschijnsel dat al vele jaren bekend staat als zelfregulering? De variatie in verschijningsvormen is waarschijnlijk te groot om sluitende definities te geven. Zinvoller lijkt het om alternatieve regulering naast zelfregulering te plaatsen tussen regulering en non-regulering in.

30. Bij dit overzicht van wat de nota zelf 'reguleringsmodellen' noemt, teken ik aan dat de inzet van de bestuurlijke boete mij geen regulering in eigenlijke zin lijkt en dat de ook door de nota genoemde mogelijkheid om planverplichtingen voor overheden te schrapen hooguit op indirecte wijze gevolgen heeft voor de regulering van de burgers. Het geheel maakt nog geen systematische indruk.

31. Barbara Baarsma et al., *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, SEO Amsterdam 2003.



3.1 Regulering

Bij regulering gaat het om het uitvaardigen en handhaven van regels door en onder verantwoordelijkheid van de overheid. De wetgever trekt zich bepaalde belangen aan en stelt regels ter bescherming van die belangen; het bestuur is belast met uitvoering van door regels omschreven beleid, zorgt voor handhaving van de regels, organiseert toezicht en terugkoppeling naar de wetgever; de rechter beslecht conflicten op basis van de wetten en regels. Dat is het traditionele beeld van regulering. Het past in het normatieve kader van de trias politica dat in de Nederlandse rechtscultuur zowel naar scheiding van machten als naar evenwicht tussen machten verwijst en het geruststellende perspectief biedt van regulering die zelf ook weer gereguleerd is, aan grenzen gebonden, van waarborgen voorzien.³² Als meervoudig model van hoe de overheid moet optreden als zich een maatschappelijk probleem aandient is het nog steeds ijzersterk.

Regulering neemt vele vormen aan. Soms is regulering een exclusieve overheidsaangelegenheid. De strafwet is in verband met het legaliteitsbeginsel daarvan een voorbeeld, de normen die strafwaardig gedrag omschrijven moeten afkomstig zijn van de overheid. (Dit betekent niet dat bij de toepassing en handhaving van het strafrecht geen vormen van zelfregulering kunnen voorkomen, zie De Wijkerslooth.) Alle codificerende wetgeving op het gebied van het privaatrecht en het bestuursrecht heeft ook een exclusief karakter; het idee van codificering is nu juist dat de overheid regels en normen erkent, ook als die in de praktijk tot ontwikkeling zijn gekomen of in de wetenschap zijn uitgedacht. Procesrecht is vaak, maar niet altijd een exclusieve taak voor overheidsregulering. Dit zijn voorbeelden van klassieke rechtsgebieden waar overheidsregulering een lange geschiedenis heeft en diep is geworteld in de rechtscultuur. Maar er is veel en veel meer regulering. Kaderwetten dienen in de interventiestaat een normatieve basis te geven voor een scala van beleidsinstrumenten die de overheid inzet om bepaalde maatschappelijke problemen te verhelpen. Wet- en regelgeving wordt ook vaak ingezet om de uitvoering van het beleid te vergemakkelijken, als ondersteuning van bestuurstaken. Zonder hier een taxonomie van reguleringsvarianten te willen suggereren, kan geconstateerd worden dat voor alle vormen van regulering geldt dat men op een gegeven moment dwingend naar de overheid kijkt, dat er een motief is dat tot wet-

32. W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, Zwolle 1991.

geving noopt, dat de overheid verantwoordelijkheid wordt toegekend en verantwoordelijkheid draagt voor de wetten en regelingen die zij produceert en telkens weer aan nieuwe eisen aanpast.

‘Wetten vormen de ruggengraat van onze rechtsstaat’, schrijft minister Hirsch Ballin in 1991 in zijn nota *Zicht op wetgeving*. ‘Ze zijn noodzakelijk voor het waarborgen van essentiële, kwetsbare belangen en onmisbaar bij de effectuering van een belangrijk deel van het overheidsbeleid.’³³ Interessant is dat dit traditionele perspectief op regulering enigszins verschuift in de nota *Bruikbare Rechtsorde*. Minister Donner schrijft daar: ‘In het maatschappelijk verkeer beschermen regels het gerechtvaardigd vertrouwen dat mensen nodig hebben om met elkaar om te gaan... Wetgeving is een vorm, maar niet de enige manier om orde in het samenleven te scheppen. De overheid produceert wetgeving, maar zij doet dat namens en in samenwerking met de burgers. Wetgeving is een product van dynamische interactie. Zij vormt een onvermijdelijke voorwaarde voor maatschappelijke ontwikkeling.’ Even later heeft de minister het over de taak van de wetgever om ‘de maatschappelijke infrastructuur te bevorderen die burgers het samenleven mogelijk maken.’³⁴ Hoewel hier telkens aan hetzelfde gedacht wordt, verschilt de blikrichting. Aan het eind van de 20e eeuw kijkt men nog meer naar wat de overheid als hoeder van de rechtsstaat kan doen om de samenleving te ordenen, in het begin van de 21e eeuw staat de praktische bruikbaarheid van de rechtsorde voor de burgers zelf meer centraal. Daarmee wordt de deur conceptueel wijder opengezet naar zelfregulering en alternatieve regulering. Over het tegendeel van regulering, namelijk non-regulering, is daarmee echter nog niets gezegd.

3.2 Non-regulering

Van non-regulering is sprake als de overheid er willens en wetens van afziet om het initiatief tot regelgeving te nemen of zich te bemoeien met regulering die uit het maatschappelijk verkeer zelf voortkomt. Ook non-regulering kan begrepen worden vanuit de trias politica. De overheidsorganisatie met zijn gescheiden en elkaar toch in een dynamisch evenwicht houdende machten is er namelijk op gericht door het samenspel van functies en organen de vrijheidssfeer van de burgers te beschermen. Die vrijheidssfeer is juridisch vorm gegeven in een in de loop van de 20e eeuw steeds verder verfijnd netwerk van grondrechten (klassiek, sociaal, economisch, politiek, cultureel, communicatief). Daarmee zijn juridische grenzen aangegeven waar overheidsregulering niet overheen mag gaan. De plaatsbepaling van die grenzen die vele empirische gegevens en een afwe-

33. *Zicht op wetgeving*, Beleidsplan Ministerie van Justitie, Den Haag 1991, p. 16.

34. *Bruikbare Rechtsorde*, a.w., p. 2.

ging van belangen vereist, is overigens wel weer een overheidsverantwoordelijkheid die regulering voort kan brengen.

Bezien vanuit de samenleving komt non-regulering overeen met de erkenning van staatsvrije sferen, van de tucht van de markt, van domeinen die buiten het overheidsrecht vallen, van soevereiniteit in eigen kring. Naast deze traditionele en vaak ideologisch gekleurde terminologie is er, vanuit diverse wetenschappelijke benaderingen, ook sprake van rechtspluralisme, netwerken van rechtsontwikkeling, semi-autonome sociale velden, concurrerende rationaliteiten of zelfs autopoietisch gesloten systemen.³⁵ Zoals deze terminologische overdaad al aangeeft, is hier sprake van veel zingevende activiteit. Het is beslist niet zo dat non-regulering betekent dat er geen regels zijn die eventueel dwingend aan mensen worden opgelegd. Wat ontbreekt, is de overheidsbetrokkenheid. Dat laat onverlet dat er bij non-regulering wel degelijk sprake kan zijn van sociale normen, omgangsvormen, verplichtende gewoonten, ongeschreven recht, bindende afspraken, codes, protocollen, convenanten, standaardvoorwaarden en de wetten van de markt. Zolang de overheid daar maar buiten blijft tellen deze vaak goed waarneembare vormen van regulering en zelfs disciplineren toch als non-regulering.

Het beeld van een staatsvrije sfeer, al opgeroepen door de trias politica en verder versterkt door de opkomst van de economische en de sociologische visie op recht en samenleving, is echter enigszins misleidend. De gebieden waarin non-regulering voorkomt zijn niet stabiel of zelfs maar netjes afgebakend; ze zijn voortdurend in verandering. De netwerken waarin men zich bevindt zijn per definitie in ontwikkeling, de eigen kring waarin men zich soeverein weet is gevestigd in een land waar nog meer mensen leven, de markt is in werkelijkheid zelden een vrije sfeer, veeleer een dwingende competitie. De overheidsinvloed is er bovendien nooit nul. Ook als de overheid zich heeft teruggetrokken, kijkt zij van afstand toe naar wat er gebeurt om als het fout gaat toch te interveniëren, zulks onder juridische dekking van de vele beperkingsgronden aan de grondrechten die in de wetgeving zijn opengesteld. We zagen zojuist al dat in het kader van de bruikbaarheid van de rechtsorde voor de burgers, het toch de overheid is die de infrastructuur opstelt en beheert. Dat perkt de niet-gereguleerde ruimte in. Soms is er bovendien de mogelijkheid om op een indirecte manier te reguleren, terwijl de autonomie van de vrije sfeer toch officieel erkend wordt. Dat is bijvoorbeeld het geval bij gedragsbeïnvloedende voorlichting. De

35. Hierbij passen de auteursnamen van achtereenvolgens A.J. Hoekema, *Rechtspluralisme en interlegaliteit*, oratie Amsterdam 2003; F.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling*, a.w.; S.F. Moore, *Law as Process*, a.w. en J. Griffiths, *De sociale werking van recht*, Nijmegen 1996; I.Th.M. Snellen, *Domeinconflicten tussen recht en beleid*, Alphen aan den Rijn 1989; en G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989.

erkenning van een vrije sfeer voor het individu (de eigen ruimte voor verantwoordelijkheid van de burger) maakt het dan voor de overheid niet mogelijk roken in de privé-sfeer te verbieden of veilig vrijen te allen tijde te verplichten; de voorlichting probeert de burger daar dan echter wel toe over te halen. Sturing met retorische middelen is echter ook sturing. Nog heel wat verder gaan de mogelijkheden van fysieke of technische regulering, waarbij het gedrag niet via regels wordt bewerkt maar rechtstreeks aan de gedragsmogelijkheden zelf wordt gesleuteld. Het plaatsen van een rotonde maakt internalisering van de voorrangsregels die gelden op kruispunten overbodig (fysieke regulering).³⁶ Minder onschuldig is het verschijnsel *code as law*, een vorm van technische regulering die ingrijpt in de programma's van computer software en zo de gedragsmogelijkheden van de gebruikers structureert. Ontwerpers van software, bedrijven die deze software op de markt brengen en overheden die de makers van software reguleren kunnen zo, zonder dat de gebruiker daarvan op de hoogte is, het bijvoorbeeld mogelijk maken dat inlichtingendiensten toegang hebben tot de informatie. De belangenafweging die aan een dergelijke ingreep vooraf moet gaan wordt door het technische karakter van deze vorm van regulering doorgaans aan publiek debat onttrokken. Daarnaast zijn er ook technologische mogelijkheden om niet de toegankelijkheid voor geïnteresseerde derden maar de privacy van de gebruikers te vergroten. Achter 'code as law' gaan keuzen schuil die democratische legitimering behoeven.³⁷

De wereld van de non-regulering is net zo goed een geordende wereld als die van de regulering. Vanuit een sociologische invalshoek is het misschien zelfs een beter geordende wereld. Hoewel zijn theorie over de sociale werking van recht empirisch bedoeld is, heeft Griffiths benadering van het 'rechtspluralisme van de werkvloer' duidelijk normatieve implicaties. Met Moore is hij van mening dat rechtsregels alleen betekenis hebben voorzover ze functioneren in semi-autonome sociale velden: dwz. in gestructureerde situaties waarin mensen met elkaar interacties aangaan die gedrag-normen voortbrengen en handhaven. De autonomie van deze sociale contexten van regelgeleid gedrag is slechts gedeeltelijk, de leden ervan staan ook bloot aan invloeden van buitenaf, bijvoorbeeld vanwege de overheid. Maar de kracht van het semi-autonome sociale veld blijkt juist uit de beperking die dit veld oplegt aan regulerende activiteiten van buitenaf en uit de

36. De autostormram, die een in overtreding passerende auto spontaan beschadigt, is een minder onschuldige vorm van fysieke regulering. Maarten Huygen, De verkeerssluis verwoest auto's van verdachten zonder vorm van proces, *NRC Handelsblad*, 27 augustus 2006.

37. Bert-Jaap Koops en Ronald Leenes, 'Code' and the Slow Erosion of Privacy, *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 12/1, Fall 2005, p. 115-188. Zie ook de bijdrage van S. van der Hof en K. Stuurman aan Bert-Jaap Koops et al. (red.), *Starting Points for ICT Regulation*, Den Haag 2006, p. 203-227.

transformatie van regels voor eigen doeleinden van de deelnemers. Deze wederzijdse invloeden – empirisch waarneembaar – brengen Griffiths op normatief terrein wanneer hij er aanbevelingen uit destilleert voor een prudente wetgever die een soort wederkerigheidsbeginsel inhouden.

*'Indien men verwacht dat lokale sociale controle bij zal dragen aan de handhaving van rechtsregels moeten deze rechtsregels wel aangepast zijn aan de lokale situatie: de wetgever kan niet zoals gebruikelijk veronderstellen dat zij alles voor het zeggen heeft. Een eenvoudig verbod op het kappen van bomen of op de kolonisatie van braakliggende grond zal in het Amazonegebied weinig steun krijgen (evenmin als een eenvoudig verbod op euthanasie steun zou krijgen van de Nederlandse medische professie). Wil men met lokale sociale organisatie samenwerken, dan moet men bereid zijn om compromissen te sluiten voor wat betreft de inhoud van de regulering. Voor zover de wetgever zich op haar staatsrechtelijk-theoretische autonomie beroept en geen rekening houdt met de rechtspluralistische sociale werkelijkheid, moet het recht zelf de volle last van de rechtshandhaving dragen, hetwelk vrijwel nooit binnen zijn beperkte vermogen ligt. De effectiviteit van het recht is in het algemeen afhankelijk van steun van niet-staatelijke sociale organisatie en om deze steun te verwerven moet men dikwijls genoegen nemen met minder dan men had gewild. De 'ideale regel' die de wetgever graag zou willen voorschrijven is in veel gevallen niet de regel die de beste sociale gevolgen kan bewerkstelligen. De kens tussen politieke zuiverheid en juridische effectiviteit is vaak pijnlijk, vooral wanneer de 'ideale regel' belangrijke juridische waarden zoals gelijkheid of rechtsstatelijkheid uitdrukt.'*³⁸

Tegenover het door hem afgewezen juridische instrumentalisme dat een top down benadering van de sociale werkelijkheid inhoudt, plaatst Griffiths het perspectief van een bottom up benadering van het recht. Dan wordt het zelfregulerende vermogen van de semi-autonome sociale velden de basis waar regulering ten behoeve van het grotere geheel op aansluit.³⁹ Dat roept de vraag op waar de grens ligt tussen non-regulering en zelfregulering.

3.3 Zelfregulering

Van zelfregulering is sprake als in een veld, domein of sector regels worden gemaakt, uitgevoerd en gehandhaafd door de direct betrokkenen of hun vertegenwoordigers. Het gaat dus om 'groepsgewijze zelforganisatie'⁴⁰, maar deze compacte omschrijving kan op tal van manieren uitgebreid en ingekleurd worden. De eenheden die tot regulering overgaan kun-

38. John Griffiths, *De sociale werking van recht*, a.w., p. 494.

39. Hierin krijgt Griffiths steun van Hertogh die een 'levende rechtsstaat' bepleit die, sterk beïnvloed door Ehrlich, eveneens van onderop wordt voorgesteld. Marc Hertogh, *De levende rechtsstaat*, Utrecht 2002.

40. J. van Schooten-van der Meer, *Regelvorming in de rechtsstaat*, Enschede 1998, p. 12.

nen neutraal als 'actoren' of 'betrokkenen' worden aangeduid, maar men kan ook juist de nadruk leggen op hun onderlinge relaties en verbondenheid door te spreken over een 'gemeenschap' of een 'groep'. Spreekt men over 'belangengroepen', dan krijgt de omschrijving een sociologische of zelfs corporatistische invulling,⁴¹ terwijl de term 'maatschappelijke organisaties' goed aansluit bij de leer van de soevereiniteit in eigen kring.⁴² De overheid heeft het in zijn nota's doorgaans over 'bedrijven en burgers', wat niet alleen een economische oriëntatie, maar ook een zekere vaagheid van terminologie verraadt (want is het burgerschap niet bij uitstek een statelijke categorie?). Het beeld van zelfregulering wordt trouwens aanzienlijk gecompliceerder als daarbij de rol van de overheid betrokken wordt.

Over 'zuivere' zelfregulering heeft men het in de literatuur als het initiatief volledig berust bij de betrokken groep van belanghebbenden. De overheid staat daar neutraal tegenover, zolang de uitkomsten maar niet in strijd komen met het recht. Geschillenregelingen en normalisatie-activiteiten zijn daarvan het voorbeeld. Er is ook 'vervangende zelfregulering' denkbaar, waarbij de overheid enige drang uitoefent om tot zelfregulering te komen omdat er publieke belangen in het geding zijn. Een gedragscode tegen dagbladconcentraties is bijvoorbeeld door de overheid gestimuleerd. Soms kan ook de dreiging dat bij het uitblijven van zelfregulering de overheid regulerend zal optreden als stok achter de deur gebruikt worden. Eijlander, aan wie dit overzicht is ontleend, rekent deze vorm van zelfregulering tot een variant die hij 'wettelijk geconditioneerde zelfregulering' noemt, in de terminologie van *Zicht op wetgeving*.⁴³ De wetgever beperkt zich daarbij tot het stellen van materiële of procedurele randvoorwaarden, waarbinnen de betrokkenen tot zelfregulering overgaan, bijvoorbeeld door het wettelijke kader om te zetten in gedragscodes. Bij de wettelijke conditionering van zelfregulering zien we de rol van de overheid toenemen, maar deze moet toch afstandelijk blijven om de autonomie van de betrokkenen die in onderling overleg tot regels komen niet te veel te verstoren. Die afstandelijke betrokkenheid komt het best tot zijn recht in bepaalde situaties, door Eijlander omschreven als even zovele toepassingsvoorwaarden:

- regulering van het gedrag van professionals
- in situaties waarin individuele en groepsbelangen niet te sterk verschillen van het algemeen belang
- in omstandigheden waarin overheidsregulering niet of nauwelijks controlebaar of handhaafbaar is

41. Zie bijvoorbeeld de bijdragen van Van Waarden aan W. Bakker en F. van Waarden (red.), *Ruimte rondom regels*, Amsterdam 1999.

42. J.P. Balkenende, *Overheidsregulering en maatschappelijke organisaties*, Alphen aan den Rijn 1992.

43. Ph. Eijlander, *De wet stellen*, Zwolle 1993, p. 175-188 en Ph. Eijlander en W. Voormans, *Wetgevingsleer*, Deventer 1993, p. 71-75.

- de betrokken sector voldoende georganiseerd is om tot gedeelde groepsnormen te komen
- en er daar de bereidheid bestaat om de problemen daadwerkelijk aan te pakken.⁴⁴

Wettelijk geconditioneerde zelfregulering is dus geen panacee.

Terwijl regulering en non-regulering begrepen kunnen worden vanuit de trias politica, is dat bij zelfregulering niet direct het geval. Het primaat ligt hier immers niet bij de politiek, noch bij een door de trias beschermde staatsvrije sfeer. Veeleer gaat het om een primaat van het veld of beter gezegd: om een opdracht tot verantwoordelijk gedrag aan professionals en andere betrokkenen bij de praktijken die zich in het veld afspelen en door middel van normen gestalte geven aan de afweging van daarin gesitueerde belangen. In het element van de opdracht ligt besloten dat de overheid er, uit naam van de samenleving, op toeziet dat de zelfregulering op een verantwoordelijke manier plaatsvindt maar wat voorop staat is de autonomie van de betrokkenen, vooral de professionals, die hun normen en waarden in de praktijk gestalte geven en daarbij beschikken over de 'local knowledge' waarover de overheid in principe niet beschikt. Als medici bijvoorbeeld hun ethische regels in een code neerleggen en door middel van behandelprotocollen het juiste medische handelen operationaliseren, is dit het zelfregulerende handelen waar de overheid zich buiten houdt; pas als de medische inzichten en werkwijzen botsen met het algemeen belang zoals de politiek dat interpreteert, is er plaats voor ingrijpen. (Voor wie het concreter wil: denk aan de discussies die voorafgingen aan de voorwaardelijke wettelijke erkenning van euthanasie of abortus).

Zelfregulering verschilt van non-regulering allereerst in de vormen die het aanneemt. Non-regulering is stukken gevarieerder, we vinden daar bijvoorbeeld eenzijdige interventies, onderhandelingsresultaten, afspraken, compromissen, impliciete sociale normen. Zelfregulering betekent dat er over expliciete regels gecommuniceerd wordt door alle betrokkenen of hun vertegenwoordigers. Non-regulering kan in zelfregulering overgaan. Als de sociale normen in een code of protocol worden vastgelegd bijvoorbeeld. Dan treedt er wellicht ook een verandering op in de praktijken die in het nu als normatief gedefinieerde veld plaatsvinden. Het wordt misschien minder eenvoudig om zich aan de gecodificeerde sociale normen te onttrekken of misschien geven de nu gearticuleerde normen ook juist ontsnappingsmogelijkheden die er eerst niet waren; wat zeker is, is dat het taalspel van de betrokkenen er door verandert. Zelfregulering kan echter ook achter non-regulering terugtreden, als de code te zwak is of te eenzijdig of te weinig overtuigend om het handelen te richten. (In deze mogelijkheid schuilt meteen ook een rechtvaardiging voor de monitoring door de overheid.)

44. Ph. Bijlender, *De verbindende wetgever*, oratie Tilburg, Den Haag 2000, p. 18.

Een tweede, principiële verschil tussen zelfregulering en non-regulering bestaat uit de mogelijkheid dat het zichzelf regulerende systeem of veld erin slaagt zichzelf de wet te stellen alsof het een soort politieke gemeenschap in het klein, een soort *polis* binnen de staat is. Om deze mogelijkheid te verkennen valt een interessante vergelijking te maken met de republikeinse politieke theorie die immers ontwikkeld is ter verklaring en verdediging van de directe zeggenschap van de leden van een kleinschalige gemeenschap van vrije en gelijke burgers die zichzelf door wetten besturen (autonomic betekent: zichzelf de wet stellen). Het veld dat tot zelfregulering overgaat en daar een geslaagde vorm van weet te ontwikkelen belichaamt zo niet het bij ons bekende primaat van de politiek (dat met de staat geassocieerd blijft) maar het primaat van het politieke dat aan op de overheid gerichte zingevende activiteit ten grondslag ligt. De klassieke republikeinse politieke theorie is de afgelopen jaren nieuw leven ingeblazen door onder anderen Van Gunsteren. Zelfregulering wordt dan gezien als een vorm van zelforganisatie. Het republikeinse perspectief leidt tot een soort omkering van de redenering achter wettelijk geconditioneerde zelfregulering. Die gaat namelijk uit van het primaat van de politiek. De samenwerking kan alleen vrij worden gelaten om zich zelf te reguleren onder toezicht en regie van een waakzame overheid. De republikeinse gedachte is veeleer dat een sterke 'civil society' een noodzakelijke voorwaarde is voor politieke vrijheid, dat de zelforganisatie van burgers in een praktijk of veld een voorwaarde is voor democratie op een breder plan of een hoger niveau. De vitaliteit van het politieke systeem komt van onderop tot stand. Zoals Van Gunsteren het bondig uitdrukt:

*'Vanuit de principes van zelforganisatie gezien is het benadrukken van het primaat van de politiek niet verstandig. In plaats van het primaat kan de politiek beter het ultiemaat claimen, het recht om het laatste woord te spreken. In een zichzelf organiserende democratie komt gezaghebbende centrale politieke besluitvorming vooral aan het eind van een recursief proces van bewerken van diversiteit en conflicten, bij het knopen doorhakken en verantwoording afnemen. Dat kan ook meebrengen dat de voorwaarden waaronder zelforganisatie plaatsvindt worden bijgesteld, dat wordt aangegeven wat binnen en buiten de spelregels valt. Dat is inderdaad een vorm van sturen vooraf. Maar niet een sturen naar een plaatje van een gewenste eindtoestand. Het gaat erom de voorwaarden voor zelfsturing en zelforganisatie van burgers bij de tijd te houden.'*⁴⁵

We zullen zien dat deze republikeinse interpretatie van zelfregulering niet alleen het verschil met non-regulering betreft, maar ook kan verhelderen waarin zelfregulering verschilt van alternatieve regulering.

45. Herman van Gunsteren, *Vertrouwen in democratie*, Amsterdam 2006, p. 160-161.

3.4 Alternatieve regulering

Op het reguleringsspectrum bevindt alternatieve regulering zich tussen regulering en zelfregulering in. Dat maakt een dubbele omschrijving mogelijk. Vanuit de optiek van de overheid gaat het om alle vormen van regulering die door de overheid worden voorbereid, overwogen en vastgesteld waarbij op een of andere manier een beroep wordt gedaan op het zelfregulerende vermogen van een veld, domein of sector in de maatschappij. Vanuit de optiek van semi-autonome sociale velden verschijnt alternatieve regulering daarentegen als alle vormen van 'zelfregulering' die van bovenaf of van buitenaf worden opgelegd. Om tot het overheidsstandpunt terug te keren: dit betekent zowel het zoeken van nieuwe controlemogelijkheden als het afzien van traditionele instrumenten. Command and control wetgeving is uit den boze, het veld moet tot vrijwillige medewerking worden bewogen (met, toegegeven, zachte vormen van dwang). De nota *Bruikbare Rechtsorde* en het SEO-onderzoek geven hiervan de nodige voorbeelden. Doelvoorschriften zijn traditionele regulering voorzover het gaat om de bepaling van het doel en alternatief waar het de handelingsvrijheid betreft die de betrokkenen wordt geboden om het doel te halen. Zorgplichten laten de betrokkenen vrijheid om zelf te beslissen wat ze moeten doen, zolang ze maar de met de zorgplicht door de overheid gestelde open norm tot de hune maken. Als de overheid een bepaalde instantie aanwijst als instantie die erkent, certificeert of visiteert, met daaraan gekoppeld bepaalde rechtsgevolgen, is er ook al een combinatie van door de overheid gemaakte keuzen en aan het veld gelaten marges. Bezien vanuit het standpunt van de semi-autonome velden betekent alternatieve regulering dat er weliswaar wordt aangesloten bij het zelfregulerend vermogen, maar dat de overheid daarbij niet zover gaat de materie uit te besteden aan zelforganisatie of zelfbestuur van burgers, in de trant van het door Van Gunsteren en anderen bepleitte republicanisme.

De tweezijdige omschrijving van alternatieve regulering heeft het voordeel dat er twee relevante vragen gesteld kunnen worden over de verschijningsvormen van alternatieve regulering. Wat kan de overheid doen om bij haar pogingen tot regulering gebruik te maken van lokale kennis en motivaties die georganiseerd zijn in een praktijk, veld of domein? Wat kan een veld van actoren die zich maatschappelijk verantwoordelijk willen opstellen doen om zich op algemene belangen te oriënteren die de horizon van het veld overstijgen? De twee vragen brengen ieder bijpassende alternatieve reguleringsvarianten in beeld.

De overheid kan trachten lokale kennis en motivaties te mobiliseren door gebruik te maken van een communicatieve en interactieve benadering van wetgeving.⁴⁶ Na een verkenning en raadpleging van de velden waar de wet

46. Voor het debat over deze benadering, zie de opstellen in Bart van Klink en Willem Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer 2000.

zich op richt, brengt de wetgever dan een constitutie voor het veld tot stand waarin de betrokken actoren erkend worden en hen bepaalde bevoegdheden worden verleend. In deze wetgeving worden dan meestal ook een aantal scherpe en open normen opgenomen die het handelen van de actoren in een door de overheid gewenste en na samenspraak met het veld geformuleerde richting moeten sturen. Pas in de praktijk van debat en interpretatie die zich op basis van deze constitutie vormt, kan blijken of en in hoeverre de actoren zich inderdaad op de door de overheid gewenste wijze oriënteren. Op basis van belangenconflicten en andere vormen van voortschrijdend inzicht kan vervolgens inzicht ontstaan in de wenselijkheid van bepaalde aanpassingen van de wettelijke normen en van de constitutie van het veld. De overheid kan daar dan vervolgens zo nodig op inspelen met een wetswijziging. De gebruikelijke scheidslijn tussen normstelling en normtoepassing wordt hier dus bewust vaag gemaakt om te komen tot een kringloop van het recht.

Het ideaal van communicatief en interactief wetgeven is moeilijk in praktijk te brengen. Op elk moment in de kringloop van het recht kunnen verstoringen optreden en kan het discursieve proces van debat en interpretatie te sterk in het teken van eenzijdige machtsaanspraken komen te staan. Verschillende mechanismen zijn echter bedacht om het communicatieve ideaal een stevige basis te geven:

- werken met aspiratieve, open normen die door een interpretatiegemeenschap worden ontwikkeld garandeert dat er altijd ruimte is voor andere interpretaties en over de juistheid of onvermijdelijkheid van elke interpretatie debat en strijd kunnen plaatsvinden; als de overheid het verloop van deze interpretatieconflicten volgt, beschikt ze over veel lokale kennis;⁴⁷
- werken met experimentele wetgeving die een nieuwe ordening laat uitproberen door een gedeelte van het veld dat daar vrijwillig toe overgaat, levert veel informatie op die relevant is voor algemeen van toepassing verklaring van een constituerende wet;⁴⁸
- werken met horizonbepalingen dwingt de wetgever en alle andere actoren zich na verloop van tijd rekenschap te geven van de sociale werking van de wetgeving, vooral als moeilijk te voorspellen was hoe deze sociale werking zich zou ontwikkelen.⁴⁹

47. Bart van Klink, *De wet als symbool*, Deventer 1998.

48. Willem Witteveen, Edmund Burke, profeet van de vooruitstrevendheid, *Socialisme & Democratie* 2005/1/2, p. 48-56.

49. Eijlander en Van Gestel komen in hun onderzoek over horizonbepalingen tot de bevinding dat inzet hiervan in de meeste situaties geen goed idee is, maar dat horizonbepalingen juist wel van nut kunnen zijn bij zogenaamde 'onzekerheidsreductie'. Ph. Eijlander en R. van Gestel, *Horizonbepalingen: effectief middel in de strijd tegen toenemende regeldruk?* Centrum voor Wetgevingsvraagstukken, Tilburg 2006.

Een al geconstitueerd veld dat actoren voortbrengt die zich op het algemeen belang willen oriënteren, kan dit streven concreet gestalte geven in deelname aan processen van onderhandelend bestuur.⁵⁰ Dit zijn settings waarbij, onder regie van de overheid, de uiteenlopende partijen wier samenwerking vereist is om breed erkende problemen dichterbij een oplossing te brengen achter gesloten deuren aan de onderhandelingsstafel worden gebracht, in de hoop zo tot kennisvermeerdering, overleg, compromisvorming en liefst nieuwe oplossingsrichtingen te komen. Voorwaarde voor horizontaal bestuur is dat de partijen gelijkwaardig zijn en de overheid zich gedurende de onderhandelingen derhalve niet van de haar ter beschikking staande dwangmiddelen bedient. Onderhandelend bestuur kan uitlopen op onderhandelend wetgeven, waarbij een publieke fase volgt van normstelling.⁵¹ Dit is echter lang niet altijd nodig. Onderhandelend bestuur kan gebruik maken van onderhandelingsmethoden die in het bedrijfsleven zijn ontwikkeld en vaak ook al worden ingezet bij mediation.⁵²

Bij alle genoemde mogelijkheden om tot alternatieve regulering te komen, is het vooralsnog een open vraag aan welke organisatorische randvoorwaarden of maatschappelijke condities precies voldaan moet zijn om er succes mee te kunnen boeken. Wel kan meteen duidelijk zijn dat veel aandacht besteed moet worden aan de institutionele vormgeving van de interacties tussen overheden en andere actoren, waarvoor Hirsch Ballin de term 'multipolaire rechtsontwikkeling' lanceerde, waarmee hij aangeeft dat rechtsontwikkeling tegenwoordig meer en meer plaatsvindt in netwerken van actoren die niet noodzakelijkerwijs hiërarchisch georganiseerd zijn.⁵³ Ook kan uit de losse pols geconstateerd worden dat daarbij gestreefd moet worden naar inclusiviteit van alle betrokken belangen en een functioneel machtsevenwicht in hun georganiseerde interacties.⁵⁴ Er zijn nog vrij weinig studies verricht over de werking van de alternatieve reguleringsvormen en de onderlinge vergelijkbaarheid van de resultaten is alleen daarom al nog niet bijster groot. Elke studie lijkt nieuwe valkuilen te signaleren waar een overheid die de gebaande paden verlaat in terech kan komen.⁵⁵ Ze leveren

50. A.J. Hoekema et al., *Integraal bestuur*, Amsterdam 1998.

51. N.J.H. Huls, *Onderhandelend wetgeven in de praktijk*, Amsterdam 1998; W.S.R. Stoter en N.J.H. Huls, *Onderhandelend wetgeven: een proces van geven en nemen*, Den Haag 2003.

52. J.M. Barendrecht en E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling*, Den Haag 2000.

53. F.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling*, Utrecht 1999.

54. Zie de bijdrage van Van Klink en Witteveen aan *De overtuigende wetgever*, a.w., p. 20-25.

55. Hoevel Stamhuis in haar proefschrift naar mijn mening een karikatuur maakt van de communicatieve en interactieve benadering van wetgeving, leveren haar case-studies over interactief ogende wetten zoals de Wet op de ondernemingsraden en de Code Tabaksblad relevante adviezen op over de noodzaak om er als overheid op toe te zien dat alle betrokken belangen aan hun trekken komen in een openbare discussie over vormen van zelfregulering. Jellienke N. Stamhuis, *Conflicting interests in corporate regulation*, diss. Groningen 2006, p. 179-181.

echter even zoveel aandachtspunten op voor een overheid die 'meer ruimte wil laten aan de eigen verantwoordelijkheid van burgers en bedrijven'.

Jonkers typeert de Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen (Wbeea) als een wet die afziet van harde sancties om het gewenste doel te bereiken, maar een op het oog communicatieve en interactieve aanpak kiest om de mentaliteit van werkgevers te beïnvloeden. Werkgevers met meer dan 35 personeelsleden moeten allochtone werknemers registreren, een werkplan voor vergroting van het aantal allochtone werknemers maken, zich daarbij richten naar door de overheid vastgestelde en over een periode van 5 jaar te bereiken regionale quota, dit in de OR bespreken en vaststellen. In het jaarverslag moeten de werkgevers hierover verantwoording afleggen. Maatschappelijke organisaties kunnen de jaarverslagen inzien, klachten indienen bij het OM, een civiele procedure starten of de Commissie Gelijke Behandeling inschakelen. Gevolg moet zijn dat in de bedrijven en hun maatschappelijke omgeving een discussie op gang komt over de juiste wijze om de quota te halen en vervolgens een vorm van zelfregulering tot stand komt. Het gaat om een initiatiefwet die beoogt een jarenlange bestuurlijke impasse te doorbreken. Jonkers laat zien dat de verwachtingen en veronderstellingen van de makers van de wet volstrekt niet bewaarheid worden. De wet mislukt al meteen door negatieve publiciteit in de media die berichten over gebrekkige naleving; deze berichtgeving stimuleert de gebrekkige naleving juist. Veel werkgevers zien de zin niet in van de administratieve lasten die hen worden opgelegd en verbazen zich over het ontbreken van een harde sanctie; dit zou immers wijzen op een inconsequente aanpak van de overheid die bovendien zelf ook niet in staat blijkt te zijn de gestelde quota te halen. Er ontstaat geen goed gestructureerd publiek debat en binnen veel bedrijven wordt de wet als louter symboolpolitiek opgevat en dat staat dan weer in de weg aan een interpretatieve opstelling gericht op de doelen en waarden van de wet. Jonkers concludeert dan ook onder meer dat de overheid zich niet afhankelijk moet maken van de media voor de interpretatie en handhaving van wetgeving.⁵⁶

Interessanter nog dan deze aanbeveling is dat Jonkers in haar empirische onderzoek constateert dat de wet op verschillende manieren kan worden getypeerd. Er zijn elementen aanwezig die duiden op communicatieve wetgeving (een vorm van alternatieve regulering), maar er wordt tegelijkertijd ingespeeld op de voor het sociaal recht kenmerkende behoefte om het veld zoveel mogelijk zichzelf te laten besturen (zelfregulering), terwijl er ook instrumentele aspecten te onderkennen zijn die in het traditionele beeld van regulering passen. Deze gemengde motieven zijn zelfs een van de redenen voor het mislukken van de wetgevende strategie. Onderzoekers die zich afvragen of in empirische zin een wet als een vorm van alternatieve

56. Petra Jonkers, *Diskwalificatie van wetgeving*, Nijmegen 2003, hoofdstuk 7.

regulering valt te beschouwen, zullen dit probleem wel vaker tegenkomen. Een wet kan een compromis zijn tussen verschillende typen uit het reguleringsschema; in de loop van de tijd kan de regulering bovendien in verschillende posities terecht komen. Wat begint als non-regulering kan zelfregulering worden, tot alternatieve regulering evolueren en eventueel neerslaan in regulering. Dit is niet afhankelijk van de intenties van de overheid, laat staan van de semantische vorm van de regeling, maar van de werking van de wet in het veld en van de perspectieven en belangen van de betrokkenen.

3.5 Een dynamische classificatie

Deze constatering verleent de hier voorgestelde classificatie van vormen van regulering een dynamisch karakter. Het is niet mogelijk bepaalde verschijningsvormen van de vier typen eens en voor al in een bepaald hokje onder te brengen. Als een wet doelvoorschriften of zorgplichten kent, kunnen we vermoeden dat we met alternatieve regulering te maken hebben, maar in de praktijk kan het anders liggen en in de loop van de tijd kan een vorm van regulering in een van de andere categorieën terecht komen. De doelvoorschriften kunnen bijvoorbeeld worden uitgewerkt in circulaire, convenanten of werkafspraken en naarmate er zo een raamwerk van al dan niet informele regels ontstaat dat een praktijk betrekkelijk dwingend een bepaalde richting uitstuurt, is het misschien beter aan zelfregulering, non-regulering of zelfs regulering te denken. Bij zorgplichten is de wetgever wel snel klaar, maar kan zich evengoed een gedetailleerde en veelvormige laag van interpreterende en sturende regels vormen die de zorgplicht in concrete gedragsvoorschriften vertalen.

Ook verschijnselen die meteen aan zelfregulering doen denken, zoals gedragscodes, professionele protocollen en interne richtlijnen van een organisatie kunnen bij een onderzoek van de praktijk anders worden ingedeeld. Medische protocollen over de manier waarop een arts bij een bepaald ziektebeeld dient te handelen zijn in eerste instantie niet meer dan binnen de beroepsgroep geformuleerde richtlijnen (non-regulering) die echter bij afkondiging door een beroepsorganisatie de status van gedragsregels kunnen krijgen (zelfregulering). In het preadvies van Giesen wordt gewezen op de omstandigheid dat de aanwezigheid van een medisch protocol van belang is voor de eventuele aansprakelijkheid van de behandelende arts. Als de rechter bij de invulling van de uit de wet afgeleide open norm van het zijn van een goed hulpverlener (de 'redelijke arts') de inhoud van het protocol betreft bij de vraag of in overeenstemming met geldende medische standaarden is gehandeld, wordt de zelfregulering binnen de beroepsgroep maatschappelijk relevant gemaakt. Daarmee wordt zij ook vatbaar voor beïnvloeding door of vanwege de overheid, die via aanpassing van wetgeving de rechter kan sturen naar een ingrijpendere vorm van toe-

zicht (alternatieve regulering). Als vervolgens uit de jurisprudentie over medische aansprakelijkheid op basis van het gebruik van medische protocollen op een gegeven moment algemeen aanvaarde vuistregels voor zorgvuldig medisch handelen opduiken, is het ook nog mogelijk tot wettelijke codificatie over te gaan (regulering). Iets dergelijks gaat ook op voor de door de Wijkerslooth in zijn preadvies beschreven richtlijn palliatieve sedatie van de KNMG, een eerst binnen de beroepsgroep ontwikkelde gedragslijn die, vanwege het maatschappelijke belang en het politieke gewicht van euthanasie, meteen aangrijpingspunt wordt voor overheidsbemoeyenis door middel van OM en rechter.

Giesen en de Wijkerslooth gaan beide in op de richtlijnen die rechters opstellen om tot meer eenheid in de rechtstocpassing te komen. In het burgerlijk procesrecht valt dan te denken aan de rolreglementen voor de gerechtshoven bij familiiezaken en die voor de rechtbanken bij echtscheidingen en alimentatieprocedures; de befaamde kantonrechtersformule voor ontslagzaken is ook een voorbeeld van een rechtersregeling. In het strafrecht zijn met name de oriëntatiepunten voor de straftoemeting van belang. De straftoemingsbulletins van het tijdschrift *Trema*, waar ook kritische beschouwingen over de straftoemingsproblematiek in verschijnen, zorgen ervoor dat rechters niet alleen van deze oriëntatiepunten weet hebben maar er ook over nadenken en discussiëren. Dit is een semi-publiek debat. Hoofdzakelijk speelt het zich af in voor de burgers weinig toegankelijke vergaderzaaltjes of raadkamers, maar via de bulletins van *Trema* kan een geïnteresseerde onderzoeker al veel te weten komen, terwijl een onderzoeksjournalist met weinig moeite de dilemma's en controverses aan het licht zou kunnen brengen. Opvallend is de matige politieke belangstelling. De minister van justitie is ambtshalve geïnformeerd en beschikt ook over invloedsmogelijkheden, maar de justitiewoordvoerders in de Tweede Kamer zijn nauwelijks geïnteresseerd in de opvattingen die leven binnen de rechterlijke macht, zelfs als zij routinematig zwaardere straffen bepleiten. We kunnen hieraan zien dat de oriëntatiepunten voor de straftoemeting tussen zelfregulering en alternatieve regulering in zweven. In principe wordt het aan de rechterlijke organisatie en vooral aan de hiërarchische lijn daarin overgelaten om tot afstemming van straffen te komen (het blijft natuurlijk wel een individuele bevoegdheid van de rechter) zolang zich daarbij geen grote problemen voordoen. Mocht de formulering en toepassing van de oriëntatiepunten tot een of andere misstand leiden die in de publieke opinie zwaar weegt, dan kan altijd via de minister van justitie politiek worden ingegrepen en is eerder van (alternatieve) regulering sprake. De autonomie die rechters wordt gegund is betrekkelijk, ook al is deze gefundeerd op de machtenscheiding. In het burgerlijk recht is deze van oudsher veel groter dan in het strafrecht.

De gegeven voorbeelden suggereren naar mijn smaak dat de viervoudige classificatie die hier wordt voorgesteld een eenvoudig maar bruikbaar

instrument is om constellaties van regulerende activiteiten die we in een praktijk aantreffen te typeren en veranderingen in de status quo te volgen.

3.6 De ontbrekende wetgevingstopologie

De dynamiek die zich voordoet geeft bovendien informatie waar een reflectieve wetgever iets aan kan hebben. We zouden de vier varianten van regulering immers kunnen opvatten als arrangementen die doorgaans zowel private belangen als publieke doelen dienen en elk een eigen integriteit kunnen bezitten, dwz. een samenstel van factoren die bijdragen aan een goede of slechte werking van het arrangement in de omgeving waarin het functioneert. Reflectieve wetgevers zouden zich dan de vraag kunnen stellen wanneer, onder welke voorwaarden en tegen welke prijs het verstandig is van een van de vier arrangementen gebruik te maken om publieke doelen en private belangen te combineren. Ook de nog belangrijker vraag wanneer het beter is zich van regulering te onthouden omdat interventies een redelijk goed functionerende praktijk zouden verstoren, kan daarbij wellicht aan de orde komen.

Dit zijn theoretische overwegingen, van het type dat ook Montesquieu bezighield. Net als hij zou de reflectieve wetgever moeten onderzoeken wat de betrekkingen zijn tussen de wetgeving en een groot aantal omstandigheden en factoren. Volgens Montesquieu dienden de wetten niet alleen te passen bij de fysieke omstandigheden van een land (waaronder klimaat, grootte, bodemgesteldheid, ligging) maar ook 'bij de mate van vrijheid die het staatsbestel kan verdragen; bij de religie van de bewoners, bij hun voorkeuren, hun welstand, hun aantal, hun handelspraktijken, hun zeden en gewoonten. Ten slotte dienen ze ook onderling bij elkaar te passen; bij hun oorsprong, bij het doel van de wetgever, bij de orde van de dingen waarop ze berusten.' Al deze betrekkingen bij elkaar noemde Montesquieu de geest van de wetten.⁵⁷

Het lijstje van Montesquieu geeft niet alleen uiteenlopende maar ook ongelijksoortige factoren aan die elk een variabel belang en gewicht kunnen hebben, al naar de omstandigheden van het geval; het is eigenlijk een variant van de topiek: een lijst van relevante gezichtspunten die alle bekeken moeten worden om te beoordelen of een wet een goede wet is. Een topiek levert een reeks vragen op waar nog antwoorden bij gezocht moeten worden voor de vragensteller zijn oordeel klaar heeft: is een wet waarvan we nu al weten dat de overheid niet voor een effectieve handhaving kan zorgdragen, een goede wet? En als het antwoord nee luidt, is het dan misschien soms toch nuttig een wet alleen als uitdrukking van normen en

57. Montesquieu, *Over de geest van de wetten*, vert. J. Holierhoek, Amsterdam 2006, boek I, hoofdstuk 3, p. 47.

waardenbesef vast te stellen, dus als een symbolische daad?⁵⁸ Wie dit soort vragen stelt, redeneert topisch. Van Aristoteles kunnen we leren dat er algemene topoi zijn die voor elke discussie gelden en bijzondere topoi die betrekking hebben op een bepaald domein; dat ze van toepassing kunnen zijn op onbepaalde of afgebakende kwesties; dat ze gebruikt kunnen worden om afwegingen op te stellen voor toekomstig handelen (zoals over de vraag of een wet zinvol is of niet).⁵⁹ Wat een catalogus van topoi zo nuttig maakt is echter niet alleen de algemene bruikbaarheid daarvan voor iemand die argumenten zoekt voor een debat (de *ars inveniendi*), maar dat de topische manier van vragen stellen en antwoorden zoeken tot voortdurende beschouwing van problemen dwingt, dat algemene overwegingen telkens met een context verbonden worden. Viehweg, die de topiek voor de rechtswetenschap nieuw leven inblies, legt er sterk de nadruk op dat de topiek een vorm van probleemdenken is en dat wisselende gezichtspunten pro en contra vooral van belang zijn als het gaat om lastig oplosbare, zelfs blijvende problemen. 'Im Wechsel der Situationen und Einzelfälle müssen dann immer wieder neue Hinweise für Problemlösungsversuche gefunden werden. Die Topoi, die helfend eingreifen, erhalten jeweils ihren Sinn vom Problem her.'⁶⁰ De keuze tussen de vier reguleringstypen is zo'n in theoretische zin onoplosbaar, de praktijk altijd weer kwellend probleem. Er zou een topiek moeten bestaan die de reflectieve wetgever helpt om te bepalen welke gezichtspunten voor en tegen een bepaald type van regulering pleiten.

Tot op zekere hoogte bestaat een dergelijke topiek ook al. De *Aanwijzingen voor de regelgeving* noemen gezichtspunten die bij elke wet relevant zijn, zoals de vraag of de wet noodzakelijk en handhaafbaar is. Maar dit zijn erg globale topoi, die wel de richting aangeven maar onvoldoende domeinspecifiek zijn gericht. Het gaat er juist om inzicht te krijgen in de overwegingen die de keuze voor een bepaald reguleringstype dienen te vergezellen. Ze moeten probleemgericht zijn en de context verhelderen. Er is nog meer. De nota *Bruikbare Rechtsorde* geeft 'reguleringsmodellen' die een reeks van overwegingen omschrijven voor de keuze van zorgplichten, alternatieve toezichtinstrumenten, de keuze voor afspraken tussen burgers en instellingen (in plaats van kwaliteitseisen van de overheid), de erkenning van zelfzorgsystemen, het gebruik van doelvoorschriften, de inzet van bestuurlijke boetes, het opnemen of schrappen van planverplichtingen, de inzet van aansprakelijkheid en verzekeringsplicht, alternatieve geschillenbeslechting. De gedachte is duidelijk: de alternatieve wetgever kiest voor een van deze reguleringsmodellen zodra er termen aanwezig zijn om dat te

58. Bart van Klink, *De wet als symbool*, Zwolle 1998, hoofdstuk 2.

59. Voor een fraaie weergave van Aristoteles retorische systeem, zie J.P. Guépin, *De beschaving*, Amsterdam 1983, p. 64.

60. Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 3e druk, München 1965, p. 20.

doen. Bij nadere beschouwing blijkt dat het telkens om heel algemeen geformuleerde topoi gaat die niet domeinspecifiek zijn of probleemgericht. Zorgplichten komen bijvoorbeeld in aanmerking als de overheid de burgers bewust wil maken van de eigen verantwoordelijkheid voor de behartiging of het ontzien van bepaalde belangen. Elke overheid, alle burgers, alle belangen: het is nog niet duidelijk of deze gedachte in alle domeinen, met alle soorten burgers en alle typen belangen wel even relevant is. Doelvoorschriften zijn op hun plaats als het doel duidelijk en helder te formuleren is en er meer dan een mogelijkheid is om het doel te bereiken. Is dat een wet van Meden en Perzen die ook opgaat als er verschil van mening mogelijk is over het te bereiken doel of als er onaantrekkelijke of onaantvaardbare mogelijkheden zijn om het doel te bereiken? De algemene topos is pas het begin van een antwoord. De andere reguleringsmodellen roepen dezelfde vraag op: hoe komen we van algemene indicaties naar een afweging van alle factoren die in concreto, toegepast op een bepaalde praktijk, relevant zijn? De gezichtspunten zijn overwegend argumentaties pro een bepaald reguleringsmodel, zelden overwegingen die tegen de inzet van het model pleiten. Terwijl bij de zorgplichten en het alternatieve toezicht een tamelijk uitgebreide lijst gemaakt is, is die bij de overige modellen heel kort en vaag gehouden. Een werkbaar topick levert deze modellenbenadering nog niet op. En er gaat de suggestie van uit dat de wetgever het altijd helemaal zelf voor het kiezen heeft (zie bijvoorbeeld het 'stappenplan' dat geformuleerd wordt in het kader van het alternatieve toezicht; dit bevat alleen handelingen van de wetgevende instantie, niet van andere betrokkenen in een sociaal veld). Dit is strijdig met de door Montesquieu bepleite aandacht voor de contexten en situaties waarin wetten sociaal functioneren.

Een soortgelijk nadeel heeft de benadering van het SEO-rapport over de 22 typen zelfregulering. Voor elk 'instrument' wordt een 'factsheet' uitgewerkt met overwegingen die voor of tegen de inzet van het instrument pleiten. Wanneer een gedragscode, wanneer een keurmerk? Wat bepaalt de succeskansen van arbitrage of bemiddeling? Dit komt al meer in de buurt van het klassieke beeld. Toch ontbreekt ook hier iets wezenlijks: de confrontatie met zorgvuldig geselecteerde casus waarin geprobeerd is een van de typen van zelfregulering tot stand te brengen. Het is ook hier eenrichtingsverkeer op een te hoog abstractieniveau. Er is geen onderzoek aan voorafgegaan van de praktische mogelijkheden en onmogelijkheden op basis van een reeks inzicht verschaffende vragen. Deze aanpak is zo mogelijk nog instrumenteler dan die van *Bruikbare Rechtsorde*. Er is evenmin voorzien in interactie met betrokkenen die de te reguleren praktijk van binnenuit kennen en daarom in een goede positie zijn om relevante topoi aan te dragen.

Het is mogelijk noch zinvol om hier verder op alle voorgestelde reguleringsmodellen of zelfregulerende systemen in te gaan. Om meer te weten te komen over de mogelijkheden om een meer specifieke en bruikbare

topiek van regulering tot stand te brengen, zullen we het methodische advies van Montesquieu en Vichweg opvolgen en de blik wenden naar een casus: *governance in het onderwijs*. De opkomst van governance als beoogde bestuursfilosofie voor het gehele onderwijsveld is op zichzelf al een interessant onderwerp, maar wij zullen in deze casus bovendien op zoek gaan naar de gezichtspunten en vragen die aan de orde moeten komen om de kansen die de bestuursfilosofie biedt af te kunnen wegen tegen de ook denkbare risico's. Een afweging van kansen en risico's is een topische manier van werken, als het goed is ook een vorm van probleemdenken. De specifieke topoi die wij zoeken om de algemene topiek aan te vullen, kunnen we vinden door vanuit de twee eerder al besproken 'frames' naar de plannen te kijken: door een vergelijking te maken met de klassieke top-down regulering en met de zelfregulering die uitdrukking geeft aan de autonomie van sociale velden. De governance in het onderwijs is uitdrukkelijk bedoeld als wending van een regelgerichte aanpak naar een aanpak die meer ruimte laat aan eigen verantwoordelijkheid; dat maakt een vergelijking met deze twee 'frames' dus ook naar de maatstaven van het programma zelf alleszins relevant.

4 De afstandelijke wetgever

Onder de noemer 'governance in het onderwijs' wordt sinds enige jaren een nieuwe beleidsfilosofie ontworpen die het gehele werkterrein van het departement van OCW moet gaan omvatten. Het is waarschijnlijk het meest ambitieuze en omvattende programma van alternatieve regulering dat in de Haagse departementen in voorbereiding is; de grondgedachte is dan ook nauw verbonden met de opvattingen van het kabinet uit *Bruikbare Rechtsorde* en *Andere Overheid*, waar het onderwijsveld als een soort proeftuin voor zou kunnen dienen. We vinden in de discussie over governance in het onderwijs niet alleen de belangrijkste verschijningsvormen van alternatieve regulering, zoals de zorgplichten en het kaderstellende toezicht, ook is er sprake van een bestuurlijk kader dat een zelfde vorm van organisatie en bijpassende bestuurlijke processen voorstelt voor alle onderwijssoorten (van primair tot universitair); als gevolg hiervan zal elk besturend orgaan en elke professional in de onderwijswereld zich anders moeten organiseren en zijn relaties met de omgeving moeten herzien. De opkomst van het programma *Governance in het onderwijs* past in een langjarige ontwikkeling die getypeerd kan worden als een wending van regulering naar alternatieve regulering. Het onderwijsbeleid is vanouds georiënteerd geweest op wet- en regelgeving. De circulaire uit Zoetermeer, die de regelgeving in praktische missiven vertaalde (en verschenen in de zogenaamde gele katernen), zijn berucht; al vele jaren klinkt de klacht dat de regelcultuur op onderwijs een akelige en disfunctionele vorm van bureau-

cratie is. Onder de paarse kabinetten werd al de steven gewend: van minister Hermans moesten er minder regels komen, het werd tijd voor globale sturing en meer ruimte voor autonomie voor de scholen. Als liberaal was deze minister ook niet vies van marktwerking waar dat zinvol zou kunnen zijn. Minister Van der Hoeven maakte van deze wending in de kabinetten Balkenende het speerpunt van haar beleid. Nadat er uitgebreid gesnood was in het bestand aan regels en circulaire, kwam de weg vrij voor alternatieve manieren van regulering die het onderwijs meer vrijheid en autonomie gunnen maar tegelijkertijd recht doen aan de grondwettelijke zorgverantwoordelijkheid van de overheid voor de toegankelijkheid, de kwaliteit en de financiering van het onderwijs.

4.1 Governance als beleidsfilosofie

De contouren van governance als omvattende beleidsfilosofie voor het onderwijsveld worden getekend in de loop van de parlementaire behandeling van de beleidsnotitie *Governance in het onderwijs* die minister Van der Hoeven op 7 juli 2005 naar de Tweede Kamer stuurt.⁶¹ Daaraan is al het nodige voorafgegaan, zoals adviezen van de Onderwijsraad (*Degeijk onderwijsbestuur*) en de WRR (*Bewijzen van goede dienstverlening*) en een motie De Vries (CDA) uit 2004 die de minister gevraagd heeft 'een visie op de bestuurlijke verhoudingen in het onderwijs te ontwerpen.' De Tweede Kamer spreekt zich in een Algemeen Overleg op 28 maart 2006 overwegend in positieve zin over de plannen uit⁶², de Eerste Kamer is op 14 maart 2006 aanmerkelijk kritischer.⁶³ Bij de begrotingsbehandeling komt het onderwerp eveneens ter sprake en verder in discussies over de vermindering van de regeldruk. Uit al deze stukken laat zich het volgende beeld van de beleidsfilosofie reconstrueren.

De overheid gaat in de eerste plaats een terugtrekkende beweging maken (onder meer door deregulering en terugdringen administratieve lasten) om zo meer ruimte te geven voor eigen verantwoordelijkheid aan de belangrijkste actoren in het onderwijs: de docenten, de bestuurders en de toezichthouders. Niet op alle terreinen is het mogelijk vrijheid te bieden, de overheid heeft complementair aan het eerstgenoemde streven de taak om heldere wettelijke kaders te bieden die richting geven en grenzen stellen. Als er ruimte is voor verantwoordelijkheid, moet ook verantwoording worden afgelegd, binnen en buiten de instelling. Waar de overheid kaders stelt en eventueel ingrijpt, wordt gekozen voor een lerende aanpak zodat de

61. Te vinden onder TK 2004-2004, 30 183, nr. 1 e.v.

62. Maar zie de indringende kritiek van D'66-kamerlid Lambrechts, TK 2004-2005, 30 183, nr. 6, p. 6-7.

63. Zie de bijdragen van Linthorst (PvdA), Klink (CDA) en Schuurman (CU), EK 2005-2006, 21 962-21 969.

overheid de kaders kan bijstellen als dat beter werkt. Het gaat om een dynamisch stelsel dat weliswaar op alle onderwijsgebieden in grote trekken dezelfde structuur heeft, maar toch open genoeg is om zich te ontwikkelen onder invloed van de activiteiten van de vele betrokkenen die gezamenlijk gestalte geven aan het veelvormige onderwijsbestuur. Voortdurende verbetering van de kwaliteit van het onderwijs is het doel van goed governance. Om het eerste aspect – meer ruimte voor eigen verantwoordelijkheid – waar te maken, wordt onder meer gedacht aan:

- het waar mogelijk werken met zorgplichten ('een zorgplicht is een wettelijke gedragsnorm die de onderwijsinstellingen ertoe verplicht zorg te betrachten voor een door de wetgever omschreven belang dat enerzijds voldoende concreet is en anderzijds gedragsvarianten in de praktijk toelaat')
- een strikte scheiding aan te brengen tussen bestuur en intern toezicht, maar hierbij wel recht te doen aan de verschillen per onderwijssector, onder meer door de totstandkoming van governance codes in de verschillende sectoren te stimuleren
- een dynamiek van checks and balances te laten ontstaan waarbij de instelling niet alleen verantwoording aflegt maar ook betekenisvol overleg voert met belanghebbenden en stakeholders (ouders, leerlingen, eventueel bedrijven en andere 'ketenpartners') binnen en buiten de instelling
- daarbij een centrale functie toe te kennen aan jaarverslagen
- de rechtspositie van leerlingen, ouders en personeel in een nieuwe Wet medezeggenschap scholen te versterken (opname informatierechten), maar wel aan de schoolbesturen de ruimte te geven hieraan op eigen wijze vorm te geven; dit kan door een zorgplicht te formuleren
- de vergelijkbaarheid van schoolprestaties te bevorderen door invoeren van systemen van 'benchmarking'
- de administratieve controlelast te verlichten door verschillende vormen van toezicht te integreren.

In verband met het tweede aspect – heldere kaders, richting geven en grenzen stellen – wordt onder meer aan het volgende gedacht:

- de overheid blijft verantwoordelijk voor de regels omtrent de financiering en de verantwoording van het gebruik van door de overheid beschikbaar gestelde middelen
- naast horizontaal toezicht blijft er een aanvullende rol voor verticaal toezicht door de Inspectie van het Onderwijs op aspecten als rechtmatigheid, kwaliteit, opbrengsten en kwaliteitszorg
- de overheid houdt toezicht en regie op de arbeidsvoorwaardenvorming
- er komt een responsief sanctiebeleid, met een piramide van in zwaarte toenemende sanctiemogelijkheden voor scholen die in hun functioneren tekort schieten

- de minister blijft aan het parlement verantwoording afleggen over: de kwaliteit van het onderwijs, de optimale match tussen de talenten van de deelnemer en zijn onderwijsresultaten, een goede aansluiting van de opbrengsten van het onderwijs op de maatschappelijke vraag, de toegankelijkheid van het onderwijs en de adequate bekostiging van het onderwijs.

De lerende aanpak komt onder meer tot uitdrukking in het stimuleren van horizontale verantwoording in relatie tot het verticale toezicht. Daarvoor wordt nog onderzoek verricht, onder meer over de vraag hoe hierbij bureaucratisering kan worden voorkomen.

Alles overziend, blijkt het programma *Governance in het onderwijs* veel te verwachten van open communicatie tussen de vele deelnemers aan bestuurlijke processen, van vrijwillige en constructieve samenwerking en van hun leervermogen. Transparantie lijkt een kernwaarde van deze procedurele benadering van het bestuur. Daarbij verschuift het accent van het stellen van regels naar het vormgeven van het toezicht. De minister vat het kernachtig aldus samen:

‘De kerngedachte van goed governance is dat de partijen die het meeste belang hebben bij onderwijs hun invloed daarop kunnen uitoefenen op instellingsniveau. Het bevoegd gezag van de instellingen is de spil: de schoolbesturen kunnen in mijn visie meer zelf bepalen hoe zij het onderwijs inrichten (onderwijs op maat), maar moeten daarover wel verantwoording afleggen. Leraren, leerlingen/studenten, ouders en andere belanghebbenden krijgen een positie die hen goed in staat stelt hierop invloed uit te oefenen (horizontale verantwoording). De overheid moet de eigen regels en voorschriften sterk verminderen en scherper toespitsen op onderwijsresultaten. Toezicht en handhaving worden versoepeld, maar wel aangescherpt.’⁶⁴

4.2 Governance tussen droom en daad

Het is niet eenvoudig om greep te krijgen op deze nieuwe bestuursfilosofie. De beleidsdiscussie lijdt aan de bekende euvels van het ambtelijk correcte taalgebruik.

Er wordt kwistig gestrooid met overbodige, maar energiek klinkende adjectieven (als er afspraken met de gemeenten moeten worden gemaakt heten dat ‘concrete en heldere’ afspraken alsof het, inderdaad, heel moeilijk is om misverstanden te voorkomen). Het ambtelijke en onderwijskundige jargon is niet van de lucht (‘ketenpartners’, ‘interventieladder’, ‘signaleringsgrenzen’). Bovenal wordt geschreven over bestuurlijke wensen alsof ze al bijna realiteit zijn, alsof iedereen er in het veld op zit te wachten om een nieuwe beleidsfilosofie te implementeren, alsof er geen zinnig

64. TK 2004-2005, 30 183, nr. 9, p. 3.

verzet tegen de plannen mogelijk zou zijn en governance al haast berust op consensus. Maar wat de onbevangen lezer het meest mist, is de bereidheid om over te gaan tot een open afweging van kansen en risico's van dit programma van alternatieve regulering. Ongetwijfeld op politieke gronden wordt telkens sterk de nadruk gelegd op de kansen die de nieuwe bestuursfilosofie biedt, op de voordelen vergeleken met 'oude' vormen van goed bestuur, en worden de risico's en de nadelen niet genoemd of geminimaliseerd.

De deelnemers aan de discussie zijn het ook op voorhand teveel met elkaar eens, er ontbreekt meestal een krachtig weerwoord en als het al komt, dan niet vanuit de klas of van het schoolplein. In de scholen en onderwijsinstellingen praat men ook over de problemen van het onderwijs – heel intensief zelfs – maar de discussie gaat daar meer over voor- en nadelen van het nieuwe leren (competentiegericht in plaats van op kennis-overdracht ingesteld) dan over een nieuwe bestuursfilosofie.⁶⁵ De visie op governance is aan de top van het bestuur ontwikkeld en nog niet tot de basis van het onderwijsveld doorgedrongen. Dat betekent dat de richting van het beleid al wordt vastgesteld en een bestuurlijk voorschot wordt genomen op algemene invoering van governance zonder dat men weet hoe in de praktijk gedacht wordt over de kansen en de risico's van alternatieve onderwijsregulering. De eigenaardige paradox doet zich voor dat de overheid in de nieuwe bestuursfilosofie terugtreedt, een afstandelijke wetgever wordt, ruimte voor eigen verantwoordelijkheid wil bevorderen, horizontale verantwoording nastreeft en een lerende aanpak bepleit maar dit eenzijdig van bovenaf decreteert. Zelf hebben de opstellers van het beleid het veld niet bepaald veel ruimte gegeven om hun verantwoordelijkheid te nemen voor het ontwikkelen van een gedeelde bestuursfilosofie, er is geen lerende aanpak geweest in interactie met de actoren in het veld en er is geen horizontale verantwoording afgelegd over het nieuwe beleidsprogramma. De overheid treedt terug door nog krachtiger op te treden. De afstandelijke wetgever vult de ruimte die ontstaat door deregulering en administratieve lastenverlichting meteen op met nieuwe regulerende mechanismen. Weet men wel waar men aan begonnen is?

De bestuurlijke bevologenheid waarvan de governance-discussie getuigt wordt nog niet getemperd door het realisme dat men verwerft vanuit de onderwijspraktijk. Die constatering opent meteen de weg voor een verbreding van de discussie. Wat men moet doen is de voor- en nadelen van governance, de ertoe verbonden kansen en risico's, bespreken vanuit de twee frames waar alternatieve regulering een verbinding tussen moet zien te vinden. We moeten heen en weer gaan tussen het top-down denken van

65. Zie bijvoorbeeld het themanummer *De nieuwe schoolstrijd* van het tijdschrift *Christen Democratische Verkenningen*, Herfst 2006.

het bestuurlijke circuit (dat in onderwijsland een landschap is met vele toppen, met het ministerie in Den Haag als hoogste top en de schoolbesturen als lagere punten) en de centrum-periferie opvatting die het beeld bepaalt binnen de scholen en onderwijsinstellingen. Omdat regulering traditioneel gezien meer van boven naar beneden wordt opgevat en zelfregulering daarentegen meer vanuit vele centra en periferieën, is het zinnig beurtelings vanuit deze twee perspectieven naar de voorstellen te kijken. We stuiten dan al snel op zes grote vragen. Zal de nieuwe bestuursfilosofie tot minder of juist tot meer bureaucratie leiden? Zal governance met al zijn interne en externe verantwoordingsrelaties tot stabiele verhoudingen kunnen leiden in de besturen en op de werkvloer? Zijn er evenwichtsmechanismen in de nieuwe bestuurlijke aanpak ingebouwd die machtsstrevingen temperen en tot belangenafweging leiden? Zijn de docenten met governance aan een sterkere positie geholpen of komt hun aangetaste professionele autonomie nog verder onder druk? Hebben ouders, leerlingen en andere 'stakeholders' meer of minder invloed in de nieuwe bestuurlijke structuren en processen? Is toezicht op maat mogelijk? En vooral: maakt governance het mogelijk om de kwaliteit van zeer zwakke scholen op te krikken of worden deze scholen nog moeilijker aan te sturen?

Het ligt voor de hand dat de twee frames deze zes grote, open vragen enigszins anders benaderen. Het debat erover moet grotendeels nog plaatsvinden. Om het verschil in benadering meteen aan te geven, kan bedacht worden dat de twee frames zelfs al anders oordelen over de vraag wat governance nu eigenlijk is. Is governance alleen een nieuwe manier van besturen in het onderwijs, een stijl van werken die van belang is voor bestuurders op alle niveau's maar die verder het werk in de klas niet raakt en die hooguit indirect, door betere bestuurlijke kaders en methoden te organiseren, ook de professionals in hun praktijk van lesgeven ten goede komt? Zo zou er vanuit het frame van regulering tegenaan gekeken kunnen worden: als in wezen praktijkneutraal bestuurswerk. Of verandert governance niet alleen de manier van besturen maar ook de manieren van werken en van met elkaar omgaan in de scholen en onderwijsinstellingen, tot in de klas? Zo ziet het er vanuit het frame van zelfregulering uit: als een diepgaande interventie, als normering en disciplineren van de praktijk. Zien en waarderen gaan samen. Vanuit regulering gezien is governance een welkome ondersteuning van processen die in het onderwijs al gaande zijn en verwacht men dan ook een coöperatieve houding van alle deelnemers in de onderwijsvelden; men hanteert de retoriek van het positive sum game dat geen verliezers telt. Wie de autonomie van zelfregulerende systemen voorop stelt, ziet daarentegen een bestuurlijke omwenteling die de machtsverhoudingen aantast (zoals: managers winnen, docenten verliezen) en de werkcondities verandert; men denkt eerder in termen van strijd en conflict, volgens de logica van het prisoners' dilemma, waarin alle partijen verliezers zijn.

Laten we daarom beurtelings vanuit de optiek van regulering en van zelf-regulering naar de plannen voor governance kijken. Dan worden kansen en risico's zichtbaar die bij nadere analyse op een onderliggende topick wijzen.

4.2.1 Vanuit regulering gezien; top-down

Als we vanuit het 'frame' van de klassieke top-down regulering naar governance kijken, rijzen de volgende vragen.

Minder regels, toch meer bureaucratie?

Als de overheid zelf minder regels uitvaardigt wil dat niet zeggen dat andere 'wetgevers' zich ook zo terughoudend opstellen: regels kunnen ook afkomstig zijn van de gemeente, van het overkoepelende schoolbestuur of van de raad van toezicht. Voor bestuurders en professionals in een onderwijsorganisatie maakt het niet veel uit waar de regels vandaan komen als zij er aan gehouden kunnen worden. De wetgever heeft vele gezichten. De afstandelijke wetgever maakt niet alleen ruimte voor eigen verantwoordelijkheid, maar ook voor regelgeving door de gemeente, voor regulering door codes en beleidsovereenkomsten. De verschuiving van regelgeving naar toezicht (waarover later meer) neemt vaak de gedaante aan van het opstellen van protocollen (bijvoorbeeld voor de kwaliteitszorg) die veel bureaucratische arbeid met zich meebrengen. Uitbreiding van de verantwoordingsrelaties, extern en intern en met meer te bedienen stakeholders, kan ook meer bureaucratie betekenen. Het jaarverslag zou wel eens ontoereikend kunnen zijn om alle instanties en personen te bedienen.

Verplaatsing van verwachtingen van regels naar toezicht?

Klassieke regulering was vatbaar voor het mechanisme van 'projection of wishes': sociaal wenselijke normen werden in regels opgenomen zonder aandacht voor de uitvoerbaarheid of zonder respect voor professionele autonomie. De scholen moesten niet alleen maar goed onderwijs geven. Ze werden geacht ook aan burgerschapsvorming te doen, de sociale veiligheid te bevorderen, bij te dragen aan integratie, gezond eetgedrag in de hand te werken. Daar komt binnenkort de verplichting bij om voor voorschoolse en naschoolse opvang te zorgen. De maatschappelijke eisen aan het onderwijs veranderen niet plotseling; als men de maatschappelijke eisen en verwachtingen niet in regels neerlegt maar de scholen ruimte laat om zelf arrangementen te organiseren, zal men toch resultaten willen zien. Dat betekent dat dan tijdens het toezicht door de Onderwijsinspectie normen en regels worden geformuleerd die voor de praktijk minstens zo belastend kunnen zijn.

Adequate checks and balances?

De wending naar autonomie en horizontale verantwoording vereist net zo goed een institutionele structuur van checks and balances als traditionele regelgeving. Daar is onduidelijkheid over. De Inspectie moet bijvoorbeeld proportioneel toezicht gaan uitoefenen, wat betekent dat scholen met grotere problemen en meer risico's op falen meer aandacht zullen krijgen en 'gewoon' functionerende scholen minder. Als scholen hun kwaliteitszorg-systeem op orde hebben en goed presteren op een aantal indicatoren, komt de inspecteur niet meer jaarlijks op bezoek, zoals onder de huidige wetgeving eigenlijk wel mocht.⁶⁶ Het gevaar is aanwezig dat de Inspectie door te weinig lessen te observeren het contact met de werkelijkheid in de scholen verliest en dat de externe toetsing een papieren karakter krijgt, bureaucratisch wordt, minder passende feedback oplevert. De neiging van het ministerie om de Inspectie meer naar binnen in de organisatie te trekken en strakker aan te sturen, vergroot de beleidsgevoeligheid van het inspectiewerk. Vanuit het gezichtspunt van checks and balances zou de Inspectie juist onafhankelijker moeten opereren en dichter bij de scholen moeten staan, zoals in feite vroeger altijd het geval was. Als er meer intern toezicht komt, vermindert de noodzaak van extern toezicht niet. Voor de scholen betekent dit meer werk.

Bestuurlijk dwangbuis?

De oude regelcultuur werd als beperkend ervaren, de nieuwe bestuursfilosofie verschaft een bestuurlijk dwangbuis waar alle soorten onderwijs in moeten passen, met slechts beperkte mogelijkheden om van het vaste stramen af te wijken (zie de als strikt aangemerkte scheiding tussen bestuur en toezicht of de uniforme eis dat scholen jaarverslagen maken).

Permanente verandering?

Het doel van de wetten en regels was orde en stabiliteit verschaffen; deze ambitie mag dan vaak niet gehaald zijn, met de nieuwe bestuursfilosofie worden verandering en reorganisatie tot structuurprincipes gemaakt. Het stelsel is immers bewust open geformuleerd en kan door de lerende aanpak tot voortdurende bijstellingen leiden. Permanente verandering van organisatie en beleid is de bestuurlijke logica van Den Haag; deze logica wordt nu geïnstitutionaliseerd en aan alle onderwijsinstellingen opgelegd, hetgeen deze instellingen dwingt tot investeringen in het management (ten

66. De Inspectie interpreteert de Wet op het Onderwijstoezicht (WOT) op dit punt om budgetaire redenen creatief: het jaarlijks onderzoek mag ook vanachter de computer en de telefoon uitgevoerd worden.

koste van het professionele werk). Permanente verandering voedt het advieswezen en de bureaucratie.

4.2.2 Vanuit zelfregulering gezien; centrum-periferie

Bezien vanuit zelfregulering komen hier nog een aantal andere vragen bij.

Te dwingende kaders?

De overheid blijkt zelfregulering als een aanvullend middel te zien dat binnen het kader van het eigen beleid moet passen. Illustratief is de passage in de beleidsnotitie over de manier waarop een afstandelijke wetgever de rechtspositie van leerlingen en ouders wil versterken. De medezeggenschap blijft als vanouds wettelijk geregeld, de school mag bepalen hoe vorm te geven aan het klachtrecht van de individuele ouder (en krijgt daarvoor een zorgplicht opgelegd). Om de huidige klachtenregeling te verbeteren (deugt die dan niet?) is zelfregulering aangewezen, want 'deze draagt bij aan het draagvlak om regels uit te voeren.' 'Zelfregulering kan uiteraard niet in de plaats komen van de uiteindelijke politieke verantwoordelijkheid van de minister van OCW. Mocht de vorm van zelfregulering niet werken, dan zal aanvullende wetgeving nodig kunnen zijn.'⁶⁷ Dit voorbeeld laat zien hoe zelfregulering uitsluitend in instrumentele termen wordt opgevat, als een handig mechaniekje om draagvlak te creëren, met bovendien de stok achter de deur van ministerieel ingrijpen. De kans die hier gemist wordt is om de hele vraag hoe de inspraak en betrokkenheid van ouders, leerlingen en personeel bij de school geregeld moet worden aan een open proces van zelfregulering te onderwerpen, over de volle breedte, dus inclusief de wettelijk geregelde medezeggenschap en het klachtrecht, om pas tot maatregelen over te gaan als de zelfregulering niet blijkt te voldoen aan daarvoor te stellen maatstaven. Draagvlak ontstaat niet in de marges van een vaste bestuursstructuur die van bovenaf wordt opgelegd.

Schaalverschil en variëteit?

Zelfregulering kan recht doen aan schaalverschillen en diversiteit. Het is niet nodig dat alle onderwijsorganisaties dezelfde omvang hebben of op dezelfde manier zijn georganiseerd. Deze dwang tot schaalvergroting en meer uniforme bestuursvormen gaat nu juist wel van de governance methode uit. De eisen die gesteld worden op het punt van de interne en externe toezichtrelaties en de horizontale verantwoording alleen al zijn bijvoorbeeld niet op te brengen voor organisaties waarin maar een school is onder-

67. TK 2004-2005, 30 183, nr. 1, p. 14.

gebracht (dit zijn de zogenaamde eenpitters). Professioneel bovenschools management wordt een noodzaak. Als we bedenken dat in het basisonderwijs veel, vaak bijzondere scholen zulke eenpitters zijn, weten we meteen hoe dwingend de nieuwe bestuursfilosofie is.

Expansie van het management?

Door governance in te voeren wordt de behoefte aan competent management versterkt en zal daardoor ook de macht van managers binnen onderwijsorganisaties toenemen. De vraag moet onder ogen gezien worden of dit de kwaliteit van het onderwijs ten goede zal komen (of alleen de kwaliteit van het onderwijsmanagement). Hoe kan ervoor gezorgd worden dat management een dienende functie vervult ten opzichte van de primaire onderwijsstaak? De hogere beloning voor managementtaken draagt niet bepaald bij aan het benadrukken van de dienende functie. Vaak is voor een talentvolle docent de enige mogelijkheid om carrière te maken toe te treden tot de rangen van het management. Als het universitair onderwijs, waar management langzamerhand onderwijs en onderzoek in de schaduw stelt, het voorbeeld wordt voor de overige onderwijssectoren, ziet het er niet best uit. De wending naar zelfregulering (en beter nog naar zelfbestuur) zou betekenen dat hier van geen automatisme sprake is en dat de verhouding tussen management en onderwijzend personeel op uiteenlopende manieren gestalte zou kunnen krijgen, met instemming van de betrokkenen.

De positie van de leraar?

Governance verandert alle verhoudingen in het onderwijs, niet alleen de bestuurlijke. De positie van de leraar komt nog meer onder druk als een groot aantal stakeholders meer invloed krijgen op wat er in de school gebeurt. Alleen als zelfregulering leidt tot minder bemoeienis van buiten en tot meer autonomie voor de leraar gaat hij erop vooruit; daarvoor zijn ook bij zelfregulering geen garanties te geven. Zelfregulering speelt zich nu eenmaal niet af in het klaslokaal. Het versterken van de professionele autonomie van de leraar wordt ten onrechte als een van de doelstellingen van de governance operatie genoemd.

De positie van de ouders?

In de beleidsstukken wordt regelmatig lippendienst bewezen aan de positie van de ouders. In het oude verzuilde model was de school, via het schoolbestuur, toch een beetje van hen? Onder governance is die situatie drastisch veranderd. Het besturen van een school heeft niet veel meer met de betrokkenheid van ouders te maken, zeker als we voorbij het basisonderwijs kijken. Als governance de mogelijkheid van de ouders vergroot om zich met

de gang van zaken op school te bemoeien is nog maar de vraag of dit alleen een zegen is. De te verwachten diversiteit is groot. Erg actieve en betrokken ouders doen dit vaak om de belangen van hun kind te behartigen in plaats van die van de hele schoolgemeenschap. Er zijn ook andere ouders met relevante inzichten die hun kritiek voor zich houden, soms om de relatie met de leerkracht niet in gevaar te brengen. Er zijn ook veel ouders die graag alles aan de school overlaten. De bekende mechanismen van exit, voice en loyalty zorgen ervoor dat ouderparticipatie nooit een ideale vorm zal aannemen.⁶⁸ Zelfregulering zou realistische arrangementen kunnen opleveren, op maat van de school en het type onderwijs.

De vele vragen die dit programma van alternatieve regulering oproept vanuit de standpunten van regulering en zelfregulering wijzen op de aanwezigheid van zowel kansen als risico's. Onduidelijk is alleen hoe de vertaalslag moet plaatsvinden van een op hoog abstractieniveau gecomponeerde beleidsfilosofie waar alternatieve reguleringsinstrumenten in ruime mate deel van uitmaken naar een werkbare praktijk. Governance zal voorlopig nog wel even gevangen blijven tussen droom en daad.

4.3 Governance als alternatieve regulering

Wat kan deze casus ons nu leren over de condities waaronder het voor de reflectieve wetgever zinvol is om alternatieve regulering in te zetten? En over de mogelijkheden om er vanuit een veld of praktijk constructief aan mee te werken en zo de problemen van het veld of de praktijk op te lossen op een voor de omgeving aanvaardbare manier? De eerste les is wel dat dit geen eenvoudige vragen zijn. Wie een casus als deze induikt, stuit op onoverzichtelijke kwesties en lastig te beantwoorden vragen die in de praktijk maar al te vaak tot nader order worden uitgesteld. Vaak zijn er geen theoretisch juiste antwoorden en moet het antwoord gezocht worden door erover te praten met de kring van betrokkenen. De stand van de beleidsdiscussie tot op heden laat zien dat dit nog niet gebeurd is: er is teveel aandacht geweest voor het reguleringsdenken van de overheid en te weinig voor de praktijkproblemen die in de onderwijsvelden worden onderkend. Dat brengt een volgende overweging in beeld. De inzet van alternatieve regulering door de overheid is niet in de eerste plaats een instrumentele kwestie. De hoofdvraag is niet of techniek a beter is dan techniek b. De keuzes die men maakt moeten onderdeel uitmaken van een wetgevingsstrategie die erop gericht is door een zorgvuldige voorbereiding (en het opzoeken van de weerstand) tot een in brede kring gedeelde definitie van het probleem te komen en tot een inventarisatie van door die betrokkenen

68. A.O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge Mass. 1970.

geschikt geachte oplossingen. In een zorgvuldige procedure om tot alternatieve regulering te komen, moet wel telkens de inhoud voorop staan. Als de perspectieven botsen, moet dit worden vastgesteld om vervolgens naar een verbindend frame te kunnen zoeken.

De wetgevingsstrategie moet dus ruimte bieden voor gedegen analyses van wat er in de verschillende sectoren, velden of praktijken in de diverse wereld van het onderwijs aan de hand is. (Als dit gebeurd was, was er vermoedelijk geen uniformerende procesbenadering gekozen waar alle besturen aan gebonden zijn.) De lerende aanpak wordt nu teveel gezocht volgens een bepaald model van leren: dat van analyse en instructie. Op basis van georganiseerde interacties en uitgebreide communicatie met de werkvloeren van het onderwijs, zou ook een ander leermodel kunnen worden toegepast: leren door variatie en selectie.⁶⁹ Het eerst experimenteren met verschillende vormen van bestuur om na evaluatie de beste vormen te kiezen, is daar een voorbeeld van. Waar het bij de te ontwikkelen wetgevingsstrategie vooral om gaat is de twee perspectieven op regulering bij elkaar te brengen. De top-down blik van de overheid is daarvoor net zo hard nodig als de praktijkgerichte visie in de sociale velden van het onderwijs. Beide hebben een eigen legitimiteit: de minister is democratisch gelegitimeerd door de beraadslaging in het parlement en de intentie het algemeen belang te dienen, de werkvelden hebben de overtuigingskracht van hun professionele expertise en hun toegang tot 'local knowledge'. Alternatieve regulering is een evenwichtskunst.

Bij alternatieve regulering moet een afweging gemaakt worden van kansen en risico's. Als er dan inderdaad gekeken wordt vanuit wisselende perspectieven wordt ook duidelijk dat algemene overwegingen over voor én nadelen van een instrument (een algemene topiek) niet toereikend zijn. Men zal ook domeinspecifieke argumenten moeten gebruiken. Om dit punt te illustreren grijpen we terug op het hiervoor gegeven voorbeeld van de inzet van een zorgbepaling om scholen de ruimte te geven zelf een manier te vinden om het klachtrecht van de individuele ouder (in tegenstelling tot het collectieve wettelijk te regelen medezeggenschapsrecht) een bij de tradities en uitgangspunten van de school passende vorm te geven. Minister Van der Hoeven schreef daarover: 'Het is onderdeel van de professionele verantwoordelijkheid van de school dat er aandacht is voor de wisselwerking met de ouder. Dat die aandacht er moet zijn ziet het kabinet als een principe dat in de vorm van een zorgplicht kan worden gegoten. Dat wil zeggen: waarborgen dat die aandacht er is, zonder voor te schrijven hoe die precies vorm krijgt.'⁷⁰ Kijken we nu naar de nota *Bruikbare Rechtsorde* dan vinden we daar algemene overwegingen voor de inzet van zorgplichten zoals 'het bewust maken van de eigen verantwoordelijkheid van burgers

69. Herman van Gunsteren, *Culturen van besturen*, Amsterdam 1994, deel III, p. 101-142.

70. TK 2004-2005, 30 183, nr. 1, p. 14.

voor de behartiging of het ontzien van bepaalde belangen' en ook 'de burger ruimte laten voor gedragsalternatieven', maar we vinden er geen overwegingen over de omgang met professionele normen. Professionals zijn zich per definitie al bewust van een eigen verantwoordelijkheid voor belangen die anderen betreffen en ze hebben gedragsalternatieven nodig om professioneel te kunnen handelen. De overweging van de minister ligt in hetzelfde vlak maar is al specifiek. Toch is het nog een te vaag argument. Als de zorgplicht alleen vaststelt dat er professionele aandacht moet zijn voor de wisselwerking met ouders, dan zou het de school vrijstaan hier op uiterst minimale (en dus onprofessionele) wijze invulling aan te geven, bijvoorbeeld door een jaarlijks spreekuur van de directeur. De zorgplicht zou dan te weinig richting geven en het zou te gemakkelijk zijn er niets mee te doen. Het geven van informatierechten aan ouders zou een effectievere manier kunnen zijn om hetzelfde doel te bereiken. Maar waar het om gaat is dat bij de formulering van de zorgplichtbepaling en ook al bij de keuze voor het instrument eerst een analyse gemaakt wordt van de problemen die ouders nu mogelijk op uiteenlopende schooltypen ondervinden in wat eufemistisch hun 'wisselwerking' met de school heet.

5 De strategische wetgever

Governance in het onderwijs is een bijzonder project. We zien hier immers hoe de reflectieve wetgever ook probeert strategisch te opereren en een aanpak ontwerpt voor het goede bestuur in de hele onderwijssector. Alternatieve vormen van overheidsregulering moeten in deze aanpak passen. De reflectieve wetgever is daarmee nog niet een echt strategische wetgever geworden. De kansen zijn te positief belicht, de risico's nog onvoldoende onderzocht. Vanuit de twee in dit preadvies gekozen 'frames' kwamen die risico's beter in beeld. We zullen nu proberen een – niet uitputtend! – lijstje van gezichtspunten op te stellen dat relevant is bij de keuze voor alternatieve regulering, ook op andere beleidsterreinen. Om het te onderscheiden van de papieren toetsing van de 'Tafel van Elf' heet deze toets de 'Topiek van Elf'. De in de governance-casus gevonden topoi zijn nog steeds algemene kwesties maar toch specifiek en contextueller dan de aandachtspunten die nu deel uitmaken van de reguleringsmodellen van *Bruikbare Rechtsorde*. De alternatieve wetgever doet er goed aan in te gaan op de volgende kwesties en topoi:

1. Welke krachten er in een sociaal veld aanwezig zijn die aansturen op het stellen of invullen van regels en op welk niveau van de organisatie van dat veld dat vermoedelijk zal geschieden. Dit is de topos van *meer-voudige reguleringsniveau's*.

2. Welke krachten er in het politiek systeem of in de besturende organisaties aanwezig zijn die een strategie van het bieden van ruimte voor eigen verantwoordelijkheid aan professionals en andere direct betrokkenen vermoedelijk zullen doorkruisen. Deze topos betreft de *analyse van regulatief vermogen*.
3. Of de regulerende instantie voldoende kennis heeft over de problemen die men in de praktijk ervaart en het draagvlak op de werkvloer voor de voorgestelde aanpak. Als deze kennis te wensen overlaat is het onverstandig meteen een algemene aanpak te kiezen die uniform voor het gehele domein geldt en die het veld verplicht om op gestandaardiseerde manieren te gaan werken. De topos kortom van *praktijk- en veldkennis* ('local knowledge')
4. Of dat het, in lijn met het voorgaande, verstandig is door communicatie, interactie en experimenten eerst meer over de situatie in het veld of de praktijkbehoeften te leren. Deze topos betreft het *primaat van de voortgezette conversatie*.
5. Op welke wijze een ordening bereikt kan worden die de deelnemers aan een praktijk voldoende zekerheid biedt over de bestuurlijke verhoudingen, de spelregels en de inhoudelijke normen voor hun werk. De bekende topos van de *rechtszekerheid*.
6. Of afstandelijk, proportioneel toezicht in het veld beter zal werken dan betrokken, algemeen toezicht. Noem dit de topos van *passend toezicht*.
7. Of er een werkend systeem zal ontstaan met afdoende checks and balances om ieders conflicterende en congruente belangen te waarborgen. Dit is de topos van het *machtsevenwicht*.
8. Wat het veld verwacht van de overheid en wat de overheid verwacht van het veld en in hoeverre die verwachtingen met elkaar sporen. Dit is de topos van *wederkerige verwachtingen*.
9. Wat de effecten van alternatieve regulering vermoedelijk zullen zijn op de omvang van de activiteiten, de schaal van de organisatie, de diversiteit van werkvormen en de machtsverhoudingen tussen betrokkenen. Als dat onmogelijk in te schatten is, is de vraag hoe hierover tijdig vormen van communicatie met alle betrokkenen (dus niet alleen de bestuurders van organisaties) kunnen worden georganiseerd. Deze vragen vallen onder de topos van de *optimale schaal*.

10. Hoe ervoor gewaakt kan worden dat de systematiek en de werkwijze van bestuurlijke organen dwingend worden opgelegd aan de praktijk van professionals (let op de verplaatsing van administratieve lasten). Het gaat om een topos van *professionele integriteit*.
11. Hoe kan worden voorkomen dat de autonomie van zelfregulerende instanties verwordt tot ongecontroleerde machtsuitoefening binnen het veld en de behartiging van algemene, de velden of sectoren overstijgende belangen verhindert. De aloude topos kortom van het *algemeen belang*.

Wie aan de slag gaat met deze toepiek van kansen en risico's van alternatieve regulering, afgeleid uit de wisseling van perspectieven, stuit op vragen die soms moeilijk te beantwoorden zijn. Dat is uiteraard geen reden om ze niet te stellen. De prijs voor het achterwege laten van een evenwichtige afweging van kansen en risico's kan namelijk hoog zijn. Er kan sprake zijn van slecht werkende regulering die niet werkelijk in de behoeften van de praktijk voorziet; onvrede bij professionals en bestuurders als de resultaten tegenvallen; maatschappelijke druk om de koers maar weer helemaal om te gooien en een heel andere strategie te beproeven terwijl men eigenlijk nog niet weet wat er is misgegaan. Van de Toepiek van 11 kan ook inspiratie uitgaan: er wordt immers een nieuw perspectief geboden op wetgeving. Door de vragen serieus te nemen wordt een reflectieve wetgever een strategische wetgever.

De volgende vraag is dan natuurlijk hoe het gezicht van een strategische wetgever eruit ziet, waaraan we de strategische wetgever kunnen herkennen. De term 'strategie' geeft meteen een aanwijzing. Wie een strategie volgt, heeft een doel voor ogen maar gaat niet blind of routinematig te werk. Om het doel te bereiken worden van te voren afwegingen gemaakt, waarvoor men beschikt over een repertoire van algemeen bruikbare redeneringen. Daarbij houdt men het oog gericht op de situatie en op wat men daarin van anderen kan verwachten.⁷¹ Dit zijn ook kenmerken van een strategische wetgever. De praktische uitwerking daarvan is echter ingewikkeld. De personen en instanties die ieder voor zich iets bijdragen aan het proces van wetgeving en daarin hun constitutioneel erkende rol spelen, hebben zelden echt dezelfde doelen. Hun verschillen van mening hierover worden toegedekt door vage formules. Compromissen die noodzakelijk zijn in een democratisch proces worden achteraf verschillend geïnterpreteerd. Het repertoire voor afweging van belangen loopt bij de deelnemers soms sterk

71. Zie Habermas bekende omschrijving van het strategische handelen; in zijn terminologie eigenlijk teleologisch-strategisch handelen. J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns, Band I*, Frankfurt am Main 1981, p. 126-127.

uiteen. Bovenal heeft men moeite om het eens te worden over de vraag in welke situaties en voor wie de wet op wat voor manier en met welke nadelige effecten een bijdrage gaat betekenen aan de oplossing van praktische problemen. De gang van zaken bij de uitvoering en handhaving van de wet is vaak onvoorspelbaar maar wordt in een maar al te gemakkelijk aanvaard beleidstheorie bekend verondersteld. Elk onderdeel van het strategisch handelen roept zo problemen op als het op het proces van wetgeving betrokken wordt. Strategisch handelen van de wetgever is daarom in de praktijk een zeldzaamheid. Vooral de vereiste constructieve samenwerking met anderen en de coördinatie van gezichtspunten komen niet uit de verf.

Rousseau, van wie wij eerder al zijn bekende formule over de algemene wil als basis van de wetgeving aanhaalden, was zich het probleem bewust. Hoe konden de burgers die na de totstandkoming van het maatschappelijk verdrag in democratische instellingen met elkaar beraadslagen over nieuwe wetgeving ervoor zorgen dat de wetten ook echt de uitdrukking zouden worden van de Algemene Wil in plaats van een optelsom van individuele voorkeuren en belangen (de Wil van Allen)? Het gevaar was reëel dat men wel de taal van het algemeen belang zou spreken, maar het als een fictie op zou vatten, en dat men in feite geen regels zou maken die werkelijk in het belang zouden zijn van alle betrokkenen. De oplossing van Rousseau onderscheidt twee situaties. Bij de stichting van de staat moeten de wetten gemaakt worden door één persoon die over uitzonderlijke capaciteiten beschikt (een wijze wetgever zoals Mozes, Solon of Lycurgus). De wetten mochten worden goedgekeurd bij de instelling van het maatschappelijk verdrag en de opsteller van de wetten treedt dan terug.⁷² In de democratische praktijk zullen de wetten dan weinig verandering meer behoeven, juist omdat ze de Algemene Wil tot uitdrukking brengen. De veranderingen die toch nodig zijn zullen door elke burger gelijkelijk kunnen worden voorgesteld en iedereen zal er de zin meteen van inzien. Het bestaan van een burgerlijke godsdienst die de normen en waarden van de gemeenschap in publieke rituelen codificeert, betekent een ondersteuning van het maatschappelijk verdrag en de daarvoor vereiste wetgeving. We kunnen achteraf constateren dat Rousseau het probleem eerder heeft weggeredeneerd dan opgelost en de Franse Revolutie zou laten zien tot welk misbruik het beroep op de Algemene Wil bij minder zuivere wetgevers als Robespierre kan leiden. De vondst van Rousseau herinnert ons er intussen wel aan dat de strategische wetgever een ideaalbeeld is. Het moet waargemaakt worden door personen die met elkaar in institutioneel verband wetten maken. In een democratie is de persoon van de wijze wetgever ver weg en er is ook steeds minder sprake van een eenheid brengende burgerlijke godsdienst.

72. Rousseau. *Het maatschappelijk verdrag*, a.w., p. 75-79.

5.1 De design wetgever

Hoe moet het dan wel? We kunnen het ideaal van een strategisch opererende wetgever om te beginnen een stapje dichterbij brengen als we in de wetgevingsprocedure uitdrukkelijk aandacht besteden aan de afstemming van kennis van alle betrokkenen en vooral van de 'frames' die op de achtergrond en meestal ongemerkt de waarneming en waardering van problemsituaties en de oplossing van problemen voorstructureren. We zagen dat de communicatie over alternatieve regulering wordt gecompliceerd door twee, langs elkaar heen schuivende denkramen – de top-down benadering en de centrum-periferie benadering. Dit is het conceptuele conflict dat door de strategische wetgever als eerste moet worden aangepakt. Gelukkig zijn daar ook mogelijkheden voor. Schön en Rein hebben een methode van 'frame reflection' ontwikkeld. Essentieel daarvoor is dat de betrokkenen bij een het beleid verlamdend denkraamconflict om de tafel gebracht worden om, los van de gewone praktijk in een haast therapeutische setting, met elkaar na te denken over wat hun samenwerking en wederzijds begrip belemmert. Uit het onderzoek van de werking van 'frames' in het beleidsdiscours moet dan duidelijk worden om welke conceptuele blokkades het gaat en kan gezocht worden naar een nieuw, gemeenschappelijk denkraam.

De methode van 'frame reflection' is door Rein en Schön ontwikkeld vanuit hun advieswerk aan professionals.⁷³ Zij zien frames overal opduiken waar professionals te maken hebben met praktijken die opnieuw vormgegeven of ontworpen moeten worden ('design'). Stadsplanning is een voorbeeld: de ambtenaar, de architect en de bewoner spreken niet dezelfde taal maar hebben elkaar wel nodig als het erom gaat aan stadsvernieuwing te doen. De impliciete verwachtingen over het ontwerp van een mooie stad verschillen en zolang de gehanteerde denkramen voor de deelnemers onzichtbaar zijn, verstoren die verwachtingsverschillen de meest rationele werkprocessen. Het ontwerpen van wetten die een praktijk van nut kunnen zijn, werken aan een bruikbare rechtsorde: het zijn zo gezien ook vormen van design. We zouden de ordenende metafoor die Schön en Rein gebruiken om het proces van beleidsonderzoek te duiden, ook kunnen inzetten om een denkraam te typeren dat de top-down benadering en de centrum-periferie benadering hopelijk met elkaar kan verbinden. Zowel de makers van regels die vanuit de overheid de samenleving willen besturen als de werkers in het veld die van alle kanten regels op zich af zien komen, kunnen er namelijk baat bij hebben hun werk in termen van het ontwerpen van bruikbare regels op te vatten. Net als bij de stadsvernieuwing is het zaak dezelfde taal te spreken; net als bij de stadsvernieuwing is het verre van

73. Voor meer details zie Schön en Rein, *Frame Reflection*, a.w., p. 165-187.

eenvoudig tot een goed georganiseerd gesprek te komen. (De design metafoor werkt alleen maar als iedereen die betrokken is bij alternatieve regulering zich als deelnemer aan een ontwerpproces kan zien; de metafoor werkt bijvoorbeeld al minder goed als bestuurders van organisaties zich over de hoofden van de professionals heen met elkaar verstaan.)

Dat het maken van wetten een ontwerpproces is waarbij de makers rekening moeten houden met de behoeften van de gebruikers en daarover een zinvolle conversatie moeten organiseren is overigens een verre van modern idee. Rousseau verwijst naar Solon, de geïdealiseerde wetgever van de Atheense polis, als hij het ontwerpen van wetten vergelijkt met het ontwerpen van een gebouw. 'Zoals de architect, alvorens een groot gebouw op te trekken, de bodem onderzoekt en beproeft, om te bezien of deze het gewicht kan dragen, zo begint ook de wijze wetgever niet met het redigeren van wetten die op zichzelf goed zijn, maar onderzoekt hij eerst of het volk waarvoor ze bestemd zijn, geschikt is om ze te dragen.'⁷⁴ Die beeldspraak kunnen we iets moderniseren door er de gedachte aan toe te voegen dat het volk dat in het wettengebouw zijn intrek neemt, eerst opdracht voor het ontwerpproces moet hebben gegeven en over de grote lijnen van de bouwopdracht met de architect moet hebben onderhandeld.⁷⁵

Het idee van een design wetgever die aan 'frame reflective policy discourse' doet, heeft nog een tweede voordeel. Voor een goed ontwerp wordt vaak gebruik gemaakt van wetenschappelijke kennis. De ontwerpstrategie wordt in het beste geval ook ondersteund door wetenschappelijk onderzoek dat helpt om valkuilen te vermijden en om kansen te identificeren. De topiek van kansen en risico's waar een strategische wetgever voor open staat zou op passende wijze begeleid kunnen worden vanuit de rechtswetenschap. De lijst van gezichtspunten die relevant zijn voor alternatieve regulering alleen al biedt welhaast een onderzoeksprogramma. Interessant is dan dat dit geen monodisciplinair onderzoek is. Om de dialoog van wetgevers en potentiële gebruikers te ondersteunen, moet de rechtsgeleerde onderzoeker in meer dan een veld van onderzoek thuis zijn en verbindingen kunnen leggen tussen onderzoek dat op uiteenlopende wetenschapsgebieden is ontwikkeld. De ideale wetenschappelijk geschoolde wetgevingsadviseur werkt vanuit zijn basis in de rechtsgeleerdheid met onderzoek en onderzoekers in de sociologie, psychologie, bestuurskunde, economie, communicatiewetenschap, geschiedenis en politieke theorie. De samenwerking tussen die disciplines zal gestalte moeten krijgen in onderwijs en onderzoek willen zulke goed geschoolde wetgevingsadviseurs er komen.⁷⁶

74. Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag*, a.w., p. 80.

75. In dezelfde trant bepleit de WRR het aanvullen van de dominante verticale bestuursstijl met een horizontale bestuursstijl in een pleidooi voor probleemgerichte politiek. WRR, *Lerende overheid*, Amsterdam 2006.

76. Vgl. J. Vranken, *Algemeen Deel, een vervolg*, Deventer 2005, p. 150-154.

6 De communicerende wetgever

De reflectieve en strategische wetgever zal goed moeten communiceren met de velden en praktijken waarin regels moeten werken. Het onderzoek naar de mogelijkheden voor een communicatieve en interactieve benadering van wetgeving, besproken in sectie 3.4, heeft een aantal voorstellen ontwikkeld die kunnen helpen om de topiek van kansen en risico's beter te laten werken. Met name valt dan te denken aan:

- een analysegebod dat de wetgever opdraagt eerst deugdelijk empirisch onderzoek te doen naar de behoeften van de praktijk voor er verandering wordt gebracht in de wet- en regelgeving;
- een reciprociteitsgebod dat de wetgever verplicht alleen inzet en betrokkenheid van de burgers te verwachten voor zover de overheid zich zelf ook aan de regels houdt en in de maatschappij gevestigde verwachtingen die voorwerp zijn geweest van democratische deliberatie respecteert;
- waar gewerkt wordt met scherpe normen en een hiërarchische lijn aan uitvoeringsorganisaties toch interpretatievrijheid laten en moreel gedrag toestaan ('regels zijn geen regels'; 'bevelswerking van wetgeving');
- waar gewerkt wordt met open normen deze omlijnen door duidelijke kaders die de ondergrens van het handelen markeren en de open normen verbinden met duidelijke regelcomplexen, interpretatie en debat hierover aanmoedigen ('symboolwerking van wetgeving');
- bij de keuze voor een regime van zelfregulering niet toch regelend optreden, dus een non-interventiebeginsel aanhouden;
- bij de keuze voor alternatieve regulering aandacht hebben voor de tijd die nodig is voor rechtsvorming van onderop en van bovenaf, dus werken met een beginsel van juiste timing van interventies;
- als onvoldoende kennis aanwezig is over het veld of de praktijk een nieuw systeem niet dwingend aan veld of praktijk opleggen, maar eerst op vrijwillige basis experimenteren en van die experimenten leren;
- niet terugschrikken voor horizonbepalingen als het gaat om onzekerheidsreductie;
- vaker een permanente monitoring uitvoeren van een kwetsbare praktijk (zoals de inzet van het strafrecht bij de bestrijding van terrorisme) in plaats van een eenmalige evaluatie;
- nieuwe regelvoorstellen zowel top down als vanuit de praktijk naar de overheid ontwikkelen.

Al met al ontbreekt het niet aan goed bedoelde aanbevelingen. Kan de reflectieve wetgever daarmee uit het slop gehaald worden? De aan het begin van dit preadvies gememoreerde geschiedenis van de steeds reflectiever wordende wetgever die veel tekst produceert maar in dezelfde krin-

getjes blijft ronddraaien, is niet bepaald bemoedigend. Er is altijd het gevaar dat ook de discussie over deze strategieën een theoretische discussie blijft en de aanbevelingen niet in actie worden omgezet. De idealen van een reflectieve en strategische wetgever zijn voor hun verwezenlijking afhankelijk van het politieke optreden van personen met macht op de juiste institutionele posities die hen toestaan invloed op de wetgeving uit te oefenen. Machiavelli, die een minder idealistische kijk had op de wetgever dan Rousseau, betoogt in zijn politieke geschriften dat de stabiliteit en de welvaart van een republiek van vrije en gelijke burgers afhangen van de interventie, op het juiste moment, van een machtig man ('a wise, good, and powerful citizen') die wetten maakt die de structuur van de vrije republiek ondersteunen.⁷⁷ Hij constateert ook dat deze constellatie zich zelden voordoet. De strategische wetgever moet niet afhankelijk zijn van de macht van één persoon, zoals ze ook niet afhankelijk mag zijn van de wijsheid van een persoon.

Het alternatief is de macht en de bevoegdheden te versterken van ambten die deel uitmaken van het proces van wetgeving en de personen die de wetgevende ambten bekleden aan te moedigen hun verantwoordelijkheid als 'wetgever' te nemen. Het is interessant dat grondwetswijziging hiervoor meestal niet nodig is. Zo zou men de minister van justitie, die nu al verantwoordelijk is voor het wetgevingskwaliteitsbeleid, in de ministerraad eenzelfde status kunnen geven als de minister van financiën toekomt bij kwesties waar geld mee gemoeid is. Bij elke wet van elk departement zou de minister van justitie het laatste woord moeten hebben. De Tweede Kamer zou het oordeel over wetten niet over alle commissies moeten versnipperen maar een vaste commissie voor de wetgeving instellen, als gesprekspartner van de zojuist opgewaardeerde minister van justitie, om over de kwaliteit van de wetten te beraadslagen en alle amendementen te beoordelen voor ze mogen worden ingediend door de specialisten. Deze commissie zou ondersteund kunnen worden door een bureau voor de wetgeving. De Eerste Kamer zou het terugzendrecht moeten verwerven (vercist helaas wel grondwetswijziging, al zijn er ook informele varianten van denkbaar) en de teruggestuurde wetten zouden dan naar de wetgevingscommissie in de Tweede Kamer moeten gaan voor een eindoordeel. Wetgevingsambtenaren verdienen meer waardering in de ambtelijke organisaties waarin zij werken; van hun ethos als consciëntieuze wetgevers hangt immers af wat de kwaliteit is van de wetten die politiek worden beoordeeld.

Ook zijn aanpassingen van de institutionele structuur denkbaar die personen die zich als verantwoordelijke en machtige wetgevers opstellen meer

77. Machiavelli, *Florentine Histories*, vert. L. Banfield en H. Mansfield, New Jersey 1990, IV.1, p. 146. De strategische wetgever is hier ook de stichter van de stad, vgl. *Discorsi* I.1 en I.58, commentaar bij Harvey C. Mansfield, *Machiavelli's New Modes and Orders*, Chicago 1979, p. 30.

mogelijkheden geven. De adviesorganen die zich nu het meest om de kwaliteit van de wetgeving bekommeren (Algemene Rekenkamer en Raad van State) zouden beter kunnen samenwerken met Tweede en Eerste Kamer, onder meer door de bevoegdheid ongevraagd advies uit te brengen tijdens elke fase van de openbare behandeling van een wet. Om de veel geconstateerde kloof tussen beleid en uitvoering te overbruggen kunnen ook institutionele maatregelen getroffen worden, zoals de plicht voor de minister om hierover bij elke wet vooraf te rapporteren (de motie Van Thijn). Het is van belang een scala van lichtere en zwaardere vormen van parlementair onderzoek naar de uitvoeringspraktijk te ontwikkelen. Ook is het belangrijk de kring van betrokkenen bij de voorbereiding van wetgeving uit te breiden en ervoor te zorgen dat niet alleen bestuurders participeren maar vooral ook de professionals op wie het in de praktijk aankomt. De institutionele structuur waarbinnen processen van wetgeving zich afspelen vormt nu een systeem dat vele krachten niet benut: namelijk de kennis en creativiteit van gewone burgers die zich niet hoeven te verplaatsen in de rol van wetgever, terwijl de personen die een officiële rol hebben als 'wetgever' juist te weinig gestimuleerd worden zich in het perspectief van de burger te verplaatsen. Kan het systeem veranderen door de krachten die het niet gebruikt?

6.1 De vele gezichten van de wetgever(2)

Zo loopt deze beschouwing over alternatieve regulering uit op een wellicht enigszins verrassende ontdekking. De overheid lijkt terug te treden om de burgers of het veld meer ruimte te gunnen en grotere verantwoordelijkheden over te dragen om zelf de zaken nu eens goed te regelen. Maar dat maakt het juist des te meer noodzakelijk aandacht te geven aan de personen die, binnen de overheidsprocedures maar ook in de maatschappelijke velden, een rol spelen in het wetgevingsproces. We moeten de persoon van de wetgever weer terugbrengen in het proces van wetgeving. Door de steeds dunner worden fictie van het Algemeen Belang moeten we heenkijken om de vele andere gezichten van de wetgever te ontwaren. Dat is nodig om van alternatieve regulering te maken wat er in zit: een zinvolle tussenform tussen regulering en zelfregulering in, een arrangement met een eigen identiteit dat ruimte biedt aan de interacties van alle betrokkenen bij nieuwe manieren van reguleren. Er kan dan zelfs een vorm van bemiddeling optreden tussen de denkramen (top-down en centrum-periferie) die het denken en handelen nu in hun greep houden.

Het is of we met terugwerkende kracht een reeks maskers zien die maskers verbergen en weer maskers daaronder; geen van die gezichten is de Ware Wetgever. De algemene wetgever is het eerste aangezicht van de wetgever. In de interventiestaat is het steeds moeilijker de wet te zien als uitdrukking van een evenwichtige belangafweging; het is het al helemaal een

illusie om te denken dat de algemeenheid van de wet veel bescherming oplevert voor de vrijheden van burgers. De wetgever wordt reflectief; toont een gezicht vol rimpels, maar het gewonnen inzicht wordt te zelden in daden omgezet. De impasse wordt voor een deel conceptueel veroorzaakt omdat de deelnemers het gezicht van de ingekaderde wetgever niet goed zien – het is ook een januskop die van boven naar beneden kijkt en van binnen naar buiten. De alternatieve wetgever ziet er aantrekkelijk uit. De vraag is echter wat zo'n afstandelijke wetgever kan doen om ook rekening te houden met de risico's die met nieuwe mogelijkheden gepaard gaan. Als we dan een topische methode zoeken om tot evenwichtige afwegingen te komen, zien we de wetgever liever strategisch worden, maar die wending kan alleen succesvol verlopen als er iets gedaan kan worden aan de uiteenlopende percepties van de deelnemers die in hun denkbare vervat zijn. De design wetgever doet zijn intrede, zij het voorlopig alleen als theoretische mogelijkheid. Voor een echt goede afweging van kansen en risico's, vervat in de Topiek van Elf, moet de wetgever ook beter kunnen communiceren ...

Is dit het dan, het echte gezicht van de wetgever? De tegenwerpingen zijn niet moeilijk voor te stellen. We hebben al met al teveel afstand genomen van het rechtsstatelijke en democratische uitgangspunt: de algemene wetgever. Het zou toch eigenlijk niet uit moeten maken welke personen op wat voor manier de ambten van de staat vervullen? Het proces zou zelf zodanig georganiseerd moeten zijn dat er bij alle imperfecties die het optreden van personen aankleven toch altijd vanzelf algemene, de vrijheid waarborgende en de belangen afwegende wetten uit zullen komen? Is dat niet een veel nobeler droom om naar te streven? (En de spreker weet ook wel dat het onmogelijk is dat ideaal helemaal te bereiken.) Van andere aard is de tweede denkbeeldige tegenwerping. De communicerende wetgever is een retorische truc. Het gaat om een subtiel machtspeel waarbij de wetgever pretendeert in goede verstandhouding met alle betrokkenen een collectief product na te streven maar in feite alleen handiger, zelfs manipulatiever, op eenzijdig vastgestelde doelen afstevent. (En deze spreker erkent volmondig dat ook het oude verhaal van de wetgever die vanuit het politieke primaat het algemeen belang oplegt een retorische strategie was.)⁷⁸ Dit soort tegenwerpingen veronderstellen dat het mogelijk is de klok terug te draaien, de maskers weer een voor een over elkaar heen te schuiven, om bij een nieuw maatschappelijk verdrag uit te komen waardoor recht en macht samenvallen. Maar als we iets kunnen leren uit het metaforische spel van de gezichten van de wetgever, is het wel dat dit een onmogelijke manoeuvre is die

78. Dat deze tegenstemmen niet geheel denkbeeldig zijn, blijkt uit verschillende bijdragen aan Nicole Zeegers et al. (red.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, Lewiston 2005.

geen enkel probleem oplost. We zullen ermee moeten leven dat een beweging die de wetgever reflectief heeft gemaakt en die er ook voor kan zorgen dat de wetgever strategisch en communicatief beter gaat opereren wetgevers en wetten op zal leveren die vatbaar zijn voor externe kritiek. Communicerende wetgevers oefenen inderdaad macht uit, hopelijk ten goede, soms ten kwade. De strategische wetgever die contextueel redeneert en maatwerk probeert te bieden op basis van empirische kennis is inderdaad geen abstracte en algemene maar een selectieve en selecterende wetgever. Het is niet anders.

De metaforiek die de wetgever in dit betoog een ander gezicht moest geven, hoe tentatief nog geformuleerd, heeft de inzet iets zichtbaar te maken dat belangrijk is en vaak onzichtbaar blijft. De wetgever heeft nu voor juristen die zich in de materie verdiepen al vele gedaanten. Maar voor de burgers in het algemeen heeft de wetgever geen eigen gezicht. De gedachte dat het politieke proces wetten voortbrengt die evenwichtig en rechtvaardig zijn en de problemen van mensen hanteerbaar maken, is niet overtuigend meer. Er gaapt ook een conceptuele en ideologische kloof tussen politiek en burger. De misverstanden betreffen niet alleen de vraag wat burgers van de wetgever kunnen verwachten en wat, omgekeerd, bestuurders van burgers kunnen verlangen. Dat is nog te algemeen gedacht. Er moeten manieren gevonden worden om de interventies van de overheid in bestuurlijke processen die ook de werkvloer van de samenleving raken aan het oordeel vanuit de praktijk te onderwerpen (denk aan het onderwijs). En er moeten manieren gevonden worden om professionals die een bepaalde nuttige praktijk draaiende houden ook te laten rekenen met algemene belangen die een bredere strekking hebben dan die van de instelling waarin zij werken (denk aan de jeugdzorg). Wie beslissingen kan nemen die de mogelijkheden (of zelfs de levenskansen) van anderen raken, moet ook ertoe gebracht en soms ertoe gedwongen worden het perspectief van die andere partij in te nemen voor het tot beslissen en handelen komt. We bepleiten zo de aloude juridische deugd van de wisseling van perspectief. Deze deugd die al eeuwen geïnstitutionaliseerd is in het rechtsgeding tussen strijdende partijen ten overstaan van een onafhankelijke en onpartijdige rechter, in Jherings 'Kampf ums Recht', moet ook betrokken worden op de processen die tot regulering, non-regulering, zelfregulering en alternatieve regulering leiden.

Als het die kant op gaat, zal duidelijk moeten worden wat iemand die zichzelf en anderen de wet stelt voor functieprofiel en rolopvatting moet hebben. De oude beelden zijn omvergeworpen. Sommige mensen kennen misschien nog de gravure van Gustave Doré waarop Mozes de berg afkomt met de stenen tafelen in de hand. Slechts een enkeling zal zich het schilderij van Mauzaisse herinneren waarop Napoleon de Code Civil ook al op een stenen tafel in de handen draagt, terwijl hij wat ongemakkelijk zweeft op een wolk en een onduidelijke klassieke god hem een lauwerkrans boven

het hoofd houdt.⁷⁹ De wetgever, dat is in onze tijd toch meer die gesteremde stem die via de luidsprekers van de NS instructies geeft voor het geordende verloop van het treinverkeer. Dat beeld kan niet toereikend zijn om de idealen van een zowel reflectieve als strategische als communicerende wetgever gestalte te geven. Er is ruimte voor vele nieuwe voorstellingen, niet noodzakelijkerwijs in spectaculaire beelden vervat. Het gaat erom dat de deelnemers duidelijkheid krijgen over hun eigen rol en die van de andere deelnemers aan reguleringsprocessen. De wending naar een strategische en communicatieve wetgever die uit vele personen bestaat die elk op hun manier hun democratische rollen spelen en hun rechtsstatelijke functies vervullen betekent een *democratisering* van een oorspronkelijk aristocratisch ideaalbeeld.

79. Jonathan P. Ribner, Broken Tablets. *The Cult of the Law in French Art from David to Delacroix*, Berkeley 1993, p. 49.

Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen

Prof. mr. I. Giesen¹

Inhoud

1	<i>Inleiding en probleemstelling</i>	71
2	<i>Wat is alternatieve regelgeving in het privaatrecht?</i>	73
2.1	Inleiding: 'privaatrechtelijke' terminologie	73
2.2	Definities en kenmerken	74
	<i>Definities</i>	74
	<i>Kenmerken van alternatieve regelgeving</i>	74
	<i>Keuze voor ruimte</i>	77
2.3	Enkele mogelijke vormen van alternatieve regelgeving	78
2.4	Enkele voorbeelden van alternatieve regelgeving in het privaatrecht	78
2.5	Twee uitvoeriger omschrijvingen	84
	<i>Medische protocollen</i>	84
	<i>Rechtersregelingen</i>	85
2.6	Het proces van alternatieve regelgeving	86
2.7	Voordelen en nadelen	86
2.8	Wanneer alternatieve regelgeving?	87
2.9	Is alternatieve regelgeving 'recht' te noemen?	87
2.10	Wat volgt: rechtsgevolgen en denkmodellen	89
	<i>Te bespreken vragen...</i>	89
	<i>... via twee denkmodellen</i>	90

1. Met dank aan Carolien van Middelkoop voor de uiterst waardevolle onderzoeksassistentie, aan mijn mede-leadadviseurs voor de vruchtbare gedachteswisselingen over ons thema, aan Steven Bartels en Matthias Borgers voor hun inspirerende opmerkingen bij eerdere versies van dit preadvies, aan Rogier van Bijnen, Menno Bouwes, Liesbeth Enneking, Marco Loos, Rianka Rijnhout en Albert Verheij voor waardevolle tips, en aan de A&V-onderzoekers van de Onderzoeksschool 'Ius Commune', de collega's van het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en de RWO-studenten van de UU voor hun luisterend oor en kritische beleefdheid tijdens een aantal (refereer)bijeenkomsten over dit preadvies. Tot slot bedank ik graag Jan Vranken die het thema van dit preadvies op de (althans: mijn) agenda zette en mij voorzag van tips en bronnenmateriaal. Literatuur en rechtspraak verschenen voor 12 januari 2007 werd waar nodig verwerkt.

3	<i>De rechtskracht van alternatieve regelgeving: gebondenheid</i>	91
3.1	Inleiding	91
3.2	Theoretische vergezichten	92
	<i>Alternatieve regelgeving zonder binding?</i>	93
	<i>Grondslag voor binding: de wet</i>	95
	<i>De tweede grondslag: consensus</i>	97
	<i>Een derde grondslag</i>	100
	<i>De keuze vóór binding in het licht van (nogmaals) enkele nadelen van alternatieve regelgeving</i>	104
	<i>Afronding</i>	106
3.3	Praktijk: medische protocollen	106
3.4	Praktijk: procesrechtelijke alternatieve regelgeving	110
	<i>Inleiding</i>	110
	<i>De stand van zaken momenteel</i>	110
	<i>Excursie: een blik op art. 79 RO</i>	111
	<i>Terug naar het hoofdspoor: gevolgen voor de binding aan rechtersregelingen</i>	113
	<i>Binding van derden</i>	115
	<i>Conclusie</i>	116
4	<i>Alternatieve regelgeving en rechtsvorming</i>	116
4.1	Inleiding	116
4.2	Interne rechtsvorming	117
4.3	Theorie inzake (externe) rechtsvorming	118
	<i>Introductie</i>	118
	<i>Een 'standaardplaatje' inzake rechtsvorming</i>	118
	<i>Rechtsvorming en de invloed van alternatieve regelgeving: de brugfunctie en een parallel pad met de bindingsvraag</i>	121
	<i>Problemen inzake rechtsvorming via alternatieve regelgeving</i>	124
	<i>Afronding</i>	126
4.4	Praktijk: medische protocollen	127
4.5	Praktijk: procesrechtelijke alternatieve regelgeving	128
	<i>Inleiding</i>	128
	<i>Stimulering van alternatieve regelgeving in het procesrecht</i>	129
	<i>Tegenwerpen</i>	130
	<i>Procesrechtelijke rechtsvorming via alternatieve regelgeving</i>	131
	<i>Het principe: specifieke geschillen en rechtsvorming</i>	132
4.6	Nadelen en een mogelijke oplossing: de coalitie van samenwerkende rechtsvormers	133
	<i>Introductie</i>	133
	<i>Mogelijk nadelige kanten van rechtsvorming via alternatieve regelgeving</i>	133
	<i>Alternatieve regelgeving als rechtsvorming: interactie met andere rechtsvormers</i>	135

5	<i>Niet-naleving en handhaving van alternatieve regelgeving</i>	137
5.1	Inleiding	137
5.2	Nakoming	137
5.3	Handhaving	138
5.4	Belonen en straffen: privaatrechtelijke remedies	139
5.5	Parallele handhaving	141
6	<i>Richtlijnen voor alternatieve regelgeving?</i>	142
6.1	Primaire en secundaire regels	142
	<i>Inleiding</i>	142
	<i>Belang</i>	143
6.2	Richtlijnen via Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving (AvdAR)?	143
	<i>Richtlijnen nodig?</i>	143
	<i>Geen wettelijke normering</i>	145
	<i>Wél AvdAR</i>	147
6.3	Inhoud van de Aanwijzingen	148
7	<i>Afronding</i>	151
	<i>Literatuurlijst</i>	153

'Regulation of self-regulation is the new challenge.'

Julia Black (Black 2001, p. 104)

1 Inleiding en probleemstelling²

Het lijkt zo handig. De gezamenlijke artsen in een ziekenhuis besluiten om voor bepaalde ziektegevallen een bepaald vaststaand behandelplan te volgen. Dat plan stellen ze vervolgens op schrift. Zo hebben ze de 'best practices' op papier en is de intern aanwezige kennis eenvoudig te verspreiden. Dat scheelt tijd en dus geld. Uiteraard weten ze dat als zich een specifieke patiënt aandient waarvoor een afwijkende behandeling nodig is, dat nog steeds mogelijk is. Vervolgens loopt één van de vele behandelingen echter niet zoals die zou moeten lopen, en wordt er schade geleden. In de aansprakelijkheidsprocedure die daarop volgt, wordt het gezamenlijk vastgelegde behandelplan van stal gehaald, een plan dat net in dit specifieke geval niet gevolgd was, en wordt dat plan door de rechter verheven tot dé norm om naar te handelen. Het plan schreef behandeling A voor, dat is niet geschied, en daarom wordt aangenomen dat de arts aansprakelijk is. Wat hier gebeurt, is dat een vorm van 'alternatieve regelgeving' in een privaatrechtelijke verhouding wordt toegepast, met alle (rechts)gevolgen van dien. Precies daarover gaat dit onderzoek.

De notie van 'alternatieve regelgeving' heeft veel te maken met hetgeen vaak onder de noemer 'zelfregulering' of aanverwante termen³ door het juridische leven gaat. Ook ik gebruik beide termen door elkaar.

Waar het hierna om gaat, is bloot te leggen welke 'rechtsgevolgen' of invloeden verbonden (kunnen) zijn aan het gebruik maken of benutten van (vormen van) alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen,

2. Veel van de verzamelde en beschreven informatie en diverse uitwijdingen, interessante details en extra voorbeelden die oorspronkelijk aan de tekst toegevoegd waren, konden niet in dit uiteindelijke preadvies worden opgenomen. Soms heb ik zelfs hele paragrafen (alsnog) eruit gelaten. Die teksten zijn wel integraal te vinden in de uitvoeriger versie die onder de titel *'Alternatieve regelgeving en privaatrecht'* in de reeks Monografieën Privaatrecht zal verschijnen (Kluwer, Deventer 2007).
3. Het Engelse 'Better Regulation Task Force' (verder: BRTF) spreekt over 'alternatives to state regulation' omdat er zoveel vormen en modellen van zelfregulering bestaan, zie BRTF 2000, p. 4. De term 'soft law' is bijv. in Europeesrechtelijk verband populair, zie Senden 2003.

en welke impact die 'rechtsgevolgen' hebben. Met 'rechtsgevolgen' doel ik in deze context op de mogelijke gevolgen die het gebruik van een vorm van alternatieve regelgeving met zich brengt of kan brengen. Het gaat mij daarbij niet zozeer om de materieel-inhoudelijke aspecten van de betreffende regelgeving, maar om de gekozen *vorm*,⁴ waarbij dan het vertrekpunt is dat die gekozen vorm naar de oorsprong geen wetgeving in formele of materiële zin of een uitspraak door een rechterlijke instantie betreft. Welke consequenties heeft die keuze (nogmaals: ongeacht de specifiek inhoud van de regeling)? Wat is de rol en betekenis van alternatieve regelgeving?

Mogelijke rechtsgevolgen in de hier bedoelde zin zijn dan, en daarop zal ik mij hierna specifiek richten, gevolgen voor wat betreft de rechtsvormende capaciteit van een regeling en van de 'toepassers' van die regeling, en gevolgen aangaande de (mate van) binding aan een regeling (wie is wanneer en in hoeverre gebonden?). Ik stel dus twee kernvragen: (1) kan alternatieve regelgeving bindend zijn, en zo ja, op welke wijze,⁵ en (2) wat is dan de mogelijke (positieve of negatieve) bijdrage van alternatieve regelgeving aan de rechtsvorming in het privaatrecht?

Beide vragen worden besproken vanuit het perspectief van de betrokken maatschappelijke groeperingen en de civiele rechter (en niet vanuit de regulerende overheid),⁶ en ik zal beide vragen mede vanuit een normatief gezichtspunt benaderen: zou er binding moeten zijn en zou er rechtsvormende invloed moeten zijn?⁷

Het belang van (beantwoording van) de voornoemde vragen schuilt in de eerste plaats in het toegenomen kwantitatieve en kwalitatieve belang van alternatieve regelgeving als zodanig.⁸ Maar het schuilt bijvoorbeeld ook hierin dat met het antwoord op dit soort vragen ook gegeven is – althans ten dele gegeven is – of het zinvol, nuttig of zelfs noodzakelijk is om vormen van alternatieve regelgeving (meer of vaker) in te zetten bij de (nadere) regulering van privaatrechtelijke kwesties of aandachtsgebieden.

4. Vgl. in dit kader Schwartz/Scott 1995, p. 596-597, die aangeven dat de inhoud van de producten van 'alternatieve wetgevers' wel, doch de relatie tussen die alternatieve wetgevers en hun producten niet onderzocht zijn.

5. Voor Lindahl 2006, p. 39, is dit het principiële punt dat zelfregulering oproept.

6. Stamhuis 2006, p. 25, zou waarschijnlijk zeggen dat mijn perspectief meer een 'bottom-up approach' t.o.v. zelfregulering behelst dan een 'top-down approach'.

7. Uiteraard zijn er nog andere, hier niet behandelde 'rechtsgevolgen', consequenties van de keuze voor alternatieve regelgeving, en andere problemen te bedenken. Denk aan vragen (zie bijv. Giesen/Vranken 2004, p. 224 e.v.; Asser-Vranken 2005, nr. 83 en 89; McHarg 2006, p. 84, en Van Dijk 2006, p. 155) omtrent democratische legitimatie, representativiteit, organisatiegraad, de totstandkoming, de betrokkenen, de voorwaarden voor succesvolle zelfregulering (draagvlak, handhaafbaarheid), etc. Dat zijn echter vragen die per geval anders beantwoord worden en die veel aan bod komen in de bestaande literatuur.

8. Voor een recent voorbeeld daarvan, zie Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 4. Over de opkomst en ontwikkeling van alternatieve regelgeving ook Lobel 2005, bijv. p. 264-265 en 272.

De verdere opbouw ziet er als volgt uit. Hierna komt eerst kort aan bod wat alternatieve regelgeving eigenlijk is (§ 2). Ik bespreek onder andere de terminologie, noem voorbeelden, en enkele voor- en nadelen. Vervolgens ga ik in op de bindende kracht die van alternatieve regelgeving uitgaat of kan gaan, en op de vraag wat de invloed daarvan is of kan zijn op de rechtsvorming (§ 3 en § 4). Een andere mogelijk, daarmee samenhangend probleem, dat van de handhaving van alternatieve regelgeving, wordt nog kort in § 5 besproken. De uit het voorgaande voortvloeiende conclusies, inclusief enkele denklijnen voor de toekomst, en een afronding volgen in § 6 en § 7. Belangrijk is nog de achtergrond van de genoemde vragen en dus ook van de antwoorden. Die achtergrond betreft in wezen de kwestie hoeveel ruimte alternatieve regelgeving uiteindelijk krijgt of zou moeten krijgen als het om het privaatrecht en private kwesties gaat.⁹ Daarbij spelen mijns inziens twee mogelijke denkkaders of modellen een sturende rol (zie § 2.10)

2 Wat is alternatieve regelgeving in het privaatrecht?

2.1 Inleiding: 'privaatrechtelijke' terminologie

De toepassing van het concept alternatieve regelgeving op het privaatrecht vergt – bijvoorbeeld om bestaande voorbeelden daarvan beter te kunnen positioneren en om het van soortgelijke verschijnselen te kunnen onderscheiden – dat enige specifiek toegespitste terminologie besproken wordt. 'Alternatieve *regulering*' is een term welke in het preadvies van Witteveen¹⁰ een nauwsluitende omlijsting heeft gekregen door de afbakening ervan ten opzichte van 'regulering', 'zelfregulering' en 'non-regulering'. Ik zal hierna, om nader te noemen redenen, uitgaan van een ruimer begrip 'alternatieve *regelgeving*'.

De brede term alternatieve regelgeving sluit in wezen weinig uit, en omvat daarmee eigenlijk alle regelgeving (algemeen en herhaaldelijk toepasbare (gedrags)normen) die niet als 'gewone' regelgeving is te kwalificeren, dus: alternatieve regulering, zelfregulering en non-regulering. 'Gewone' regelgeving is dan regelgeving die afkomstig van de formele of materiële (lagere) wetgever, inclusief ministeriële regelingen en andere regels die via delegatie tot stand komen.¹¹

9. Vgl. Van Heffen-Oude Vrielink/Branden 2004, p. 36.

10. Witteveen 2007.

11. De term 'informele regelgeving' wordt ook wel gebruikt, zie Boogers e.a. 2006, p. 10. Uiteraard is over de term regulering en de definitie ervan veel meer te zeggen, maar dat zal ik niet doen, vgl. echter uitvoerig Black 2001, p. 128 e.v., en Walker 2006, p. 345-346.

Hiervoor werd reeds aangegeven dat alternatieve regelgeving ook wel geduid of benoemd wordt als zelfregulering. Ik zal dat hierna ten dele ook blijven doen en beide termen door elkaar gebruiken,¹² maar ik doe dat wel met deze waarschuwing dat alternatieve regelgeving uiteindelijk een ruimer begrip is (in mijn visie, vanuit de private partijen gezien) dan zelfregulering (zie § 2.2. en § 2.4).¹³

2.2 Definities en kenmerken

Definities

Door de (om die reden verkozen) 'gelijkstelling' van zelfregulering en alternatieve regelgeving kunnen we de stap zetten van het nog vrijwel onontgonnen gebied van 'alternatieve regelgeving' naar de hevig begraasde wei van de zelfregulering. Dan blijkt dat er vele definities in omloop zijn van dat begrip,¹⁴ en dat deze variëren van beperkt tot ruim, zodat (blijkbaar) de maatvoering inzake zelfregulering kan verschillen.¹⁵

Geen van de mij bekende definities voor alternatieve regelgeving of zelfregulering is echter algemeen geaccepteerd, mede omdat de invulling van wat zelfregulering is, afhangt van het land waarover gesproken wordt (en de wetgevingstraditie in dat land).¹⁶ Verder valt op dat er ook stevig gediscussieerd wordt over de vele definities die, als gezegd, in omloop zijn. Ik vraag mij af – retorisch – of de discussie wel daarover zou moeten gaan. Maar dat laat onverlet dat zo duidelijk mogelijk moet zijn welk begrip gehanteerd wordt en dus is definiëring zeker niet overbodig. Wat wel beklijft van de retorische twijfel, is dat het wellicht handig(er) is om (ook) alvast enige kenmerken te benoemen van het te hanteren begrip.

Kenmerken van alternatieve regelgeving

Wezenlijk is ten eerste dat alternatieve regelgeving of zelfregulering steeds tegenover overheidsregulering wordt geplaatst, en dat dan ook nog eens bij

12. Vgl. Asser-Vranken 2005, nr. 86, op p. 95.

13. Zie ook Snyder 2003, p. 375 en p. 386 e.v. Voor de overheid gaat het bij elke vorm van (non)regulering in wezen om het stimuleren van het gedrag dat gewenst is, vgl. Scott 2006, p. 135, en over een het gebruik van zelfregulering door de overheid McHarg 2006, p. 91 e.v.

14. Vgl. Giesen/Vranken 2004, p. 222, en McHarg 2006, p. 77. Volgens Witteveen 1994, p. 106, ligt dat aan de hoeveelheid motieven die er achter het streven naar zelfregulering schuilgaan.

15. Zie nader Eijlander 1993, p. 181-182, en vgl. ook nog Giesen/Vranken 2004, p. 222-223.

16. Wagemans 2002, p. 62. Vgl. ook Prosser 2006, p. 248, voor Engeland.

wijze van tegenstelling.¹⁷ In de woorden van Black: 'Whatever self-regulation is, it is not state regulation.'¹⁸ Deze tegenstelling krijgt dan ook nog eens extra cachet doordat er diverse tussenvormen tussen overheids- en zelfregulering genoemd worden als typen van zelfregulering.¹⁹

Kenmerkend is in het verlengde hiervan dat zelfregulering veelal gepaard gaat met of voortspruit uit de wens of noodzaak of feitelijkheid van een terugtrekkende overheid.²⁰ Maar dat heeft dan wel tot gevolg dat er een soort 'watchdog' nodig is die in de gaten houdt hoe een en ander loopt (zodat de overheid alsnog betrokken moet zijn, maar dan als toezichthouder). Deze paradox zien we steeds terug bij zelfregulering, hetgeen wellicht mede een verklaring betekent voor de enorme de groei van het aantal toezichthouders.

Ten tweede gaat het steeds om 'privaatrechtelijke' verschijnselen zodat ook het onderscheid publiek/privaatrecht een rol schijnt te spelen.²¹ Ik vraag me dat overigens af, omdat vormen van zelfregulering juist ook publiekrechtelijke themata en vraagstukken (kunnen) afdekken en van overheidsregelgeving kunnen vrijwaren (negotiated decision-making; convenanten, etc).²² Dat alles laat echter onverlet, en daar gaat het mij nu om, dat er naast de traditionele 'publieke wetgever' (enkelvoud²³) nu ook 'private wetgevers' (meervoud) zijn komen te staan die private verhoudingen door algemene regels reguleren en niet langer enkel en alleen door onderlinge afspraken of overeenkomsten.²⁴

17. Van Driel 1989, p. 12; Peters 1994, p. 138; Polak 1986, p. 217; Dresden 2004, p. 14; Strömholm 1971, p. 274. Cane 1987, p. 324, geeft terecht aan dat er eigenlijk geen tegenstelling is omdat zelfregulering een alternatief voor overheidsregulering is zodat de overheid nog steeds een belang heeft bij die vorm van regulering. Regulering van activiteiten die geen publiek belang dienen, noemt hij 'non-regulation'. Vgl. ook Porter/Ronit 2006, p. 67: 'self-regulation has become an important part of public policy', en vgl. Van Gestel 2000, p. 136 (wetgeving en zelfregulering zijn geen tegenpolen).
18. Black 2001, p. 113. Zie over dit en de hierna genoemde kenmerken van zelfregulering ook p. 116-118.
19. Lindahl 2006, p. 40, verwijzend naar Van Driel 1989, p. 2, en Geelhoed 1993, p. 49. Frappant is daarbij overigens dat bepaalde vormen van zelfregulering om goed te kunnen functioneren, meer en meer op overheidsregulering gaan (en moeten gaan) lijken, vgl. De Vroom 1989, p. 272 en 273. Vgl. ook § 6.
20. Kritisch te dien aanzien Van Erp/Verberk 2004, p. 220 e.v., die claimen dat de overheid wel betrokken moet zijn (bij certificering).
21. Lindahl 2006, p. 40. Zie ook Scott 2006, p. 134-135; McHarg 2006, p. 97 e.v.; Mörtz 2004a, p. 196, en (de tegenstelling ontkrachtend) Freeman 2000.
22. Lindahl 2006, p. 40, noemt dat de privatisering van het publiekrecht. Het publieke en private domein lopen door elkaar, aldus Walker 2006, p. 349.
23. Als we afzien van een hiërarchie van wetgevers op internationaal niveau.
24. Asser-Vranken 2005, nr. 78, p. 87, noemt dit de privatisering van het privaatrecht.

Wezenlijk is verder dat het bij zelfregulering om een vorm van collectiviteit gaat.²⁵ Dat komt bijvoorbeeld naar voren bij Black. De essentie van zelfregulering is volgens haar het proces van 'collective government':

*'Self-regulation describes the situation of a group of persons or bodies, acting together, performing a regulatory function in respect of themselves and others who accept their authority.'*²⁶

Uiteraard heeft dit uitgangspunt consequenties. Het contract (of andere afspraken) tussen twee personen is géén zelfregulering in de hier besproken zin, hoewel het sluiten van een contract op zichzelf best als een wijze van zelfregulering gezien zou kunnen worden.²⁷ Dat contract vervangt immers het regelend recht van het BW. Zo ver wil ik hier echter niet gaan,²⁸ want dan is het concept zelfregulering eindeloos breed en dus betekenisloos geworden.²⁹ Bovendien is er in zo'n geval geen sprake van de algemeenheid die regulering, en daar gaat het ook bij zelfregulering om, kenmerkt. Een regel die slechts op een individueel geval gericht is, is geen werkelijke 'regel'.³⁰ Men zou dit laatste ook zo kunnen omschrijven dat alternatieve regelgeving ziet op regels die een bepaalde relatie voor een onafgebakende periode reguleren, zodat individuele contracten (*ad hoc* als ze zijn) er niet onder vallen.³¹

Naast het voorgaande is voor zelfregulering, ten vierde, nog wezenlijk dat degene die reguleert, ook (zelf) gereguleerd wordt. Zelfregulering heeft

25. Page 1986, p. 144, wijst daar indringend op. Zie ook Stamhuis 2006, p. 37, en Scott 2006, p. 132.

26. Black 1996, p. 27. Zij onderscheidt dit van 'individualized regulation', zoals regulering voor een enkel bedrijf.

27. Dat betekent dat de forumkeuze of rechtskeuze in het ipr buiten het bereik van zelfregulering zoals hier begrepen valt, hoewel de partijen daarmee eveneens zelf bepalen hoe hun relatie verder afgewikkeld of geregeld wordt. Men komt dan uiteindelijk immers toch terecht bij het recht van een 'gewone' wetgever.

28. Ware 1999 spreekt in deze gevallen over 'privatizing law', hetgeen licht verwarring kan wekken.

29. Van Beukering-Rosmuller 2006, p. 40, lijkt zich enkel op contractspartijen te richten in haar definitie van zelfregulering. Omdat ik juist het onderscheid tussen 'zelfregulering' en 'contract' nastreef, is deze definitie hier niet bruikbaar. Haar bijdrage handelt verder ook over regulier contractenrecht.

30. Van Schooten-van der Meer 1997, p. 17. Vgl. ook Ogus 2000, p. 588, die spreekt over 'collective restraint, other than that following directly from government' (mijn curs., IG).

31. Ik ontleen dit aan Strömholm 1971, p. 223. Collins 1999, p. 63-64, gaat juist uit van een begrip 'self-regulation' dat het opstellen van contractuele bedingen in een overeenkomst tussen twee specifieke partijen wel omvat. Het aanvullende recht is dan een model voor hoe die zelfregulering eruit kan zien. Hij geeft daarbij echter ook aan dat deze omschrijving niet helemaal correspondeert met wat gewoonlijk onder zelfregulering verstaan wordt, waarbij het collectieve element benadrukt wordt.

de coöperatie nodig van zij die gereguleerd worden. De termen alternatieve regelgeving en zelfregulering zullen verder dan ook gebruikt worden voor iemand (een persoon of organisatie) die of zichzelf (en zijn eigen achterban) reguleert of voor iemand die mede anderen reguleert of kan reguleren. Als iemand niet alleen zichzelf reguleert, maar ook anderen kan binden, dan doet die persoon naar mijn mening aan zelfregulering en binding als een private regelgever (waarbij ik dan de grondslag voor die binding nog even terzijde laat).³² Hij bindt dan immers ook en vooral zichzelf, en dat is hier wezenlijk, want zelfregulering betekent nu eenmaal 'dat degenen die regelgeving tot stand brengen dezelfde zijn als degenen die daaraan onderworpen zijn'.³³ Men spreekt in dit verband ook over 'responsive regulation' of over 'reflexive regulation' als tegengesteld aan 'command and control regulation'.³⁴ Alternatieve regelgeving dient daarmee dus als alternatief voor dergelijke vormen van 'command and control' regulering,³⁵ hetgeen ook hierin tot uitdrukking komt dat het steeds gaat om 'bottom-up lawmaking' en niet om 'top-down lawmaking'.³⁶

Keuze voor ruimte

Gegeven deze uitgangspunten en mijn doelstelling (inventariseren welke binding en welke rechtsgevolgen mogelijk verbonden zijn aan vormen van alternatieve regelgeving in de context van het privaatrecht), lijkt het zinvol een ruime definitie te hanteren, namelijk deze:

Alternatieve regelgeving houdt in dat maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van de regels, indien nodig binnen een wettelijk of rechterlijk kader.³⁷

Belangrijk is dat alternatieve regelgeving (of zelfregulering, indien die term als synoniem wordt benut) niet enkel om het opstellen van regels gaat, maar dat ook de uitvoering en/of handhaving van de regeling eronder

32. Zo ook Stamhuis 2006, p. 37.

33. Zo Lindahl 2006, p. 41. Zie ook Scott 2006, p. 132.

34. Collins 1999, p. 65.

35. Lacté/Meuwese 2006, § 1.

36. Snyder 2003, p. 436-437. Zelfregulering in deze zin markeert dan ook, in de woorden van Schepel 2005, p. 19, de overstap van 'government' naar 'governance' omdat in het laatste geval het onderscheid tussen wie regeert en geregeerd wordt, komt te vervallen.

37. De definitie leunt sterk op Baarsma e.a. 2003, p. 13, en Mulder/Baarsma 2006, p. 152, en sluit nauw aan bij de definitie van Eijlander 1993, p. 181. Het 'wettelijk' kader heb ik verbreed om ook de eventuele inbreng van de kant van de rechter expliciet mee te kunnen nemen.

valt,³⁸ bijvoorbeeld omdat het handig kan zijn de sancties af te stemmen op de aard van de onderliggende regeling.³⁹ Bovendien sluit een definitie van alternatieve regelgeving die ook handhaving omvat, goed aan bij de min of meer gangbare omschrijving van 'regulering' (normen stellen, nakoming monitoren en afdwingen).⁴⁰

Daarmee is ook aangegeven dat zelfregulering, alternatieve regulering, en regulering als zodanig wat mij betreft nauw verwant en verbonden zijn. Ze lopen vloeiend in elkaar, of in non-regulering, over. Te dien aanzien verdient nog expliciet opmerking dat er hier voor gekozen is om alternatieve regelgeving breder te zien dan 'alternatieve regulering' in de betekenis zoals daaraan is gegeven door Witteveen. Voor het privaatrecht is het mijns inziens noodzaak zoveel mogelijk vormen van alternatieve regelgeving mee te kunnen nemen in de analyse, ook als die vormen volgens de norm van Witteveen als non-regulering of als zelfregulering zouden gelden.⁴¹ *Alternatieve regelgeving* omvat hierna dus alternatieve regulering, zelfregulering en non-regulering.

2.3 Enkele mogelijke vormen van alternatieve regelgeving

[Deze paragraaf is niet in dit preadvies opgenomen, maar is wel te vinden in de uitvoeriger versie ervan die onder de titel 'Alternatieve regelgeving en privaatrecht' in de reeks Monografieën Privaatrecht zal verschijnen (Kluwer: Deventer 2007)]

2.4 Enkele voorbeelden van alternatieve regelgeving in het privaatrecht

Alternatieve regelgeving lijkt voornamelijk vooral verbonden te zijn aan, en wordt veelal in eerste instantie geassocieerd met, reclame en met (tuchtrechtelijke) normen voor beroepsbeoefenaren. Het scala is echter veel ruimer. De vraag rijst dus: wat is er momenteel zoal beschikbaar aan (soorten of vormen van) alternatieve regelgeving binnen het Nederlandse⁴² privaatrecht?⁴³ Die vraag stellen staat echter bijna gelijk aan wetenschappelijke zelfmoord voor iemand met de neiging om volledig te willen zijn. Er

38. Handhaven hoort bij de definitie want dat is een logisch complement van het begrip, zie Eijlander 1994, p. 94. Vgl. ook Wagemans 2002, p. 62, en Dresden 2004, p. 14 en 18. E.e.a. betekent dat een zelfreguleringsstelsel een 'self-contained' systeem is, vgl. Black 1997, p. 36.

39. Vgl. Schut 1972, p. 362.

40. Parker e.a. 2004, p. 1. Vgl. ook Black 2004, p. 34.

41. Zie Witteveen 2007.

42. In het buitenland zijn ook legio voorbeelden te vinden. Ik noem hier slechts de 'Restatements' van het A.L.J. en de 'uniform laws', zoals de 'Uniform Commercial Code' (UCC) van de NCCUSL in de Verenigde Staten van Amerika (VS), waarover bijv. Schwartz/Scott 1995 en Snyder 2003.

43. Zie verder nog de uitvoerige inventarisatie bij Baarsma e.a. 2003 van 22 instrumenten.

bestaan te veel voorbeelden om zelfs maar te proberen volledigheid na te streven.⁴⁴ Ik zal die valkuil dan ook omzeilen en hierna alleen enkele aansprekende voorbeelden noemen en vervolgens (§ 2.5) twee voorbeelden iets uitvoeriger beschrijven.⁴⁵

Startend bij Boek 1 BW en dus bij het personen- en familierecht, noem ik allereerst de bekende, recent aangepaste en in de praktijk veel gebruikte alimentatienormen, de richtlijnen neergelegd in het Rapport Alimentatienormen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR).

Uit het ondernemingsrecht is de Code Tabaksblat natuurlijk meer dan vermeldenswaard,⁴⁶ hetgeen overigens niet betekent dat deze niet zeer kritisch bejegend wordt, zowel qua inhoud als qua instrument van zelfregulering (die status wordt bestreden).⁴⁷ Maar ook daarbuiten wordt nagedacht over nieuwe vormen van regulering in het ondernemingsrecht.⁴⁸

In het licht van de Boeken 3 én 6 BW memoreer ik de Gedragscode hypothecaire financieringen waaraan eigenlijk alle grote banken zich verbonden hebben. Een geschillencommissie wikkelt twistpunten over hypotheekverstrekking af.⁴⁹

Tot de inmiddels bekendere voorbeelden van procedurele normering op het terrein van het schadevergoedingsrecht behoort de Gedragscode Behandeling Letselschade die al in de opstartfase veel belangstelling en ook politieke steun kreeg, maar tevens kritisch bejegend is.⁵⁰ Deze code is

44. T.a.v. al die voorbeelden geldt vervolgens – en dat is niet onbelangrijk – dat de keuze om een specifiek geval wel of niet als een vorm van alternatieve regelgeving te zien, per beoordelaar anders kan uitvallen en steeds betwist kan worden. De hierna genoemde voorbeelden zijn bedoeld om een algemeen beeld te schetsen van wat er zoals is/zou kunnen zijn aan alternatieve regelgeving en om een algemeen beeld te geven van mijn eigen opvatting daarover.

45. De twee voorbeelden die ik in § 2.5 behandel, zijn gekozen omdat het twee inmiddels redelijk bekende kwesties betreft ten aanzien waarvan er inmiddels ook enig materiaal (literatuur en/of rechtspraak) voorhanden is, zodat daarop voortgebouwd kon worden in § 3 en 4, terwijl het bovendien een materieelrechtelijk en een procesrechtelijk geval betreft zodat er ook van enige spreiding sprake is.

46. Recentelijk uitvoerig daarover Stamhuis 2006, p. 125 e.v.

47. Zie bijv. Raaijmakers 2004, m.n. p. 121-122, die deze code niet als een vorm van zelfregulering beschouwt omdat deze niet ontworpen is door een daartoe toegeruste maatschappelijke organisatie. Zo ook Stamhuis 2006, p. 154-155 (men reguleerde niet zichzelf, maar anderen). Ook in België heeft men een code, zie <http://www.corporategovernancecommittee.be/nl/home/>. Vgl. verder (rechtsvergelijkend) Wymeersch 2005.

48. Zie *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, 2, p. 18 e.v. Statuten van een rechtspersoon zijn geen alternatieve regelgeving. Een andere opvatting zou die notie, net zoals bij de overeenkomst (§ 2.2), te ver oprekken.

49. Zie <<http://www.geschillencommissie.nl/index.asp>>.

50. Barendrecht c.s. 2006. Kritisch zijn bijv. Dekker 2005; LSA 2004, p. 20. Zie verder nog de special van het *PIV Bulletin* van oktober 2005 met diverse (kritische) bijdragen over gedragscodes en normering. Veel positiever (over het proces van 'consensus building') zijn Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 6, en Weterings 2004, p. 144 e.v., die ook de positie van de critici (veelal belangenbehartigers) in perspectief plaatst (p. 150).

crop gericht de afwikkeling van letselschadegevallen zo goed en snel mogelijk te laten verlopen.⁵¹ Vergelijkbare initiatieven zijn eerder en elders al ingevoerd⁵² of aanbevolen.⁵³

De Stichting Reclame Code en de daaruit voortvloeiende Reclame Code Commissie is, aanhakend bij de normen die zijn neergelegd in art. 6:194 e.v. BW, een typisch voorbeeld van een zelfregulerende organisatie die al jaren meedraait en zeer bekend is.⁵⁴ De genoemde BW-bepalingen komen voort uit een tweetal Europese richtlijnen die zelfregulering expliciet toestaan.⁵⁵

Uit het overeenkomstenrecht noem ik eerst de wettelijke bepaling inzake de standaardregeling (art. 6:214) die als een vorm van alternatieve regelgeving benoemd zou kunnen worden.⁵⁶ Een standaardregeling, te weten een vorm van regelgeving in materiële zin (want bij AMvB goedgekeurd) kan van rechtswege toepasselijk zijn indien een bepaalde overeenkomst wordt gesloten in de uitoefening van beroep of bedrijf, en kan zo voor een gehele bedrijfstak of beroepsgroep gaan gelden, mits er natuurlijk een overeenkomst van de betreffende soort wordt gesloten en er een standaardregeling bestaat.

Deze regeling is niet gebruikt tot op heden, en dus wil ik er verder weinig woorden aan vuil maken,⁵⁷ maar ik merk wel op dat de wet hier uiteindelijk de juridische grondslag voor de binding van de bedrijfstak aan de regeling geeft (art. 6:214 lid 1 BW).⁵⁸ De vraag

51. Zie naast de code zelf bijvoorbeeld ook het themanummer van *TVP* (TVP 2005/4) en Weterings 2004, m.n. p. 176 e.v.
52. Zie bijv. Bedrijfsregeling 15 van het Verbond van Verzekeraars, en vooral de NPP-richtlijn inzake een vlottere letselschaderegeling, waarover Renckens 2003, p. 181-182, en Giesen 2004, p. 150, en de recente NPP aanbevelingen Studieovertraging en Zelfwerkzaamheid, zie NPP 2006. Ik noem verder nog de werkzaamheden van de IWMD, gevestigd aan de VU (zie <www.rechten.vu.nl/iwmd>), en van elders de 'pre-action protocols' in Engeland (waarover Tzankova/Weterings 2003, p. 9 e.v.).
53. Zie ook het rapport van de Commissie-Borghouts 2004, m.n. p. 47-49, en Weterings 2004, p. 102.
54. Meer informatie o.a. bij Verkade 1993; Mentink 2006, p. 159 e.v., en Laclé/Meuwese 2006, II.4.4. Voor de situatie in Engeland, zie BRTF 2000, p. 9 e.v., en vgl. Prosser 2006, p. 267.
55. Zie bijv. art. 5 Richtlijn 84/450/EEG, waarover Verkade 1993, p. 18. In de overige lidstaten van de EU treffen we vergelijkbare zelfreguleringsinitiatieven aan, zoals de 'Werberat' in Duitsland, zie Ruess 2003, p. 215-216.
56. Zo ook Vranken 2001, p. 252-253. Anders: Van Driel 1989, p. 155, en Dresden 2004, p. 34.
57. Vgl. Loos 1998, p. 92 en p. 242-243, inzake mogelijke redenen. Weterings 2004, p. 142, noemt dit een 'ultimum remedium'. Inmiddels is aangekondigd dat voor de kinderopvangsector de AMvB die nodig is, in voorbereiding is genomen, zie de Voortgangsrapportage voor het programma Bruikbare Rechtsorde, *Kamerstukken II*, 2006-2007, 29 279, nr. 41, p. 18.
58. Conform art. 6:214 lid 5 BW, zie ook Loos 1998, p. 92; Loos 1996, p. 86 en p. 91 e.v., kan er wel weer van de standaardregeling afgeweken worden.

is dan ook of er hier werkelijk sprake is van zelfregulering.⁵⁹ Het antwoord zal mijns inziens afhangen van de inbreng van de bedrijfstak bij het opstellen van de regels en vooral ook van de samenstelling van de commissie. Nu het niet de bedoeling is dat de overheid de regels eenzijdig opstelt, maar juist dat de marktpartijen samen met de overheid tot een regeling komen,⁶⁰ neig ik ernaar om hier wel nog van zelfregulering te spreken. Als ik het goed zie, is een standaardregeling een vorm van alternatieve regelgeving totdat de overheid deze goedkeurt. Dan verschiet de regeling derhalve van kleur, van alternatieve regelgeving naar materiële wetgeving.

Het contractenrecht is praktisch gezien algemene voorwaardenrecht. Algemene voorwaarden zijn belangrijker, in elk geval voor wat betreft de frequentie van gebruik, dan welke wettelijke bepaling dan ook.⁶¹ Algemene voorwaarden zijn in hun gebruikelijke vorm tevens een oertype van zelfregulering.⁶² Die 'gebruikelijke vorm' is dan deze dat een bepaalde branche of beroepsgroep via de overkoepelende branche- of beroepsorganisatie aan de branche- of groepsleden een verzameling van algemene voorwaarden ter beschikking stelt, ontworpen op brancheniveau, waarna die voorwaarden vervolgens door de leden als 'gebruiker' (in de zin van ons BW) benut worden in de contracten die door die leden gesloten worden met hun afnemers (typischerwijs veelal consumenten).⁶³ We ontstijgen dan het niveau van de individuele overeenkomst – die hier niet als zelfregulering besproken wordt – want de in de uiteindelijke individuele overeenkomsten opgenomen algemene voorwaarden zijn niet door de specifieke (toevallige) individuele gebruiker opgesteld⁶⁴ maar zijn door hem overgenomen van zijn branche- of beroepsvereniging.

59. Vgl. Loos 1998, p. 241. Dat de overheid betrokken is bij het proces, wil niet zeggen dat er geen sprake meer is van zelfregulering, zo ook Canc 1987, p. 326-327.
60. Een standaardregeling komt in overleg tussen belangenorganisaties tot stand en wordt dan door de Kroon goedgekeurd, zie Loos 1998, p. 242.
61. Vgl. Slawson 1971, p. 529.
62. Nader Asser-Vranken 2005, nr. 88-90. Over zelfregulering en algemene voorwaarden is ook bij Van Bijnen 2005 veel terug te vinden.
63. Vgl. ook Vranken 2001, p. 252. De minder gebruikelijk vorm is dat een persoon, bijv. een private verhuurder, in de enkele huurovereenkomsten die hij afsluit, steeds dezelfde bepaling laat terugkeren. Ook dat is een algemene voorwaarde in de zin van art. 6:231 sub a BW, maar niet een beding zoals bedoeld in de tekst waar ik spreek over algemene voorwaarden in de gebruikelijke vorm.
64. Dat kan op zich natuurlijk wel, maar die gevallen reken ik dan niet tot zelfregulering want er is dan sprake van een contractuele afspraak tussen twee partijen en dat is m.i. nog geen zelfregulering. De meeste auteurs rekenen algemene voorwaarden 'gewoon' tot de voorbeelden van zelfregulering, zoals bijv. Polak 1986, p. 216. Zie ook Kornet 2006, p. 397, die ook over de hier bedoelde, door een gebruiker opgestelde voorwaarden spreekt, en daarbij bepleit dat wetgever en rechter een corrigerende rol spelen. Eventuele (tweezijdige) branchevoorwaarden zijn wel bruikbare vormen van zelfregulering, zie Kornet 2006, p. 391.

Gerelateerd aan Boek 7 BW, en vooral de overeenkomst van opdracht en de geneeskundige behandelingsovereenkomst, zijn de als alternatieve regelgeving te beschouwen gedragsregels voor advocaten, notarissen, en accountants die in het tuchtrecht zijn neergelegd,⁶⁵ en daarnaast specifiek de medische protocollen voor medici (zie § 2.5).⁶⁶

Uit het arbeidsrecht (art. 7:610 e.v. BW) is de kantonrechters-formule natuurlijk een bekend fenomeen. De regel is ook ver buiten het arbeidsrecht bekend.⁶⁷ Het gebruik van CAO's wordt ook snel bij zelfregulering ingedeeld. De vraag is echter of dat helemaal terecht is. Een CAO is een overeenkomst tussen twee partijen, werkgevers- en werknemersorganisaties, en in die zin geen zelfregulering, want als we elke overeenkomst gaan benoemen als zelfregulering verliest dat begrip zijn onderscheidende betekenis.

Waar een CAO voor ons thema echt wezenlijk wordt, is waar deze algemeen verbindend verklaard wordt door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,⁶⁸ want dan zijn ook mensen in de branche die niet vertegenwoordigd werden, aan die CAO gebonden.

De extra binding zit hier, net als bij de hierna nog te noemen Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM), in het wettelijk fiat dat achteraf gegeven wordt. Het is de vraag of we dan van zelfregulering zouden mogen spreken. Welbeschouwd verwordt hier een overeenkomst tot een vorm van zelfregulering door tussenkomst (achteraf) van de wetgever die de afspraken een ruimer bereik geeft en zo het element 'massaliteit' toevoegt.

De regeling zoals neergelegd in de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM, art. 7:907 e.v. BW) heeft ook een band met alternatieve regelgeving, maar het is twijfelachtig of deze hier als zodanig genoemd kan worden. De overeenkomst tussen de schadeveroorzaker(s) en de slachtoffers is een gewone civielrechtelijke overeenkomst die ik niet als zelfregulering in de hier bedoelde zin zou willen opvatten, hoewel dat soort overeenkomsten wel de nodige uitwerking en aanvulling van het schadevergoedingsrecht zullen bevatten. Echter, de algemeen verbindendverklaring die de rechter daarop los kan laten, maakt dat deze overeenkomst een veel breder bereikt krijgt en ook andere slachtoffers kan binden.

65. Voor medici: Leenen/Gevers/Biesart 2002, p. 16-17. Voor accountants: Koolmees 2005, p. 458-461 en *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 397 (voorstel voor een Wet tuchtrechtspraak accountants).

66. Ook de reisbranche werkt aan een gedragscode, zie *Kamerstukken II*, 2005-2006, 27 879, nr. 14, p. 6.

67. Recentelijk kritisch daarover Bender 2006.

68. Zie daarover (in relatie tot zelfregulering) Dresden 2004, p. 75 e.v.

Ook buiten het BW zijn er diverse voorbeelden van privaatrechtelijk georiënteerde zelfregulering te vinden.⁶⁹ Het recht inzake privacy is geregeld in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), maar wellicht zelfs meer nog in de diverse uitwerkingen daarvan via bijvoorbeeld overeenkomsten (modelclausules van de International Chamber of Commerce), aanbevelingen (van de OECD), gedragscodes (al dan niet voorzien van het 'keurmerk' van het CBP ex art. 25 Wbp) en algemene privacy statements.⁷⁰

Uit het burgerlijk procesrecht noem ik het Landelijke rolreglement (voor rechtbanken en voor kantongerechten), de Leidraad onpartijdigheid⁷¹, het rapport Voor-werk II inzake de afwikkeling van proceskosten, etc. Ik kom op deze en andere voorbeelden zo nog terug (§ 2.5).⁷²

De horizon nog breder (want: internationaler) makend, kan ook de vraag gesteld worden of de Unidroit-principles, de Lando-principles en vergelijkbare initiatieven zoals de European Principles of Tort Law, te beschouwen zijn als alternatieve regelgeving. Mijns inziens is dat niet het geval.

In het internationale circuit is echter wel degelijk zelfregulering en alternatieve regelgeving te vinden. Ik noem voor het documentair krediet (de bankgaranties) de in meer dan 90% van de gevallen gebruikte 'International Chamber of Commerce Uniform Customs and Practice for Documentary Credits' (UCP 500), welke bij afspraak voorgaan op het regelend recht inzake bankgaranties (indien al aanwezig).⁷³

Niet alleen het nationale recht of het internationale spectrum laat ruimte voor zelfregulering, dat doet ook het Europese recht. Zo kwam de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten tot stand na overleg met (of op aandringen van) de industrie.⁷⁴ Daarnaast wordt in diverse Europese richtlijnen ruimte gelaten aan verdere (rechts)ontwikkeling via zelfregulering.

Een belangrijke conclusie uit deze inventarisatie van voorbeelden van alternatieve regelgeving in de ruime zin van het woord, is dat de inhoud van wat met de term alternatieve regelgeving geduid wordt, weliswaar vaak gelijk op gaat met zelfregulering, maar uiteindelijk toch net iets ruimer is

69. Voor de 'markten' inzake zorg (modelovereenkomsten, beroepscommissie en geschillencommissie) en onderwijs (nog geen zelfregulering) verwijs ik naar Van Mierlo 2004.

70. Zie bijv. over reguleringsinstrumenten inzake privacy, vooral ten aanzien van e-commerce, Van Esch 2000.

71. Zie Vrieze 2005, en over de voorgeschiedenis daarvan Franken 2002, p. 305-306. Er is een internationale tegenhanger, de 'Bangalore Principles of Judicial Conduct', zie Vrieze 2005, p. 147 e.v.

72. Binnen het mededingingsrecht functioneren enkele Europese netwerken van toezichthouders (Lavrijssen-Heijmans 2006, p. 375 e.v.; Gijrath 2006, p. 250 e.v.) die mijns inziens te vergelijken zijn met de samenwerkende rechterlijke autoriteiten in Nederland. Deze netwerken hebben regelend effect, aldus Lavrijssen-Heijmans 2006, p. 421, en een legitimiteitsprobleem (p. 422 e.v.).

73. Zie Snyder 2003, p. 390-391; Kornet 2006, p. 398. Vgl. ook in breder verband Van Hoek 2006, p. 142-143.

74. Zie Van Vliet 2005, p. 190.

dan dat.⁷⁵ Ook als er geen afgebakende groepering is die regelgeving ontwerpt, maar het uiteindelijk de wetgever is die langs andere weg ontworpen regels overneemt, kan er (voordien) sprake zijn (geweest) van 'alternatieve regelgeving'.

2.5 Twee uitvoeriger omschrijvingen

Medische protocollen

In het gezondheidsrecht spelen de zogenaamde medische protocollen of richtlijnen een belangrijke rol.⁷⁶ Een medisch protocol, om die term maar te hanteren, is een door de artsen in een bepaalde kring (door de beroepsgroep of binnen een specifiek ziekenhuis) opgesteld model of plan over hoe met een bepaalde ziekte omgegaan wordt of moet worden. Het gaat om 'op systematische wijze ontwikkelde normen die beogen ten aanzien van bepaalde medische beslissingen te expliciteren en specificeren wat goed medisch handelen inhoudt'.⁷⁷ Het betreft dus voorschriften die geen rechtsregel zijn maar die artsen beroepsmatig in acht behoren te nemen.⁷⁸

Doel van deze richtlijnen kan onder andere zijn het bieden van een hulpmiddel (een advies) bij beslissingen die in de praktijk genomen moeten worden, zodat de (rechts)onzekerheid minder groot is. Daarmee wordt dan tevens de discussie over juist medisch handelen gevoed en een bepaalde mate van transparantie bereikt. Tegelijkertijd kan het gedrag van de medici gestuurd worden en aan een gemeenschappelijke standaard onderworpen worden, hetgeen het normbewustzijn weer doet stijgen.⁷⁹ Medische protocollen hebben een zekere mate van abstractie⁸⁰ maar blijken relevant te zijn voor beantwoording van de vraag of een arts eventueel aansprakelijk is als er tijdens de behandeling iets mis gegaan is (zie § 3.3 en § 4.4).⁸¹

75. Mijns inziens zijn bijv. rechtersregelingen (zie § 2.5) een vorm van alternatieve regelgeving, hoewel de rechters vooral zichzelf, het staatsorgaan 'de rechterlijke macht', reguleren zodat de term 'zelfregulering' hier niet past (anders dan de term alternatieve regelgeving). Daarbij speelt uiteraard mee dat die regulering voor rechters uitstraling heeft naar de (handelwijze van) procespartijen en hun advocaten.

76. Inmiddels worden ook in het onderwijs protocollen benut, bijv. om dyslexie op tijd te onderkennen. Laat met gebruik ervan na, dan kan dat tot aansprakelijkheid leiden, zie Engelhard/Van Maanen 2005, p. 272.

77. Biesart/Gevers 1999, p. 6. Vgl. verder Giard 2005, p. 154 e.v.

78. Buijsen 2000, p. 57. Medische protocollen worden ook wel aangeduid als richtlijnen voor medisch handelen, standaarden, gedragsregels, adviezen, etc. Over de terminologie ook Van Wijnen in zijn noot onder HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (MC' Lccuwarden/In 't Hout), ad. 2.1.

79. Ontleend aan Rüetschi 2003, p. 234-236.

80. Buijsen 2000, p. 57; Hulst 2002, p. 439.

81. Het geval dat niet het handelen van de arts ter discussie staat, maar het de vraag is of het protocol zelf gebrekkig is, laat ik hier terzijde, zie nader Buijsen 2000 en HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377 nt. Van Wijnen en HJS (X./ZAO).

Een voorbeeld van een protocol is dat van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie die een model voor de omgang met gevallen van (vermeende) whiplash heeft opgesteld.⁸² Dit model wordt inmiddels gebruikt (en wordt daarmee dus ook 'erkend') in de lagere rechtspraak.⁸³

Rechtersregelingen

Uit de context van het burgerlijk procesrecht wil ik hier de zogenaamde rechtersregelingen iets nader belichten. Een rechtersregeling is 'een op schrift gestelde algemene regel (dan wel een complex van zulke regels) die is vastgesteld door een of meer rechters, anders dan in de vorm van een beslissing in een concrete zaak, en die betrekking heeft op de invulling van een bepaalde vorm van beslissingsruimte die de rechter heeft ten aanzien van de behandeling of beslissing van zaken'.⁸⁴ Het betreft, kortom, het fenomeen dat de rechterlijke macht voor een bepaald vraagstuk een (landelijk) gezamenlijk beleid ontwikkelt, dat ook op schrift stelt en toepast teneinde zo tot meer eenheid en duidelijkheid in de rechtstoepassing te komen. Of de betreffende regelingen ook 'bindend' zijn, is hiermee overigens nog niet bepaald (zie daarover nader § 3.4).

Het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken⁸⁵ en het Landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren zijn de bekendste voorbeelden van rechtersregelingen. Andere rolreglementen betreffen de gerechtshoven (voor familiezaken) en de rechtbanken voor scheidingen en alimentatieprocedures.⁸⁶ Daarnaast noem ik nog de Checklist dagvaarding in rolzaken sector civiel, de Beslagsyllabus inzake de omgang met conservatoir beslag, de Liquidatietarieven, het Rapport Voorwerk II inzake buitengerechtelijke kosten,⁸⁷ de Kantonrechtersformule (ex art. 7:685) van de Kring van Kantonrechters, en de Aanbevelingen van Recofa inzake de toepassing van de Wet Schuldsanering natuurlijke personen.⁸⁸ De genoemde voorbeelden betreffen rechtersregelingen die openbaar en toegankelijk zijn. Daarnaast, en sinds kort op meer structurele wijze, werkt de rechterlijke macht ook met een aantal niet-toegankelijke Handleidingen. Zo zijn er bijvoorbeeld Handleidingen inzake bewijslevering, deskundigen en comparities. Het betreft hier richtlijnen die, met uit-

82. Ook de KNMG, het Nederlands Huisartsen Genootschap, etc. zijn actief bij het ontwikkelen van protocollen, zie Biesart/Gevers 1999, p. 9.

83. Zie Rb. Roermond 1 september 2004, *NJF* 2004, 578 (M./Europese).

84. Teuben 2004, p. 7.

85. Uitvoering over de totstandkoming daarvan en over de voorwaarden waaronder een rechtersregeling in zijn algemeenheid tot stand kan komen: Uniken Venema 2001.

86. Ze zijn te vinden via www.rechtspraak.nl. Zie ook Teuben 2004, p. 14.

87. Zie het *Jaarverslag 2004* van de Raad voor de Rechtspraak, p. 11-12.

88. Meer over deze en andere vormen bij Teuben 2004, p. 13 e.v.

zondering van de Leidraad deskundigen in civiele zaken, (nog) niet openbaar gemaakt zijn en dat ook voorlopig niet (schijnen) te worden.⁸⁹

2.6 Het proces van alternatieve regelgeving

[Deze paragraaf is niet in dit preadvies opgenomen, maar is wel te vinden in de uitvoeriger versie ervan die onder de titel 'Alternatieve regelgeving en privaatrecht' in de reeks Monografieën Privaatrecht zal verschijnen (Kluwer: Deventer 2007)]

2.7 Voordelen en nadelen

Zelfregulering of alternatieve regelgeving mag dan wel gelijk gesteld worden aan 'volwassen gedrag'⁹⁰ en wellicht zelfs 'nagenoeg altijd de voorkeur'⁹¹ verdienen, maar het is zeker geen kuur voor alle kwalen, en zal dat ook niet worden.⁹² Sterker nog, er zitten ook gevaren aan, bijvoorbeeld het gevaar van 'corporatism' (het verkrijgen van (teveel) macht door groepen die vervolgens geen verantwoording schuldig zijn aan het publiek langs de gebruikelijke politieke kanalen) en het doorbreken van de machtscheiding.⁹³ Bovendien kan zelfregulering ook benut worden om (een zelfde soort) 'command and control'-regulering te creëren maar dan op een ander niveau. De zwakheden van gewone regulering (norm met sanctie) worden dan overgenomen. Bovendien, net als bij overheidsregulering is kennis, kunde en motivatie nodig om effectieve regels te kunnen implementeren.⁹⁴ Maar, alternatieve regelgeving kan wel – zo wordt gesteld of verondersteld – een bijdrage leveren aan verbetering van de manier waarop regels menselijk gedrag sturen, en nagelcefd worden.⁹⁵ Ook de (meest effectieve) wijze van totstandkoming van nadere regels kan bevorderd worden.⁹⁶ De mogelijke bijdrage daaraan hangt natuurlijk nauw samen met de voor- en nadelen die verbonden zijn aan zelfregulering.

89. De informatie die ik erover heb, stamt uit een interview van Rammeloo en Knapen met Rick Verschoof en Dineke de Groot in het *Advocaatenblad* 2006, p. 540-542.

90. Bartels/Krocze 1993, p. 620.

91. Eijlander/Voermans 1999, p. 64-65. Voor commerciële contracten is Kornet 2006, zie p. 428 e.v., een voorstander van zelfregulering in combinatie met een strikte, formalistische wijze van uitleg en aanvulling.

92. Zie bijv. Van Erp/Verbeek 2004, p. 216-217. Witteveen 1994, p. 118, stelt dat zelfregulering dezelfde problemen kent als regelgeving door de overheid.

93. Ogus 1995, p. 98-99.

94. Black 2001, p. 123.

95. Sceptisch echter Black 2001, p. 123: het probleem van gedragsbeïnvloeding is 'assumed away'.

96. Vgl. Kornet 2006, p. 388 e.v., over de manier waarop zelfregulering kan bijdragen aan de aanvulling (bij voorbaat) van incomplete contracten.

In navolging van Eijlander en Voermans⁹⁷ kunnen als mogelijke voordelen van het gebruik van (wettelijk geconditioneerde) zelfregulering worden genoemd:

- de betere aansluiting van de regels op het handelingsperspectief van de betrokkenen;
- de grotere bereidheid tot naleving van de zelfgestelde regels;
- de geringere uitvoeringslasten voor de overheid;
- de nauwere band tussen het nemen van beslissingen en het dragen van de gevolgen daarvan;
- de grotere betrokkenheid van burgers en maatschappelijke organisaties bij het desbetreffende onderwerp, vanwege de toegenomen mogelijkheid om zelf in ruimere mate richting te geven aan het gedrag.

Als mogelijke nadelen noemen dezelfde auteurs:

- de toenemende macht van de sterkste of de best georganiseerde;
- de mogelijk beperkte doordringbaarheid van de zelfreguleringscollectiviteit of -instantie voor geluiden of impulsen uit de buitenwereld;
- de daling van het niveau van regulering;
- de beperkte afdwingbaarheid van de (groeps)regels;
- de (soms) onnodige verschillen in regelgeving;
- de toenemende uitvoeringslasten voor burgers en maatschappelijke organisaties.

2.8 Wanneer alternatieve regelgeving?

[Deze paragraaf is niet in dit preadvies opgenomen, maar is wel te vinden in de uitvoeriger versie ervan die onder de titel 'Alternatieve regelgeving en privaatrecht' in de reeks Monograficën Privaatrecht zal verschijnen (Kluwer: Deventer 2007)]

2.9 Is alternatieve regelgeving 'recht' te noemen?

In Duitsland is in de rechtspraak over zogenaamde DIN-normen bepaald dat deze geen rechtsnormen zijn, maar private, technische regelingen die 'Empfehlungscharakter' hebben. Of een gebouwde zaak een gebrek heeft of niet, kan daarmee niet louter aan de hand van een DIN-norm bepaald worden. Doet de rechter dat wel, dan verstrekt hij de norm een deze niet

97. Eijlander/Voermans 1999, p. 75. Zie ook Eijlander 1993, p. 182, 231; Eijlander 1993a, p. 133. Vgl. ook de (lijsten met) voor- en nadelen bij Canc 1987, p. 328 e.v.; Polak 1986, p. 218-219; Van Driel 1989, p. 8; Wagemans 2002, p. 64-65; Eijlander/Van Gestel et al 2000, p. 74; Franken 2002; Rütschi 2003, p. 246-247; Horrevorts/Van Esch 2003, p. 36-37; Dresden 2004, p. 15; Hondius 2006, p. 242-244, en Koops e.a. 2006, p. 123 e.v. Zie verder nog (in betoogvorm) Van Gestel 2000, p. 290-348; Weterings 2004, p. 136-139; Van Dijk 2006, p. 155-156, en Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 6, alsmede Kornet 2006, p. 392-395.

toekomstige 'Rechtsnormqualität'.⁹⁸ Opmerking verdient daarbij wel dat er wordt bepleit dit juist anders aan te pakken, om niet stil te staan bij het publiekrechtelijke 'transformatiemechanisme' waardoor recht ontstaat. Ook privaats gemaakte standaarden, zoals voornoemde DIN-normen, zouden als een normatief fenomeen geaccepteerd moeten worden.⁹⁹ De traditionele rechtsbronnenleer is in die opvatting dan niet meer voldoende, pluralisme is de nieuwe norm.¹⁰⁰

Hoe is de situatie in Nederland ten aanzien van dit soort technische normen en andere vormen van alternatieve regelgeving? Mogen we te dien aanzien van 'recht' spreken? Ik doel dan op de specifieke vraag of het hier om recht in de zin van art. 79 RO gaat, met het daaraan verbonden gevolg dat de betreffende regel toetsbaar in cassatie is via een rechtsklacht.¹⁰¹ Deze vraag is daarom relevant omdat de binding aan alternatieve regelgeving in bepaalde gevallen hiervan lijkt af te (kunnen) hangen.¹⁰² Ik ga in § 3.4 dan ook kort nader in op de eisen die art. 79 RO stelt.

De vraag of er sprake kan zijn van (rechtsvormende) beïnvloeding door regels die als alternatieve regelgeving te boek staan, komt onder de noemer rechtsvorming in § 4 aan bod. Die invloed kan er mijns inziens ook zijn als er verder geen sprake is van 'recht' in de hier bedoelde officiële zin van het woord (zie ook § 3 en § 4) zodat met het antwoord op de 'art. 79 RO'-vraag zeker niet alles gezegd is over de invloed van alternatieve regelgeving.¹⁰³ Bovendien is toetsing in cassatie op begrijpelijkheid in elk geval mogelijk.¹⁰⁴ Echter, een kwalificatie als 'recht' zal wel meer gewicht en status aan een regel verlenen en daarmee het idee dat deze regel mogelijk invloed zou kunnen hebben, eenvoudiger aanvaardbaar maken.¹⁰⁵

98. Zie BGH 14 mei 1988, BGHZ 139, 16, op p. 19-20, met verdere verwijzingen. Vgl. ook Bachmann 2003, p. 28; Chalmers 2006, p. 180 (voor de VS) en over dit thema in brede zin Schepel 2005.

99. Ladeur 2000, p. 98.

100. Ladeur 2000, p. 99.

101. Zie nader de conclusie van A-G Verkade (nr. 4.14) voor IIR 20 oktober 2006, *NJ* 2006, 573 (X./De Vereniging). Als een regeling geen 'recht' in deze zin betreft, zijn de overwegingen dienaangaande wel op begrijpelijkheid te toetsen. Zie ook Korthals Altes 2005, p. 918. Het belang van art. 79 RO moet dus niet overdreven worden.

102. Ik bespreek deze vraag op deze plek omdat het een algemene vraag betreft over wat alternatieve regelgeving eigenlijk is.

103. Als exemplarisch voorbeeld noem ik alvast het arrest *Kouwenberg/Rahobank* (HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 103 nt. C.E. du Perron. Zie ook Asser-Vranken 2005, nr. 79-83 en nr. 84. Alternatieve regelgeving moet in dergelijke gevallen in de beschouwingen meegenomen worden, aldus ook Teuben 2004, p. 347-348. Volgens Korthals Altes 2005, p. 918, heeft art. 79 RO in dit verband alleen betekenis voor de toetsing in cassatie.

104. Zie nogmaals de conclusie van A-G Verkade (nr. 4.14) voor IIR 20 oktober 2006, *NJ* 2006, 573 (X./De Vereniging), en Korthals Altes 2005, p. 918.

105. Vgl. Giesen/Vranken 2004, p. 227. Ik wijs er nog op dat voor Asser-Vranken 2005, nr. 83, art. 79 RO geen geschikt kader biedt. De criteria zouden wat hem betreft moeten veranderen in het licht van de omgang met alternatieve regelgeving.

Ter relativering van de discussie over art. 79 RO herhaal ik hier echter ten eerste dat die vooral voor de (mate van) cassatiecontrole van belang is en niet voor de intrinsieke invloed van alternatieve regelgeving. Ten tweede wijs ik erop dat het niet zo is dat het feit dat een zelfreguleringsnorm tot 'recht' bestempeld wordt, altijd per se gunstig (of juist ongunstig) is. Dat hangt in eerste instantie van het perspectief af: wie doet er een beroep op? Daar komt bij dat het bestempelen tot 'recht' de betrokken normen meer zeggingskracht zal geven en deze sterker bindend maakt (zie nader § 3), en zo kan een en ander ertoe leiden dat er wellicht uitkomsten bereikt worden die door de zelfregulerende partijen niet voorzien of bedoeld waren. Dat kan tot gevolg hebben dat de branche zich (nogmaals) bedenkt over wat men met de zelfregulering wil en dat men wellicht ingrijpt. Ook dat laatste is overigens weer niet direct negatief te duiden, want die consequentie houdt betrokkenen in elk geval scherp en zorgt misschien voor de broodnodige periodieke bijstelling van de normen. En uiteraard kan de wetgever te allen tijde (alsnog) inspringen en het zelfreguleringssysteem afschaffen of wijzigen.

2.10 Wat volgt: rechtsgevolgen en denkmodellen

Te bespreken vragen...

Alternatieve regelgeving komt veel voor, komt steeds vaker voor, en de mogelijkheden zijn nog niet eens uitgeput.¹⁰⁶ Deze wijze van regulering is derhalve inmiddels een maatschappelijke realiteit die we enkel nog kunnen (en dus moeten) aanvaarden en waarmee we zullen moeten (gaan) werken. Naast voordelen, reeds benoemd, zijn er echter, zoals we ook al zagen, ook nadelen verbonden aan regulering via alternatieve regelgeving. Het betreft dan nadelen die deels van praktische aard, maar deels ook van theoretische aard zijn.¹⁰⁷ Een probleem bij zelfregulering is immers, algemeen gesteld, het democratisch gehalte ervan. Onze democratische uitgangspunten en de machtscheiding worden aangetast doordat de materiële normstelling elders dan in het parlement plaatsvindt, en zelfs geschiedt door groeperingen die niet hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een minister zodat er ook geen ministeriële verantwoordelijkheid kan bestaan. Er is geen parlementaire invloed en geen parlementaire controle.¹⁰⁸

106. Dit is één van de kernpunten uit Baarsma e.a. 2004 (zie p. 97-98).

107. Het is dan ook niet zo dat iedereen enthousiast is over het toegenomen gebruik van private regelgeving, vgl. bijv. Tjittes 2005, p. 1883, die erop wijst dat handelsgebruiken lastig (feitelijk) vast te stellen zijn, en als ze al vastliggen, wellicht langs niet-representatieve weg tot stand gekomen zijn of (anderszins) wellicht niet de meest rechtvaardige oplossing behelzen.

108. Zie Van Schooten-van der Meer 1997, p. 107 en p. 134-135, waar blijkt, volgens de auteur, dat dit tekort niet op andere wijze wordt gecompenseerd. Ik meen dat enige compensatie in het hierna volgende te vinden is (in de wijze waarop zelfregulering binding krijgt).

Dat gebrek aan democratisch gehalte roept vervolgens de vraag op welke (rechts)gevolgen er eigenlijk aan zelfregulering verbonden (zouden mogen) zijn, en of, en hoe, die gevolgen dan eventueel nog (liefst voorafgaand aan hun intreden) getoetst kunnen worden door de rechter (als een soort laatste strohalm, denkend vanuit de klassieke machtscheiding). Die vragen zijn van belang omdat als er geen rechtsgevolgen gekoppeld zouden zijn aan het werken met alternatieve regelgeving, een eventueel democratisch tekort of een inbreuk op de machtscheiding verwaarloosbaar zou zijn. In het hierna volgende staat dan ook centraal hoe de omgang met alternatieve regelgeving door de (civiele) rechter geregeld is of zou moeten zijn.¹⁰⁹

... via twee denkmodellen

Bij beantwoording van de in § 1 genoemde onderzoeksvragen dienen zich naar mijn mening *twee mogelijke denkkaders* (kaders, denkmodellen of concepten) aan waar het gaat om de omgang met alternatieve regelgeving.¹¹⁰ Iemands keuze tussen het ene of het andere model lijkt daarbij van invloed te (kunnen) zijn op de verdere beantwoording van de nog te bespreken (en andere) vragen, vooral ten aanzien van *de mate* waarin de binding aan zelfregulering en de rechtsvormende invloed een rol (kunnen) spelen. Het is daarom wenselijk te trachten voor ogen te houden welk model op welk moment in beeld is, veelal impliciet, of welk model als mogelijkheid overwogen wordt. De twee hier onderscheiden modellen of denkpatronen zijn de volgende.¹¹¹

De eerste insteek is dat bij alternatieve regelgeving de ruimte om te doen of laten wat nodig of wenselijk lijkt, ruim bemeten is. Er is (uiteraard) wel een grens maar dat is dan een uiterste grens, namelijk deze dat alles kan mits het te rangschikken is binnen de grenzen van wat de openbare orde en goede zeden minimaal vereisen. De inhoud wordt dus begrensd door wat nog door de beugel (van openbare orde en goede zeden) kan. Procedurele

109. Wat niet te vinden zal zijn, is een verhandeling over reflexief recht en het autopoiëtisch (gesloten) systeem zoals ontwikkeld door Luhmann en Teubner. Diverse schrijvers gingen mij te dien aanzien voor en ik zou het niet beter kunnen doen, zie vooral Van Gestel 2000, p. 29 e.v.; Van Schooten-van der Meer 1997, p. 161 e.v.; Wiltshagen 1992; Hirsch Ballin 1999, p. 25-26; Eijlander 1993, p. 189 e.v.; Black 1996, p. 43 e.v.; Edgeworth 2003, p. 117 e.v.; Schepel 2005, p. 15 e.v. Vgl. ook Eijlander/Voermans 1999, p. 62. Bovendien meen ik dat ik er voor het vervolg van mijn betoog, dat meer gericht is op de praktische privaatrechtelijke inbedding van alternatieve regelgeving, weinig aan zal kunnen ontleenen. Blijkens Wiltshagen 1992, p. 131, vindt Teubner dat overigens zelf ook.

110. Allerlei mogelijk tussenvormen worden dus niet apart benoemd, al bestaan die uiteraard wel. Het gaat hier om het markeren van de 'uitersten'.

111. Vgl. ook McHarg 2006, p. 93 ('standards of good governance') en p. 94 ('prescriptions deprive self-regulation of its chief attractions').

vereisten zijn er verder niet. Ik noem dit het 'ruime model' of het 'openbare orde' model.

De tweede insteek, het 'randvoorwaarden' model of het 'beperkte' model, is voorzien van een strakkere inperking en dus van een verdere beperking van de aan alternatieve regelgeving gegeven ruimte. Zelfregulering kan en mag, en wordt zelfs gestimuleerd, maar enkel binnen bepaalde tevoren afgebakende randvoorwaarden, waarbij met name aan procedurele eisen kan en zal worden gedacht.¹¹² Denk aan transparantie, een behoorlijke participatiegraad en (de verdeling van) verantwoordelijkheden welke bij voorbaat geregeld zijn.¹¹³ Het idee daarbij is dan dat op materieel niveau de sector, de betrokken groepering, kan bepalen wat er gebeuren zal, terwijl er op procedureel niveau van hogerhand of in elk geval uit andere hoek, enige nadere voorwaarden of eisen worden gesteld.¹¹⁴ Naast deze procedurele of formele eisen, staat dan nog steeds de materiële vrijheid (ook weer tot de grens van wat de openbare orde en de goede zeden gebieden, uiteraard).

3 De rechtskracht van alternatieve regelgeving: gebondenheid

3.1 Inleiding

'Het succes van zelfreguleringinitiatieven staat of valt met de effectiviteit van de handhaving van de gestelde regels. Het maatschappelijke effect van zelfregulering zal dus niet minder mogen zijn dan die van de publiekrechtelijke regulering, waarvoor zij een vervanging vormt', aldus Wagemans.¹¹⁵ Om nu die handhaving ter hand te kunnen nemen,¹¹⁶ of om zelfs maar een begin daarmee te kunnen maken,¹¹⁷ zal degene bij wie gehand-

112. Ik noem bijv. Gilhuis 1993, p. 80, die aangeeft dat vrijblijvendheid wat hem betreft niet mogelijk is, de overheid moet randvoorwaarden stellen.

113. Vgl. Cafaggi 2006, p. 14-15.

114. Vgl. in dit verband Senden 2003, bijv. op p. 22 en op p. 25-26, die voor het Europees recht op zoek gaat naar regulering inzake 'soft law' teneinde die 'soft law' te kunnen verankeren in het Europees rechtssysteem.

115. Wagemans 2002, p. 71. Vgl. ook Schulz/Held 2004, p. 64. Ter illustratie: de OECD Principles of Corporate Governance werden aangepast i.v.m. problemen bij de 'enforcement' ervan, zie Bouchez 2006, p. 379.

116. Waarbij dan een voordeel is dat nieuwe (niet juridische) vormen van sanctionering bedacht kunnen worden, vgl. Cane 1987, p. 329 en p. 334. Zie over naleving in meer algemene zin Van Erp 2005, en § 5 hierna.

117. Die handhaving is geen probleem als en zolang er sprake is van spontane naleving, maar daarvan is zeker niet altijd sprake, vgl. de aankondiging in *NJB* 2006, p. 240 en *NJB* 2007, p. 136, inzake de Code Tabaksblat, hoewel dat soms wel gedacht wordt, vgl. de waarschuwing bij Van Erp/Verberk 2004, p. 219-220. Gebrek aan bindende kracht wordt dan opgevoerd als reden voor het gebrek aan naleving.

haafd wordt of moet worden, wel op enig moment aan de normen zoals opgelegd, gebonden moeten zijn (geweest).¹¹⁸ Zonder die binding kan niet verlangd worden dat betrokkene zich anders dan vrijwillig conformeert (hetgeen overigens een zeer belangrijke bron voor nakoming is). De *binding* aan zelfregulering staat daarmee aan de basis van de handhaving en derhalve aan de basis van het eventuele succes ervan.¹¹⁹

Alle reden dus voor de vraag naar het hoe, wie en wanneer van binding aan alternatieve regelgeving. Het vertrekpunt daarbij is de maatschappelijke realiteit dat organisaties en personen zichzelf (steeds meer en vaker) 'vastleggen' via procedures en normen of door anderszins regels te maken (zie § 2.10). Verder is van belang in het oog te houden of de alternatieve regelgeving beoogt om ook (het gedrag van) derden te controleren of alleen (het gedrag van) de leden.¹²⁰ De reden daarvoor is eenvoudig deze dat in het eerste geval de binding evident lastiger te verantwoorden zal zijn dan in het tweede geval, terwijl ook al voor het eerste geval terughoudend verdedigd wordt.¹²¹ Bovendien treedt met de komst van de derde ook een meer publiek belang (derdenbescherming) naar voren.¹²²

3.2 Theoretische vergezichten

Een van de belangrijke principiële punten die alternatieve regelgeving oproept, betreft de grondslag van haar juridische binding, zo stelt Lindahl.¹²³ Daarbij gaat hij ervan uit dat binding op zichzelf 'inherent' is aan zelfregulering.¹²⁴ Beide stellingen nodigen uit deze kwestie nader aan te vatten. Dat doet ook de verwachting van Vranken dat wat dit aangaat algemene criteria kunnen worden geformuleerd (in de nabije toekomst).¹²⁵

118. Het vertrekpunt daarbij is vooral dat zelfregulering effectiever is dan overheidsregulering, vgl. Ruess 2003, p. 228; Van Heffen-Oude Vrielink/Brandson 2004, p. 36-37. Naleving is namelijk beter geregeld indien de regels aansluiten bij de werkelijkheid van de door die regels aangesprokene, vgl. Van Erp 2005, p. 20 en 27.

119. Los van de vraag naar binding staan verdere handhavingsperikelen en de effectiviteit van mogelijke handhavingsmechanismen hier niet principieel ter discussie. Niettemin zal her en der af en toe op handhavingsperikelen gepreludeerd worden omdat de verbondenheid van de thema's daartoe noodzaakt. Zie bovendien ook nog § 5.

120. Cane 1987, p. 325, maakt dit onderscheid.

121. Zo bijv. Korthals Altes 2005, p. 920.

122. Cane 1987, p. 325; Van Gestel 2000, p. 340.

123. Lindahl 2006, p. 39. In wezen betreft deze vraag naar de grondslag van binding aan zelfregulering de vraag naar haar legitimatie. Zie over binding in Europeesrechtelijk verband uitvoerig Senden 2003.

124. Lindahl 2006, p. 41.

125. Zie Asser-Vranken 2005, nr. 91.

Alternatieve regelgeving zonder binding?

De eerste vraag die antwoord behoeft, is of binding aan de vastgelegde regels of normen inderdaad altijd verbonden is aan zelfregulering. Kan alternatieve regelgeving bestaan zonder dat deze op enige wijze bindende kracht heeft en, vooral, telt dat dan nog als een vorm van (zelf)regulering?¹²⁶ Zoals nog zal blijken, is de wellicht in het oog springende gedachte dat zelfregulering of alternatieve regelgeving iets is waar je (toch) niet aan gehouden kunt worden, in elk geval voor het Nederlandse privaatrecht niet correct.¹²⁷

Eigenlijk gaat hieraan vooraf nog de vraag wat binding of bindende kracht in dit geval betekent. Dat zal veelal ook bepalend zijn voor de vraag of die binding aanwezig moet worden geacht. Vranken lijkt een onderscheid te hanteren tussen wettelijk bindende kracht, die bij 'soft law' afwezig is, en feitelijk bindende kracht (die 'soft law' wel heeft): de regels worden dan feitelijk in acht genomen en werken, afhankelijk van hun overtuigingskracht, meer of minder regulerend.¹²⁸ Wat mij betreft, wordt het begrip binding ruim ingevuld en ziet dat op het gegeven dat iemand geacht wordt, ongeacht de grond daarvoor, zich te houden aan een aantal regels, en dat die persoon daarop ook aanspreekbaar is (al dan niet via erkende sancties of op morele gronden).

Geelhoed gaat ervan uit dat de normen die voortkomen uit een proces van zelfregulering, bindend zijn; de naleving door belanghebbenden is afdwingbaar. Dat is ook logisch, want in zijn visie is zelfregulering ontstaan door de inspanning van een representatief deel uit de groep van belanghebbenden. Deze belanghebbenden zijn dan ook gebonden.¹²⁹ De normen gelden echter slechts tussen betrokkenen,¹³⁰ zij die (indirect) ingestemd hebben. Op dezelfde lijn zit Hijmans die ervan uit gaat dat als er geen sprake is van binding, er geen zelfregulering is. Vrijblijvende instrumenten rekent hij niet tot zelfregulering.¹³¹

In de definitie van zelfregulering zoals Van Driel die hantcert, ligt besloten dat, ondanks de niet-statelijkheid ervan, de regels voortkomend uit

126. In Europees verband is de aanwezigheid of het ontbreken van 'legally binding force' precies hetgeen wat 'hard' en 'soft law' kenmerkt. Senden 2003, p. 28 en p. 101-102.

127. Vgl. ook Köhne 2000, p. 133, en Mörtz 2004a, p. 192 (sprekend over een 'highly contested issue'). Een vergelijkbare conclusie geldt voor Europese vormen van 'soft law', zie Senden 2003, p. 22.

128. Asser-Vranken 2005, nr. 87. In die zin ook Van Dijk 2006, p. 154 ('men blijkt er in de praktijk moeilijk omheen te kunnen') en Köhne 2000, p. 132. Vgl. ook Weterings 2004, p. 133-135.

129. Geelhoed 1993, p. 49.

130. Geelhoed 1993, p. 50.

131. Hijmans 2002, p. 29. De handhaving zal dan ook minder effectief kunnen zijn, zie Cane 1987, p. 329.

zelfregulering toch *recht* zijn (en dus bindend, zo voeg ik toe). Zelfregulering is een vorm van regelgeving die voor de betrokken groep als een vorm van recht geldt, zodat Van Driel kan spreken over 'recht in eigen kring'.¹³²

Het (bevestigende) antwoord op de vraag of regels van zelfregulering steeds bindend zijn, lijkt daarmee gegeven, maar zo eenvoudig ligt de zaak toch niet. Er zijn immers diverse zelfreguleringsinitiatieven bekend waarvan ook duidelijk is dat die in aanleg en qua oogmerk *juist niet* bindend zijn,¹³³ terwijl vaak als nadeel van zelfregulering gewezen wordt op het gebrek aan verbindende kracht.¹³⁴ Zo wordt over de Modelregeling arts-patiënt gezegd dat de afdwingbaarheid ervan zwak is, en dat deze de leden van de KNMG niet bindt, maar slechts een zwaarwegend advies is.¹³⁵

Een voordeel van normen die niet bindend zijn, is volgens Barendrecht dat ruimte voor debat (tussen partijen) de kans op een aanvaardbare uitkomst vergroot: 'Normen helpen een uitkomst te bereiken, zij bepalen die uitkomst niet.'¹³⁶ Een norm die ruimte laat voor individuele afstemming, kan eerder op zodanige wijze toegepast worden dat beide partijen zich erin kunnen vinden. Lossere, minder dwingende regels kunnen zo dus tot betere uitkomsten leiden die eerder geaccepteerd worden. Indien de kans op een aanvaardbaar resultaat voor beide partijen inderdaad vergroot wordt, zal daarmee de buitengerechtelijke afdoening gestimuleerd worden. Dat zou dus een goede reden kunnen zijn om niet-bindende normen te gebruiken. Bovendien wordt het verlies aan rechtszekerheid ten opzichte van een wel dwingende norm (waarover met regelmaat toch weer gediscussieerd en geprocedeerd zal gaan worden) in elk geval ten dele gecompenseerd doordat er wel een zekere richtlijn bestaat.

Voor zover de rechterlijke macht betrokken is bij dit soort niet-bindende aanbevelingen, ligt de zaak niet eenvoudig. Er is dan geen partijafpraak die de grondslag voor de binding levert, de rechter is immers geen partij, en er is geen wet of van de wet afgeleide bevoegdheid die bindende kracht geeft. Wat resteert, is de uitspraak van de rechter, die door toepassing van de norm deze tussen partijen tot 'recht' bestempelt.

132. Zie Van Driel 1989, p. 2.

133. Ook in de literatuur wordt wel gezegd dat het bij vormen van zelfregulering gaat om regels of codes die 'werking missen' (Schut 1972, p. 363). Vgl. ook Ahrne/Brunsson 2004, p. 171.

134. Vgl. Cuijpers 2004, p. 215.

135. Leenen/Gevers 2000, p. 181. Het is overigens opvallend dat op p. 182 vervolgens gesteld wordt dat een voorwaarde voor externe zelfregulering is dat deze de betrokkenen dient te binden. Dat is niet te rijmen met de eerdere stelling dat de binding zwak, want adviserend, is.

136. Zie Barendrecht 1999, p. 80. Vgl. tevens Giesen/Kamminga/Barendrecht 2001, p. 133 en p. 157-158.

Het kan derhalve zo zijn, en uiteraard is dat geheel en al afhankelijk van elk geval op zich, dat een vorm van (of een aantal regels dat in elk geval lijkt op) alternatieve regelgeving op zich niet als bindende norm voor een betrokkene geldt of in elk geval niet zo bedoeld is.¹³⁷ Maar wat er vervolgens lijkt te (en kan) gebeuren, is dat zo'n niet-bindende norm alsnog, bijvoorbeeld via de band van 'een rechtsovertuiging binnen de kring van personen' om wie het gaat, tot gebondenheid leidt.¹³⁸ Daarover volgt hierna meer. Als tussenschakel in die keten geldt dan de uitspraak van een rechter of andersoortige geschilbeslechter. Gebondenheid zonder *voorafgaande* binding is derhalve wat hier uiteindelijk speelt. Voor nu staat zo wel vast dat échte zelfregulering (uiteindelijk) bindend is, althans achteraf bindend kan worden of is te maken.¹³⁹

Grondslag voor binding: de wet

Met het voorgaande komt een tweede vraag op, namelijk *wie* dan gebonden is aan de alternatieve regelgeving. Zijn dat enkel de partijen bij de zelfreguleringsafspraken of strekt die binding verder?¹⁴⁰ Omdat die vraag mijns inziens alleen te beantwoorden is met inachtneming van het antwoord op de vraag naar de grondslag van de binding, ga ik op die vraag nader in.

De derde vraag betreft derhalve die naar de *grondslag* van de binding aan zelfreguleringsnormen. In aanmerking komen dan in eerste instantie het eigen gezag van de groepering die de normen stelt (contract of autonomie), en de bindende kracht van de wet of een (alsnog te creëren) wettelijke regeling.¹⁴¹

Ik begin met die tweede vorm, de wet of een (alsnog te creëren) wettelijke regeling. Onder die noemer is het ten eerste mogelijk dat een wet een specifieke grondslag geeft voor de nadere invulling van bijvoorbeeld beroepsregels, waarna dergelijke regels vervolgens vanuit de beroepsgroep zelf (via een overkoepelende organisatie) opgesteld, afgekondigd en eventueel later gewijzigd worden. De Advocatenwet en de daaraan gelieerde

137. Zie bijv. ook Mörtz 2004, p. 1, die stelt: 'soft law is not considered to be legally binding', er zijn geen sancties aan verbonden. Vgl. ook Prosser 2006, p. 250.

138. Vgl. de definitie bij Mörtz 2004, p. 6, waaruit blijkt dat zelfregulering niet bindend is maar wel 'practical effects' kan hebben.

139. Zoals bijv. ook Weterings 2004, p. 133, onderkent. Dat kan ook geschieden doordat het meedoen aan een verder vrijwillige regeling ertoe leidt dat de deelnemer gebonden raakt.

140. Daarbij verdient nu reeds opmerking dat de vraag naar binding vooral relevant is waar de alternatieve regelgeving plichten schept, en niet waar deze aanspraken of rechten (voor de wederpartij of een derde) creëert. De vraag is immers of een dergelijke plicht afdwingbaar is. Vgl. Korthals Altes 2005, p. 920.

141. Lindahl 2006, p. 40; Donner 1993, p. 159. Ik zie ook nog een derde wijze van binding, daarover hierna meer.

regulering is een bekend voorbeeld.¹⁴² Andere beroepsbeoefenaren kennen vergelijkbare regelingen.¹⁴³

De binding aan alternatieve regelgeving kan echter ook met een (latere) tussenstap gelijk getrokken worden met de binding aan 'gewone' overheidsregelgeving: de wetgever stapt op enig moment in en verleent bindende kracht aan een regeling. Uiteindelijk vindt de binding aan de zelfreguleringsafspraken dan haar grond in de erkenning van de wet als bron van recht.¹⁴⁴

Voor vormen van alternatieve regelgeving betekent deze tussenstap via de wetgever dat de beoogde binding aan bepaalde normen in bijvoorbeeld een gedragscode, ook (vooraf of alsnog achteraf) ingebouwd kan worden door een 'wettelijk sausje' daar overheen te gooien, door dus (alsnog) via een wettelijke interventie (extra) gezag en binding mee te geven aan die normen.

De 'lotgevallen' van de Code Tabaksblad¹⁴⁵ kunnen hier model staan.¹⁴⁶ Na afkondiging van die code, opgesteld door een commissie uit het bedrijfsleven, werd daaraan door de wetgever op voorspraak van de commissie extra gewicht toegekend door deze wettelijk te verankeren.¹⁴⁷ In art. 2:391 lid 5 BW staat nu dan ook dat de eisen aan de inhoud van het jaarverslag van een onderneming bij AMvB nader ingevuld kunnen worden en dat die voorschriften dan betrekking kunnen hebben op de naleving van een, ook bij AMvB, aan te wijzen gedragscode. Vervolgens is natuurlijk de Code Tabaksblad aangewezen. Daarmee is via een omweg alsnog wettelijk gezag aan die code verleend.¹⁴⁸ Voordel hiervan is dat op deze wijze 'free rider' gedrag tegen kan worden gegaan.¹⁴⁹

142. Ik noem bijv. de Verordeningen, zoals de Verordening op de beroepsaansprakelijkheid 1991, vastgesteld door het college van afgevaardigden (ex art. 28 Advocatenwet), welke conform art. 29 Advocatenwet verbindend zijn voor de leden, doch ook de Gedragscode Controle Verordeningen (opgenomen in Vademecum 2005, p. 116 e.v.), en de Gedragsregels 1992 (Vademecum 2005, p. 277 e.v.).

143. Zoals bijv. de gerechtsdeurwaarders via art. 57 Gerechtsdeurwaarderswet en de notarissen via art. 61 van de Wet op het notarisambt. Vgl. in algemene zin Scott 2006, p. 133.

144. Lindahl 2006, p. 41. Waar die laatste erkenning dan vervolgens op rust, is een vraag die niet hier besproken hoeft te worden. Die erkenning is uiteindelijk noodzakelijkerwijs gemengd, anders zou geen enkele vorm van legaliteit (zonder oneindige problemen) mogelijk zijn.

145. Waarbij ik aantekenen dat het voor bijv. Raaijmakers 2004, p. 121 e.v., hier niet om zelfregulering gaat.

146. Zie over deze vorm van zelfregulering ook Schwarcz 2002, p. 324 e.v.

147. Vgl. ook Tabaksblad 2004, p. 109.

148. Kritisch over de gang van zaken in dit geval Raaijmakers 2004, p. 122-123. Zie verder Wymeersch 2005, nr. 13 e.v.; Das 2004, p. 126 e.v. en Stamhuis 2006, p. 141-142. Schwarcz 1995, p. 981, noot 253, geeft aan dat omzetting door de wetgever niet altijd werkelijk gezag, naast binding, verleent aan de zelfreguleringsregel.

149. Vgl. Van Gestel 2000, p. 24; Dresden 2004, p. 201.

De tweede grondslag: consensus

Ten tweede noemde ik als grondslag of bron voor binding aan alternatieve regelgeving het eigen gezag van de groepering. Iets anders geformuleerd, in de woorden van Lindahl:¹⁵⁰

'lijkt de binding van zelfregulering uit een eigen bron voort te vloeien, met name de vrijheid van individuen om onderling regelingen te treffen, waarbij vrijheid opgevat wordt als identiteit in de zin van 'co-referentialiteit': het zijn dezelfde individuen die een rechtsnorm stellen én zich daaraan onderwerpen.'

Lindahl meent dus dat zelfregulering haar binding aan de individuele vrijheid ontleent, aan de autonomie van het individu als grondbeginsel van het privaatrecht.¹⁵¹ Kiest men voor zelfregulering, dan kiest men voor horizontale verhoudingen tussen individuen en dus voor de wederkerigheid die daarbij hoort.¹⁵² Het grote voordeel van het privaatrecht boven andere rechtsgebieden is wat dit betreft dat binnen het privaatrecht een substituuat voor rechtskracht via de wet beschikbaar is – te weten *pacta sunt servanda* – omdat een overeenkomst de partijen bindt als ware zij wet (vgl. art. 1374 Oud BW).¹⁵³

Die vrijheid, die autonomie (of zelfwetgeving¹⁵⁴), is echter wel een beperkte autonomie in Lindahls visie. Om juridisch te kunnen en mogen binden, kan de zelfregulering namelijk nooit helemaal zuiver zijn. Zelfs zuivere zelfregulering staat altijd nog bloot aan een kritische toets door de wetgever, de rechter of een toezichthouder die kan ingrijpen als de nieuw gemaakte regels bijvoorbeeld inbreken op de algemene geldende (wettelijk vastgelegde) rechtsnormen.¹⁵⁵ En alleen onder voorwaarde van (de mogelijkheid van) die kritische toets mogen (kunnen) de maatschappelijke actoren hun autonomie uitoefenen via een vorm van alternatieve regelgeving in

150. Lindahl 2006, p. 41.

151. Zie ook Asser-Vranken 2005, nr. 86 ('de vrijheid vormt uiteindelijk de rechtvaardiging voor de bindende kracht van hun afspraken'). Vgl. voor het ondernemingsrecht in dit verband Raaijmakers 2004, p. 114.

152. Lindahl 2006, p. 41. Vgl. ook Schwarcz 2002, p. 327, en Asser-Scholten 1974, p. 109. Scholten spreekt aldaar over het 'vrijwillig onderwerpen' door partijen, maar hij geeft tegelijk aan dat partijen vaak niet anders kunnen. Bij het aangaan van bepaalde typen overeenkomsten worden bepaalde voorschriften automatisch van toepassing. 'Dan naderen zij de wet', aldus Scholten. De bankgarantie is een hedendaags voorbeeld.

153. Vgl. Giesen 2004, p. 158, en Korthals Altes 2005, p. 919 (die overigens, zie ook p. 920, de 'aanvaarding' als enige bindingswijze onderkent en erkent), en in internationaalrechtelijk kader ook Åkermark 2004, p. 63. Daarbij geldt dan wel dat de belofte niet bindt omdat de wet het zegt, maar dat het 'belofte-recht' naast het wettelijk-recht staat, zie Asser-Scholten 1974, p. 105.

154. Van Schooten-van der Meer 1997, p. 14.

155. Dat geldt zelfs in het ruime denkmodel zoals ik dat onderscheiden heb.

plaats van te moeten wachten op wettelijke regels. Dit betekent derhalve dat de binding van en aan zelfregulering altijd ten dele of mede bepaald wordt door een andere bron van recht (de wetgever en/of de rechter).¹⁵⁶ Lindahl vat dit alles zo samen dat een norm slechts een rechtsnorm is 'wanneer zij een plaats krijgt in de eenheid van een rechtsorde'. Die eenheid van rechtsorde, en het waarborgen ervan, bepaalt in welke mate pluraliteit (verschillende vormen van recht, zoals zelfregulering naast gewone wetgeving) wordt toegestaan.¹⁵⁷

Het punt dat hier gemaakt wordt, is hetzelfde als dat van Vranken en diens 'schema wetgeving-rechtspraak' waar elke vorm van alternatieve regelgeving 'doorheen' moet om werkelijk relevant, in de zin van bindend, te (kunnen) worden.¹⁵⁸ Hij stelt dat 'schema' als volgt voor dat de wetgever algemene regels vaststelt en dat de rechter die algemeenheden in concrete gevallen tot leven moet brengen en bij de tijd moet houden. Het schema wordt vervolgens als exclusief gezien in die zin dat de wetgever en rechter de enige twee rechtsvormers zijn. Het probleem is echter dat het schema niet alomvattend is: de behoefte aan voldoende en duidelijke regels wordt niet bevredigd en de rechtspraak kan niet alle gaten stoppen. Daarom zou het schema aangevuld moeten worden door 'erkenning' van alternatieve (private) regelgeving.¹⁵⁹ Het enige probleem is, zo analyseert Vranken, dat ook die alternatieve regelgeving altijd weer en alsnog 'door' het schema, langs de sluizen van de wetgever of rechter moet.¹⁶⁰

Los van deze inbeddingsproblematiek en een enkele kanttekening die nog bij de positie van de autonomiegedachte heden ten dage gemaakt zou kunnen worden,¹⁶¹ staat vast dat via de notie van contractsvrijheid aan vele regels, aan vele afspraken, aan vele 'rechtsbronnen' een vorm van bindende kracht kan worden toegekend. Door contractuele afspraken te maken kan een stevige binding van velen (en dus wellicht¹⁶² ook een hoge mate van naleving) bereikt worden op vele terreinen.¹⁶³ Daarbij gaat het overi-

156. Zie over e.e.a. Lindahl 2006, p. 42.

157. Lindahl 2005, p. 1892.

158. Zie Asser-Vranken 2005, nr. 93. In vergelijkbare zin ook al Van Gestel 2000, p. 119.

159. Zie het betoog in Asser-Vranken 2005, nr. 72-78.

160. Nogmaals Asser-Vranken 2005, nr. 93.

161. Een opmerking die hier nog gemaakt zou kunnen worden, is dat deze (partij)autonomie of zelfbeschikking momenteel onder vuur ligt, zie Van Laarhoven 2006, p. 25-28.

162. Of binding helemaal automatisch tot naleving leidt, is twijfelachtig, al zegt men wel dat bij zelfregulering de naleving redelijk tot behoorlijk goed verzorgd is. Het ligt voor de hand dat die naleving beter is naarmate de binding 'dichterbij' is, naarmate iemand zelf ook meent gebonden te zijn omdat hij of zij nauw(er) betrokken was bij wat er afgesproken is.

163. Binding van beursgenoteerde vennootschappen zou bijv. kunnen verlopen via de noteringsovereenkomst van Euronext, hetgeen bij de Code Tabaksblat niet is geschied, vgl. Bartman 2004, p. 123.

gens niet enkel en alleen om contracten in de specifieke juridische betekenis van een privaatrechtelijke overeenkomst maar veeleer over een bredere notie van 'bindende afspraken maken'.¹⁶⁴ Dat kan bijvoorbeeld ook in het kader van een rechtspersoon. Zelfregulering op het terrein van het ondernemingsrecht is bijvoorbeeld niet alleen te bereiken doordat degenen tot wie de regels zich richten, zichzelf expliciet bij overeenkomst verplichten tot nakoming ervan, maar ook doordat de leden van een vereniging krachtens het verenigingsrecht verplicht zijn de regels uit de statuten of de reglementen na te leven.¹⁶⁵ Op die wijze kan de door de vereniging aanvaarde alternatieve regelgeving ook bindend worden voor de individuele leden.

Het voorbeeld van statuten is belangrijk omdat veel zelfregulering binnen stichtingen of verenigingen¹⁶⁶ tot stand komt (denk aan de reclambranche en de journalistiek) en omdat dit aangeeft dat de binding aan zelfregulering, iets breder beschouwd, lijkt te berusten op wat ik *consensus* zou willen noemen.¹⁶⁷ Die consensus kan zich openbaren doordat iemand zichzelf committeert door mee te doen, maar consensus kan natuurlijk ook uit een meerderheidsbesluit van een groep (en het bijbehorende lidmaatschap) voortvloeien.¹⁶⁸ Dat betekent dat de meerderheid van een groep de minderheid kan binden, net zoals dat bij gewone wetgeving gebeurt.¹⁶⁹

Binding kan derhalve voortvloeien uit instemming of toestemming.¹⁷⁰ Als die gegeven is, kan vervolgens niet geklaagd worden over het gebruik of de toepassing van een bepaalde regel. Aan de andere kant, als die

164. Het aangaan van een overeenkomst tussen twee private partijen is geen zelfregulering, zoals ik al schreef. Dat laat echter onverlet dat *als* we eenmaal van doen hebben met een vorm van zelfregulering, bekeken kan worden of de deelnemers soms afspraken hebben gemaakt. Zo ja, dan kunnen die afspraken (consensus) tot binding leiden.

165. Vgl. Timmerman 1997, p. 69, en de omschrijving bij Lacle/Meuwese 2006, § 1.2.1. Zie ook Peters 1994, p. 148, en Scott 2006, p. 133.

166. De statuten van een rechtspersoon als zodanig vormen m.i. geen alternatieve regelgeving. Een andere opvatting zou die notie, net zoals ik verdedig t.a.v. de overeenkomst (§ 2.2), te ver oprekken.

167. Vgl. ook HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (MC Leeuwarden/In 't Hout), waarin consensus expliciet een rol speelde, en Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 6 en p. 7, die spreken over 'consensus building'.

168. Vgl. Van Heffen-Oude Vrielink/Branden 2004, p. 42; Leijten 1997, p. 189-190 (inzake art. 2:8, 9 en 15 BW); Van Driel 1989, p. 83; Wymeersch 2005, nr. 9-10.

169. Zie Leijten 1997, p. 189.

170. Zie in dit verband Bachmann 2003, p. 17-19: in het privaatrecht dient de toestemming zich snel aan als legitimering. Die legitimatie door toestemming verdient echter aanvulling vanuit een algemeen belang-gedachte, omdat het om regelgeving voor grote groepen gaat. Toestemming zou dan als legitimering en bindingsfactor kunnen worden aangevuld met de idee van het 'Gruppenwohl'. Zie ook nog de uitwerking op p. 20 e.v.

instemming niet gegeven is,¹⁷¹ is die partij in beginsel ook niet gebonden aan welke norm of standaard dan ook.¹⁷²

Een derde grondslag

In het voorgaande werd er al op gepreludeerd dat er nog een (derde) wijze van binding aan alternatieve regelgeving aan te wijzen is. Een dergelijke binding kan namelijk ook bereikt worden via de diverse open normen die wij in ons BW hanteren.¹⁷³ Dat gaat dan ongeveer zo dat bij de invulling van die open normen, gekenmerkt door termen als 'naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid', 'naar billijkheid', 'de in het verkeer geldende opvattingen' of 'naar hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt', door de rechter gelet wordt op hetgeen art. 3:12 BW uitdraagt, namelijk dat rekening moet worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen (en uiteraard de algemeen erkende rechtsbeginselen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen).¹⁷⁴ Indachtig die opdracht kan de rechter vervolgens een beroep doen op de in alternatieve regelgeving neergelegde normen of standaarden, omdat deze gezien kunnen worden als een soort kristallisatie van die rechtsovertuigingen.¹⁷⁵ De rechter haalt de alternatieve regelgeving dus binnen, al gebeurt dat niet steeds expliciet, via art. 3:12 BW in verbinding met een toepasselijke open norm (die vrijwel steeds voorradig zal zijn).

Op deze wijze vindt er derhalve een 'receptie' van alternatieve regelgeving plaats via bijvoorbeeld het aansprakelijkheidsrecht of via andere open normen.¹⁷⁶ Op basis van art. 3:15 BW geldt vervolgens hetzelfde buiten het

171. Daarbij komt dan nog als voorwaarde dat een eventuele binding ook gerelateerd is aan de organisatiegraad van de betrokkenen (de betrokken vorm van zelfregulering moet voldoende mensen binden), zie Slagter 1988, p. 94.

172. Dat bleek bijv. uit het arrest van Hof 's-Gravenhage 25 augustus 1998, *NJ* 1999, 298 (Consumentenbond/Stad Rotterdam) over art. 6:240 BW. Stad Rotterdam voerde aan dat de Consumentenbond niet ontvangen kon worden in haar actie om een algemene voorwaarde onredelijk bezwarend te verklaren, omdat dezelfde Consumentenbond ingestemd zou hebben met het betreffende beding in het kader van de totstandkoming van de Gedragscode hypothecaire financiering. Daarvan was echter niet gebleken.

173. Over de principiële openheid van niet alleen diverse normen uit het BW maar ook van het systeem van dat BW als zodanig, zie Snijders 2007, p. 14, die daaraan koppelt dat het BW ruimte biedt voor alternatieve regelgeving. Elders zien wij het hiernavolgende stramien ook opduiken, vgl. Voluntary Codes 1998, p. 27 voor Canada. Zie ook Wymeersch 2005, nr. 5-6.

174. Zie bijv. Boukema 1991, p. 41 en 43.

175. Vgl. PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1036. Daarbij geldt dat het gaat om rechtsovertuigingen binnen een bepaalde kring van personen, een kring die functioneel bepaald is zoals beroeps- en bedrijfsgeenoten, zie ook Reurich 2005, p. 43 en p. 44-45, zodat die band met alternatieve regelgeving heel nadrukkelijk naar voren komt.

176. Vgl. Bachmann 2003, p. 28 (met kritiek daarop omdat groepsbelangen dan te zwaar kunnen wegen) en Van Gestel 2000, p. 100-101 (vooral bij open normen zal de rechter zich moeten oriënteren op wat in bepaalde groepen als recht gezien wordt om zijn beslissing deugdelijk te kunnen motiveren).

algemene vermogensrecht, zodat dezelfde 'truc' bijvoorbeeld ook kan worden toegepast op en via art. 2:8 en 9 BW¹⁷⁷ en in het arbeidsrecht via de open normen van art. 7:658 BW en art. 7:611 BW.

De goede verstaander heeft al gezien dat in het voorgaande niet alleen de open norm van de redelijkheid en billijkheid aangevuld werd via art. 3:12 BW, maar dat ik ook de open normen van de verkeersopvattingen en de maatschappelijke zorgvuldigheid in de constructie heb betrokken. De binding aan alternatieve regelgeving schuilt in dat laatste geval hierin dat het niet volgen ervan tot schending van een zorgvuldigheidsnorm en dus tot aansprakelijkheid zou kunnen leiden.¹⁷⁸ Ik weet uiteraard dat de 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' (en aanverwanten) dienen om de redelijkheid en billijkheid aan te vullen en dat art. 3:12 BW niets zegt over de andere open normen, zoals art. 6:162 BW, maar ik meen toch deze gelijkstelling te mogen maken. De redenen daarvoor zijn dat beide soorten open normen een nadere invulling dienen te krijgen en er geen reden is dat bij de ene soort principieel anders te doen dan bij de andere.¹⁷⁹ Bovendien wordt aansprakelijkheid en daarmee ook de norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid uiteindelijk bepaald door, zo leert de heersende leer, de billijkheid, zodat toch weer op de invulling van de billijkheid teruggevalLEN kan worden.¹⁸⁰

Bij het voorgaande verdient ook nog opmerking dat art. 3:12 BW op zichzelf niet noodzakelijk is om de invulling van bijvoorbeeld de zorgvuldigheidsnorm via alternatieve regelgeving of zelfregulering gestalte te geven. De zorgvuldigheidsnorm is immers (zo) open dat die alternatieve regelgeving ook als het ware direct de inhoud van die norm zou kunnen bepalen, zonder tussenkomst van art. 3:12 BW.¹⁸¹ Dat artikel is wat dat betreft alleen of voornamelijk van belang als een wettelijke kapstok om er zeker van te zijn dat wat er gebeurt, ook door de beugel van de wet kan. Datzelfde geldt dan ook weer voor de invulling van de redelijkheid en billijkheid als open norm, want art. 3:12 BW is dienaangaande niet uitputtend of limitatief bedoeld, zodat andere dan de genoemde richtsnoeren ook benut mogen worden om die billijkheid gestalte te geven.¹⁸²

177. Vgl. Bartman 2004, p. 124-125; Das 2004, p. 128; Wymeersch 2005, nr. 6, en *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, 2, p. 22. Zo zou de rechterlijke macht bijv. ook aan de regels uit de Code Tabaksblat bindende kracht kunnen geven, vgl. ook nog Stamhuis 2006, p. 145.

178. Vgl. reeds Giesen 2004, p. 159. 'Soft law' kan zodoende 'hard law' worden, vgl. Mörtz 2004a, p. 192.

179. Zie ook Van Gestel 2000, p. 132-133, voor gevallen van milieuaansprakelijkheid. Van Driel 1989, p. 167, pleitte ook reeds voor een ruimer toetsingsbeleid door de rechter, maar dan i.v.m. de consumentenbescherming.

180. Zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 19. De uiteindelijke (gemeenschappelijke) grond voor aansprakelijkheid is de billijkheid. Zie ook Verheij 2005, p. 14.

181. Zulks blijkt bijv. ook uit de voorbeelden in Asser-Vranken 2005, nr. 79 e.v., 84 en 85. Alternatieve regelgeving kan daarnaast ook nog via de open norm 'verkeersopvatting' haar intrede doen.

182. PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1035; Reurich 2005, p. 43.

Opmerking verdient nog dat deze wijze van binding ook 'derden' kan betreffen, personen die bij het ontwerpen en afkondigen van de alternatieve regelgeving zelf niet betrokken waren.¹⁸³ Als voorbeeld noem ik de doorwerking van een medisch protocol via de medische zorgplicht dat hierna (§ 3.3) nog uitvoerig besproken wordt. Meer in het algemeen kunnen derden bovendien tot een zekere gebondenheid geraken doordat de invulling door de rechter van de open norm via alternatieve regelgeving als rechterlijke uitspraak een zekere precedentwerking zal hebben.¹⁸⁴ Men zou wellicht van een zekere 'reflexwerking' kunnen spreken, doordat een regel die in een bepaalde verhouding bindt, uitstraling zal hebben naar andere, daaraan gelieerde verhoudingen.

Verder stip ik nog aan dat in plaats van deze rechtsovertuigingen ook de *gewoonte* ingeroepen had kunnen worden. Een gewoonte binnen een kring van personen kan een bron zijn van rechtsregels, zo wordt erkend.¹⁸⁵ Alternatieve regelgeving kan wellicht zelfs eerder als 'gewoonte' geduid worden¹⁸⁶ dan als rechtsovertuiging, want bij gewoonten gaat het immers om herhaaldelijk gevolgde gedragslijnen waarbij er op de naleving daarvan wordt gerekend (regelmaat is het kenmerkende aspect).¹⁸⁷ Hetzelfde is het geval bij alternatieve regelgeving. Echter, omdat bij rechtsovertuigingen de pluraliteit daarvan (rechtsovertuigingen in meervoud) gewaarborgd is, zelfs ingebakken is in het concept,¹⁸⁸ en die pluraliteit bij alternatieve regelgeving ook aanwezig kan zijn, vind ik het verkieslijk om (ook) bij de in Nederland levende rechtsovertuigingen aan te (kunnen) haken.

De kern van één en ander, wat mij betreft, is dat het zowel bij de gewoonte als bij de rechtsovertuigingen gaat om de *normatieve verwachting* die bij betrokkenen bestaat ten aanzien van bepaald gedrag. En dat is precies wat ook door alternatieve regelgeving geschapen wordt: een normatieve verwachting binnen een bepaalde kring van personen. Men zou dan ook kunnen zeggen dat alternatieve regelgeving een vorm van *gewoonterecht in wording* is en voordien al als rechtsovertuiging kan functioneren. Hierbij

183. Anders Korthals Altes 2005, p. 919, die stelt dat binding van derden alleen plaatsvindt bij aanvaarding daarvan door die derde, als deze dus (in mijn visie) via consensus (de tweede wijze van binding) gebonden raakt.

184. Ik werk de binding aan precedents niet nader uit, zie recentelijk o.a. Teuben 2004, p. 231 e.v.; Adams 2006; Hondius 2005; Haazen 2006.

185. Zie Reurich 2005, p. 44, met verdere verwijzingen, alsmede Van Gestel 2000, p. 110. Over gewoonte als rechtsbron ook nog Pontier 1998, p. 17 en 20 en Asser-Scholten 1974, p. 97 e.v.

186. Van Gestel 2000, p. 112, legde ook al het verband tussen alternatieve regelgeving en gewoonterecht, en voordien deed dat ook Asser-Scholten 1974, p. 109 e.v. Inmiddels ook zo De Groot 2006, p. 110.

187. Asser-Scholten 1974, p. 111. Over gewoonte ook Asser-Hartkamp 4-II, nr. 292-293. en in relatie tot de verkeersopvattingen Rogmans 1999, nr. 9.

188. Over het voorgaande Reurich 2005, p. 44 en p. 45. Vgl. ook PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1035, over het gebruik van de meervoudsvorm.

verdient nog opmerking dat Scholten alternatieve regelgeving en gewoonte sterk aan elkaar koppelde. Hij beschrijft immers bij de vraag naar de betekenis van de formulering van gewoonterecht dat juist andere autoriteiten dan het staatsgezag tot het beschrijven en vastleggen van gewoonterecht overgaan, waarbij hij voorbeelden noemt uit de internationale handel die nu als alternatieve regelgeving zouden kunnen gelden.¹⁸⁹

Gezien de hoeveelheid open normen in het vermogensrecht en de fundamentele, breed erkende mogelijkheid dat private partijen voor hun private verhouding hun eigen rechtspositie kunnen bepalen (autonomie), zou gezegd kunnen worden dat binding aan alternatieve regelgeving ingebouwd is in het privaatrechtelijke systeem.¹⁹⁰

Dat alles is vooralsnog de theorie, maar werkt het uiteindelijk ook in de praktijk zo? Een vroeg voorbeeld, voorzichtig ingekleed overigens, van binding door tussenkomst van een rechterlijke uitspraak waarbij een open norm werd ingevuld op basis van alternatieve regelgeving, is te vinden in de *Batco*-uitspraak van de Ondernemingskamer (OK) van het Amsterdamse Hof. In de afweging of er sprake was van wanbeleid door Batco omdat het overleg met het personeel over de voorgenomen sluiting van een vestiging te vroeg zou zijn afgebroken, werd mede betrokken ('Tenslotte is niet zonder betekenis...') dat de moedermaatschappij in Engeland de 'OECD Guidelines for multinational enterprises' als richtlijn voor haar beleid had aanvaard.¹⁹¹ Die richtlijnen speelden dus een – weliswaar bescheiden, maar toch – rol bij de invulling van de open norm 'wanbeleid'.

Omdat de beschreven manier van binding via de rechter loopt, kan de vraag opkomen of en in hoeverre dit een andere, en dus inderdaad derde, wijze van binding aan alternatieve regelgeving is of dat deze wijze (te) veel lijkt op de andere twee wijzen van binding (via de wetgever, vooraf of achteraf, of via consensus). Vooral omdat de binding via consensus uiteindelijk handhaafbaar is via de rechter en dat vooruitzicht zijn schaduwen uiteraard vooruit werpt, is het mogelijk een parallel te trekken tussen die consensus en de hier besproken derde wijze van binding. Na ampele afweging meen ik dat het procédé en de achtergrond van de derde bindingsmethode zodanig anders is, dat er hier toch van een zelfstandige wijze van binding gesproken kan worden. Consensus is hier uiteindelijk niet de bron van de binding, want die binding berust in wezen op de invulling van de norm door de rechter.¹⁹²

189. Asser-Scholten 1974, p. 109.

190. Baarsma e.a. 2003, p. 16.

191. Zie Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71 (*Batco*).

192. Ik merk nog op dat de derde wijze van binding er één is waarbij de rechter, en geschilbeslechting als mechanisme in zijn algemeenheid, ook benut wordt om anderen te dwingen om standaarden, normen of regels te ontwikkelen of te bekrachtigen. De dreiging van procederen kan immers partijen ertoe bewegen om standaarden vast te leggen. Vgl. Scott 2002, p. 66 en p. 72.

Het voorgaande laat overigens onverlet dat ook deze derde grondslag, de rechterlijke invulling van open normen, net als de eerste twee vormen van binding, niet ontsnapt aan Vrankens hiervoor al besproken 'schema wetgeving-rechtspraak'. De rechter komt er hier aan te pas om die binding te verzorgen en garanderen. Vranken stelt daarbij wel nog de principiële vraag of private regelgeving rechtstreeks zelf bindende kracht heeft of kan hebben, maar die vraag beantwoordt hij ontkennend.¹⁹³

Voor de lezer die nu een vlammend betoog verwacht waarin het voorgaande ontzenuwd wordt en waarin alsnog tot een niet in het schema te vangen route of wijze van binding gekomen wordt, kan ik slechts teleurstellen. Alleen als alternatieve regelgeving op enig moment a) strak ingekaderd kan worden als juridische begrip, zodat helder is wat er wel onder valt en wat niet, en b) op enigerlei wijze een vorm van democratische legitimatie voor gevonden wordt (bijvoorbeeld via de eisen die wij stellen aan draagvlak, representativiteit, organisatiegraad, etc.¹⁹⁴), en c) die vorm van regulering vervolgens ook nog eens zo belangrijk wordt dat deze als zelfstandige rechtsbron erkend wordt (door liefst de wetgever of anders de rechter), dan is er ruimte voor zo'n betoog. Als we daar zijn, kan het schema op de schop, althans, dan is het schema klaar om te worden uitgebreid met die nieuwe zelfstandige rechtsbron genaamd private regelgeving of alternatieve regelgeving. Dan is er een nieuw schema, het 'schema wetgeving-private regulering-rechtspraak'. Maar tot die tijd, helaas, kan ik dat betoog niet leveren.¹⁹⁵

De keuze vóór binding in het licht van (nogmaals) enkele nadelen van alternatieve regelgeving

Hiervoor is geconstateerd dat er invloed uitgaat van alternatieve regelgeving in die zin dat deze regels bindend kunnen zijn of worden, voor betrokkenen en voor derden. Een waardeoordeel daarover is nog niet (expliciet) uitgesproken. Op zich ben ik een voorstander van het gebruiken van alternatieve regelgeving en van het verbinden van juridische kracht aan dat soort regels. We kunnen er eenvoudigweg niet omheen. De al eerder gemenoreerde maatschappelijke realiteit dat organisaties en personen zichzelf (steeds meer en vaker) binden door procedures vast te leggen, normen af te spreken of anderszins eigen regels te maken, verdient erkenning in rechte,

193. Asser-Vranken 2005, nr. 93.

194. In Giesen/Vranken 2004, p. 227-228, betoogde ik reeds dat draagvlak kan dienen als vervanging voor de gebruikelijke vorm waarop een regeling legaliteit krijgt (nl. via democratische legitimatie), want ook bij draagvlak gaat het in wezen om instemming door de meerderheid.

195. Vgl. ook Giesen/Vranken 2004, p. 225 en p. 227, alsmede McHarg 2006, p. 85.

in elk geval in het privaatrecht waarin autonomie een wezenlijk uitgangspunt is.

Dat gezegd zijnde, wil ik niet het verwijt krijgen blind te zijn (geweest) voor de nadelige kanten van de binding aan alternatieve regelgeving.¹⁹⁶ Ten eerste verwijs ik nogmaals naar de nadelen verbonden aan zelfregulering zoals besproken in § 2.7, maar roep ik ook de daar al genoemde voordelen in herinnering. Specifiek gerelateerd aan de kwestie van 'binding' memoreer ik verder nog het volgende. Schroeder geeft terecht aan dat iemands marktmacht bepalend voor diens invloed zal (kunnen) zijn, en daarmee dus ook voor diens invloed op de afgesproken zelfreguleringsnormen. Daarmee kan de invloed per betrokkene (diens lobby) verschillen en zelfs ertoe leiden dat bepaalde partijen niet eens als betrokkene te boek komen te staan, terwijl ze wellicht wel gebonden raken.¹⁹⁷ Deze ongelijkheid moet voorkomen worden. Als tegenwicht wijst hij er dan op dat de structuur van de betrokken maatschappelijke groeperingen hierin veel ellende kan voorkomen, dat de rechter controle uitoefenen kan, en dat deze onevenwichtigheid niet exclusief is voor zelfregulering, want ook bij overheidsregulering kunnen dit soort verschillen opduiken.¹⁹⁸

Gerelateerd aan de invloed die iemand zou kunnen hebben op de tot stand te brengen normen, is de notie dat die normen concurrentiebeperkend zouden kunnen uitpakken (bewust of onbewust). Ook dat nadeel werd al eerder genoemd. Wat als een 'groepsnorm' opgesteld wordt, kan makkelijk verworden tot een toetredingsvoorwaarde voor nieuwe marktpartijen. De voordelen van zelfregulering (vooral op het vlak van informatie en deskundigheid) worden dan wellicht overtroffen door de nadelen, zodat dit tegengestaan moet worden. Naast de ultieme controlemogelijkheid voor de wetgever, die immers altijd andersluidende eigen regels kan uitvaardigen, noem ik daartoe nog specifiek het creëren van de mogelijkheid om besluiten van de beroepsgroep terug te kunnen draaien.¹⁹⁹ Als deze en andere correctiemechanismen benut worden, dan is een ruime binding aan alternatieve regelgeving mijns inziens goed verdedigbaar en maatschappelijk wenselijk.

196. Zo pleit bijv. Bartman 2004, p. 126, voor een terughoudende opstelling van de rechter bij het gebruik van de Code Tabaksblat.

197. Vgl. op dit punt ook Stamhuis 2006, p. 38; Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 6; Choi/Gulati 2006, p. 1142; Weterings 2004, p. 139 en 144 (wijzend op het ontstaan van competitie tussen diverse belangengroepen), en Edgeworth 2003, p. 198. Bij het totstandkomen van wetgeving wordt er ook gelobbyd, maar dan concurreren de lobbyisten openlijk met elkaar. Dat lijkt bij zelfregulering minder het geval te zijn, vgl. hieromtrent Schwartz/Scott 1995, p. 637. Ook Snyder 2003, p. 433-434, wijst op de gevoeligheid voor invloed vanuit de sector; men zit gevangen in het web van de achterban.

198. Over het voorgaande Schroeder 2003, p. 276-277. Het punt van de marktmacht is ook nog te vinden bij Schepel 2005, p. 356.

199. Vgl. in dit kader art. 30 Advocatenwet, inzake de vernietiging bij KB van besluiten van de Orde.

Afronding

Afrondend merk ik nog op, aansluitend bij de hetgeen aan de start van deze paragraaf werd gesteld, dat de daadwerkelijke binding aan vormen van alternatieve regelgeving, in welke variant dan ook, niet alleen berust op een bepaalde gekozen grondslag daarvoor, maar mede afhankelijk is van de vraag of er een sanctie bestaat op niet-nakoming en of die sanctie vervolgens ook toegepast wordt.²⁰⁰ Voor de binnen een bepaalde sociale groep gemaakte afspraken staat in elk geval als sanctie open dat ex-communicatie bij niet-naleving een optie is. Dat is dan echter meteen ook een zware sanctie, wellicht zelfs wel de zwaarst denkbare.²⁰¹

3.3 Praktijk: medische protocollen

In § 1 kwam al aan de orde dat de aanwezigheid van een medisch protocol van belang kan zijn voor de vraag naar de eventuele aansprakelijkheid van de behandelend arts. Op het eerste gezicht is dat wellicht vreemd omdat over die protocollen ook gezegd wordt dat ze niet afdwingbaar zijn (ze hebben geen wettelijke status).²⁰² Hier wordt echter afdwingbaarheid te nauw verbonden aan de status van wettelijke regel. Immers, die afdwingbaarheid is ook langs andere wegen bereikbaar, zoals we al zagen. En dat betekent dat dergelijke protocollen wel degelijk juridisch relevant (kunnen) zijn.²⁰³

Die relevantie komt hierin tot uitdrukking dat bij de invulling van de (open) norm van een goed hulpverlener, de redelijk handelende arts, het handelen in overeenstemming met de professionele standaard (vgl. art. 7:453 BW in relatie met art. 7:401 BW en art. 6:74 BW) mede bepaald wordt door de inhoud van het protocol. Dat protocol vormt de 'meetlat waarlangs de rechter het handelen van de medicus legt'.²⁰⁴ Daarbij verdient opmerking dat – grof gezegd – nalaten het protocol te volgen niet per definitie tot aansprakelijkheid leiden zal (afwijken, gemotiveerd, is mogelijk, want de omstandigheden van het geval zijn bepalend), terwijl het wel volgen van een protocol niet per definitie als een vrijwaring tegen aansprake-

200. Dit punt raakt aan de kwestie dat soms het onderscheid in soorten of varianten van zelfregulering gemaakt wordt op basis van de 'mate' van binding aan die zelfregulering. Zie Oguis 2000, p. 589.

201. Zie nader § 5 en nu reeds Franken 2002, p. 305. Zie ook Van Schooten-van der Meer 1997, p. 177.

202. Biesaat/Gevers 1999, p. 6.

203. Zoals ook Biesaat/Gevers 1999, p. 6 en p. 16, erkennen. Een protocol biedt een toetsingskader aan de rechter. Vgl. tevens Giard 2005, p. 158.

204. Biesaat/Gevers 1999, p. 16 en 27. Zie ook De Groot 2006, p. 109 en p. 112.

lijkheid werkt (opnieuw omdat de bijzondere omstandigheden van het geval bepalend zijn).²⁰⁵

Deze regels inzake aansprakelijkheid zijn in dit kader van belang omdat daarmee tevens (in elk geval tot op zekere hoogte) de binding aan de normen in een protocol gegeven is.²⁰⁶ In een arrest van 2 maart 2001 is de Hoge Raad²⁰⁷ zonder zich al te zeer te bekommeren om de mogelijke theoretische aspecten, een heel eind op weg gegaan om de binding aan zelfregulerende normen als het ware te 'legaliseren' door daaraan (een zekere) bindende kracht te verschaffen.²⁰⁸

Het ging in deze zaak om een patiënt die na een knieoperatie trombose ontwikkelde. Op grond van een binnen het ziekenhuis vastgesteld protocol had bij de betreffende operatie een anti-stollingsmiddel moeten worden toegediend, maar dat was niet gebeurd. In cassatie overweegt de Hoge Raad:

'(...) Het hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de gegeven omstandigheden te oordelen dat het niet naleven van het protocol als een toerekenbare tekortkoming heeft te gelden. Het oordeel dat het onderhavige protocol berust op consensus tussen de Stichting M. en de aan de Stichting M. verbonden artsen met betrekking tot medisch verantwoord handelen, is in cassatie niet bestreden. Van Stichting M. c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien zulks in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Nu het niet toepassen van de door het protocol voorgeschreven behandeling uitsluitend te wijten was aan "vergeten" en dus van een beargumenteerde afwijking van voormeld voorschrift geen sprake was, behoeft het Hof niet in te gaan op de stelling van Stichting M. c.s. dat binnen de beroepsgroep als geheel verschil van inzicht bestond omtrent de in het protocol voorgeschreven behandeling.'

205. Zie hierna en voor nu reeds Buijsen 2000, p. 57, de conclusie ad 3.8.1 van Spier voor HR 1 april 2005, NJ 2006, 377 nt. Van Wijmen en HJS (X./ZAO), alsmede dat arrest zelf. Hulst 2002, vooral p. 448, lijkt de nuance (afwijken kan) te onderschatten. Afwijken moet mogelijk zijn omdat protocollen 'beslissingsondersteunend' zijn, zie Biesart/Gevers 1999, p. 18, p. 19 (flexibiliteit is noodzaak) en p. 22 e.v.

206. Dat in de literatuur gesteld wordt dat de richtlijnen een niet-verbindend karakter hebben, zie Biesart/Gevers 1999, p. 27, doet daaraan niet af, omdat via de invulling van de open aansprakelijkheidsnorm die binding wel aanwezig is, zie hierna.

207. HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 nt. Van Wijmen en JBMV (MC Leeuwarden/In 't Hout). Zie ook Asser-Vranken 2005, nr. 84, en De Groot 2006.

208. Voor de discussie hier kan dan in het midden blijven of een protocol getypeerd kan of moet worden als een veiligheidsnorm. Die vraag is vooral van belang voor causaliteitskwesties die hier niet aan bod hoeven komen omdat die kwesties de vraag naar de binding niet beroeren. Zie (tegen die kwalificatie) Hulst 2002.

Dit komt hierop neer dat een protocol intern bindend is voor de betrokken artsen. Voorschriften die men zelf opgesteld heeft, en waarover onderlinge consensus heerst, dient men in acht te nemen. Dat is alleen anders als afwijking in het belang van de patiënt is, zodat een protocol ook slechts in zoverre bindend is. Daarbij geldt dan uiteraard dat afwijken een goede reden en motivering vereist.²⁰⁹

De vraag *wie* gebonden is, is hiermee helder beantwoord. Gebonden zijn in elk geval het ziekenhuis en de daar werkzame artsen die het protocol hebben opgesteld. Het betreft immers een interne richtlijn. De *grondslag* voor de binding lijkt hier gelegen te zijn in de consensus die er heerste in de groep bij het opstellen van de voorschriften.²¹⁰ Op zich zou ook betoogd kunnen worden dat de binding in dit soort gevallen in zijn algemeenheid via de derde manier, de nadere invulling van een open norm, verloopt, in dit geval via de medisch-professionele standaard.²¹¹ Omdat echter dit specifieke protocol slechts een beperkt aantal personen (intern in het betreffende ziekenhuis) bindt, en ook niet meer beoogde, kunnen de voorschriften daaruit niet zonder meer als een algemeen geldende (landelijke) invulling van de open norm (handelen naar de medisch-professionele standaard) beschouwd worden.²¹² In dit geval vullen ze wel die standaard nader in, omdat dat zo is afgesproken, maar daartoe beperkt zich hun invloed. In de consensus is in casu derhalve de grond voor de binding gelegen. Afspraak is afspraak, ongeacht hoe men het protocol of de richtlijn precies noemt, en ongeacht de invulling van de open norm die zodoende natuurlijk ook plaatsvindt.²¹³ Omdat men het ook erover eens is dat het in het belang van de patiënt kan zijn dat er afgeweken wordt van de richtlijn, is die consensus bovendien bepalend voor het bestaan van die mogelijkheid van afwijking.

Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat andere protocollen of richtlijnen, bijvoorbeeld die welke geacht worden in breder verband (landelijk) te gelden,²¹⁴ juist wel langs de weg van de 'invulling van de open norm' bin-

209. Zo reeds Biersaart/Gevers 1999, p. 27.

210. Vgl. Van Wijnen (nr. 3.2) in zijn noot onder het arrest: de betrokkenen, althans een meerderheid van hen, dienen het eens te zijn.

211. Kastelein 2003, p. 92.

212. Ook De Groot 2006, p. 108-110, ziet de gebondenheid niet liggen in de professionele standaard, noch in de wijze van totstandkoming, noch in de openbaarmaking ervan. Het gaat hem om de stand van de wetenschap (p. 112-113). Die stand bepaalt of het protocol gevolgd moet worden.

213. Kastelein 2003, p. 97. Anders De Groot 2006, p. 113: de overeenkomst tussen arts en ziekenhuis bindt de arts niet jegens de patiënt, want die is geen partij. Dat laatste klopt, maar daaruit volgt m.i. niet dat deze zich niet erop zou kunnen beroepen dat de arts en het ziekenhuis een bepaalde afspraak hebben gemaakt.

214. In de conclusie van De Vries Leutsch-Kostense (nr. 8) voor HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 nt. Van Wijnen en JBMV (MC Leeuwarden/In 't Hout) wordt een aanzet gegeven voor een te maken onderscheid, maar omdat het hier om een geval ging waarin men vergeten was het protocol te volgen, was dat verder niet relevant. Als er in den brede medische consensus bestaat dan is afwijken van de norm wegens verschil van inzicht niet licht denkbaar.

dend worden. In wezen geldt daarbij ook steeds weer dat de consensus op medisch vlak (mede) maakt dat in beginsel het landelijke protocol gevolgd moet worden en dat die consensus ook behelst dat afwijken kan (en moet), mits dat beargumenteerd en in het belang van de patiënt gebeurt. Er dienen zich hier dus in wezen twee wijzen van binding aan, waarbij de 'open norm'-route naar het zich laat aanzien meer invloed zal krijgen als de consensus minder (sterk) is, bijvoorbeeld omdat de artsen een landelijk opgelegde richtlijn moeten volgen en geen eigengemaakte, interne afspraak naleven.

Naast dit alles staat natuurlijk nog het gegeven dat ook een derde, de patiënt, rechten aan de interne norm kan ontfangen. In die zin kan men zeggen dat het protocol ook jegens die partij, een derde, bindend is, 'derdenwerking' heeft. Het protocol schept overigens alleen rechten, geen plichten voor de patiënten, zodat de bindingsvraag feitelijk niet relevant zal zijn vanuit patiëntenperspectief.²¹⁵

Op het eerste gezicht contrair aan hetgeen zojuist naar voren is gebracht, betoogt Van Wijmen in zijn noot onder het arrest dat richtlijnen (waartoe protocollen behoren) niet verbindend zijn. Het zijn onverbindende handelingsinstructies, omdat de arts er van af mag wijken.²¹⁶ Strikt genomen is dat juist maar enkel als 'verbindend' hier gelezen moet worden als 'immer en altijd bindend'. Daarbij ziet die stelling er aan voorbij dat de arts in principe gebonden is de richtlijn te volgen, tenzij hij kan (of medisch gezien zelfs moet) verantwoorden dat dat in een bepaald geval niet behoort. Men is dus weldegelijk gebonden, en het heeft ook juridische gevolgen als men zonder meer (zonder gedegen argumentatie) anders handelt. Spreken over een 'onverbindend voorschrift' lijkt geen recht te doen aan de bestaande maatschappelijke realiteit waarin protocollen werken en binden. Dat geldt zelfs als het al zo zou zijn dat het 'in een rechtsstaat toch moeilijk aanvaardbaar' is om rechtskracht aan dit soort regels te geven.²¹⁷

Samenvattend geldt: artsen zijn gebonden aan een onderling afgesproken protocol. Zo'n protocol heeft daarmee ook gevolgen voor derden, de patiënten. Die kunnen zich erop beroepen. Dat zal vooral spelen als er iets mis is gegaan, als de arts het protocol genegeerd heeft, met alle (aansprakelijkheids)gevolgen van dien.

215. Vgl. Korthals Altes 2005, p. 920.

216. Zie zijn noot onder HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377 (X./ZAO), en De Groot 2006, p. 112 (ondersteunende functie).

217. De tegenwerping is van De Groot 2006, p. 110, die de bedoelde realiteit lijkt te willen 'wegpoetsen' door grote woorden (de rechtsstaat) in de strijd te werpen, maar vervolgens niet aanvoert waarom 'de rechtsstaat' hier in gevaar zou zijn.

3.4 Praktijk: procesrechtelijke alternatieve regelgeving

Inleiding

In het burgerlijk procesrecht is al enige tijd een toename in het gebruik van zelfreguleringsinstrumenten zichtbaar (§ 2.5). Gegeven het voorgaande theoretische kader, laat zich ook hier de vraag stellen *in hoeverre* de resultaten van rechterlijke samenwerking (rechtersregelingen) bindend zijn, en *voor wie* deze dan bindend zijn.²¹⁸ Daarbij doel ik in eerste instantie op de binding voor de gereguleerde groep, de rechterlijke macht derhalve. Maar bij dit soort regelingen is ook interessant in hoeverre buitenstaanders, derden, de procespartijen en hun advocaten, aan de betreffende regels gehouden kunnen worden, en of zij op hun beurt de rechterlijke macht aan die regels kunnen houden.

De vraag naar de eventuele binding van de rechter kent geen evident antwoord, zo lijkt het. Loth schrijft dat rechterlijke samenwerking in de vorm van richtlijnen dienstbaar kan zijn (in het kader van het bereiken van rechtseenheid) maar dat daarvoor dan wel nodig is dat die richtlijnen 'een adviserend, flexibel en open karakter hebben'.²¹⁹ Binding is daarmee uit den boze. Dat is ook de opvatting van Mak, die vreest dat de rechterlijke onafhankelijkheid in het geding is.²²⁰ Het is echter de vraag of dat alles wel helemaal juist en acceptabel is,²²¹ ook omdat we al eerder (§ 3.2) hebben gezien dat binding uiteindelijk toch, ook als het bestaan ervan ontkend wordt, van belang is.

De stand van zaken momenteel

Het proefschrift van Teuben vormt een belangrijke leidraad bij beantwoording van de hiervoor geïdentificeerde vraag. Allereerst concludeert zij dat de onafhankelijkheid van de rechter zoals verankerd in art. 6 EVRM in elk

218. De *bevoegdheid* van de rechter om rechtersregelingen te ontwikkelen (let wel: dat is iets anders dan de *bindende kracht* van die regelingen voor rechters en partijen, vgl. Teuben 2004, p. 93) steunt niet op de bevoegdheid om recht te spreken in concrete geschillen (Teuben 2004, p. 94), maar op het feit dat de wetgever de rechter beslissingsruimte heeft gegeven (*ident*). Stun voor het bestaan van deze bevoegdheid is ook te ontleen aan art. 35 Rv, en aan art. 23 lid 3 en 94 RO, waarover Teuben 2004, p. 96.

219. Loth 2005, p. 683, alsmede Loth 2001, p. 118-119.

220. Mak 2006, m.n. p. 378. Snijders 2001, p. 17-18 en p. 30, plaatst het 'leerstuk' in termen van onafhankelijkheid versus rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, en spreekt vervolgens uit (p. 23-24) dat ook hij een gevaar voor de onafhankelijkheid van de rechter ziet.

221. Zie bijv. Köhne 2000, p. 139 (dat rechterlijke afspraken geen binding zouden hebben, is onaannemelijk) en Snijders 2001, p. 31 (geen onoverkomelijke problemen met binding). Loth 2001, p. 118, is tegen binding.

geval niet aan binding van de rechter aan een rechtersregeling in de weg staat.²²² Dat is alvast een eerste stap.

Vervolgens komt naar voren dat via het *rolrichtlijnen*-arrest van de Hoge Raad aanvaard is dat dit soort regelingen inderdaad kunnen binden.²²³ Het gaat dan om zogenaamde 'zelfbinding': het vaststellen van regels dient te geschieden binnen de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid, door de ter zake bevoegde rechters. De grondslag voor de binding vormen de beginselen van behoorlijke rechtspleging, vooral het gelijkheidsbeginsel. Naast die zelfbinding is dan nog relevant dat de regels voldoende bekend zijn gemaakt,²²⁴ dat die binding niet absoluut is (deze strekt tot de grens van de beslissingsruimte van de rechter, en afwijken ervan is toegestaan)²²⁵ en dat het gaat om 'voorafgaande' binding (het gaat om keuzes die voorafgaand aan een geschil gemaakt worden, anders dan bij precedentwerking).²²⁶ Uiteindelijk loopt de binding van de rechter aan een rechtersregeling hier min of meer parallel met het zijn van 'recht' in de zin van art. 79 RO.²²⁷

Excursie: een blik op art. 79 RO

Gegeven het voorgaande wordt de vraag relevant wanneer er sprake kan zijn van recht in de zin van art. 79 RO. Deze vraag is in de rechtspraak regelmatig aan bod geweest en in de literatuur ook recent nog uitvoerig beschreven.²²⁸ Kort gezegd komt het systeem hierop neer. Een regeling is als recht in de zin van art. 79 RO te beschouwen indien er sprake is van 'naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemeene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in den zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent'.²²⁹

Materieel is de norm sindsdien niet gewijzigd en is derhalve nodig dat er een wettelijke grondslag aanwezig is, dat het een naar buiten werkende,

222. Teuben 2004, p. 31 en p. 53.

223. HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS (Rolrichtlijnen); Teuben 2004, p. 103, en § 2.9. Daarbij verdient nog opmerking dat Teuben (2004, p. 9) een ruime omschrijving van binding hanteert.

224. Teuben 2004, p. 103-104. De relatie met art. 79 RO is vrij nauw, omdat de twee genoemde eisen ook in dat kader gesteld worden, maar binding volgt niet uit het zijn van 'recht' in de zin van die bepaling (*i.a.p.*, p. 104-105).

225. Teuben 2004, p. 105-107. Vgl. ook de al besproken medische protocollen; niet iedereen is gebonden.

226. Teuben 2004, p. 107.

227. Zie Teuben 2004, p. 126 en 127, en in die richting ook al p. 114, voortbouwend op het betoog op p. 104-105. Op p. 129 wordt nog een additionele voorwaarde toegevoegd welke het verschil markeert tussen binding en 'recht' zijn.

228. Teuben 2004, p. 56 e.v.; Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen), nr. 74 e.v.

229. De norm stamt uit twee arresten van de strafkamer van de Hoge Raad, zie HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, 647 en *NJ* 1919, 650.

algemene regeling betreft en dat deze genoegzaam bekend is gemaakt.²³⁰ Een algemeen verbindend verklaarde CAO valt bijvoorbeeld onder deze norm, net als de Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1995.²³¹

Specifiek voor rechtshandelingen en daarmee voor alternatieve regelgeving in bredere zin lijkt hier vooral het zogenaamde *Rolrichtlijnen*-arrest van de Hoge Raad van belang. In dat arrest werd beslist, kort gezegd, dat niet alleen beleidsregels van het bestuur,²³² maar ook rolrichtlijnen onder de noemer 'recht' konden vallen, hoewel deze niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid gegeven zijn. De reden om ze toch als recht te beschouwen, is dat deze rolrichtlijnen de rechter wel binden op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging en naar hun inhoud en strekking als rechtsregels kunnen worden toegepast, terwijl zij voorts behoorlijk bekend zijn gemaakt.²³³

Of aan deze uitspraak ook in breder verband en voor andere vormen van alternatieve regelgeving veel belang gehecht mag worden, kan echter betwijfeld worden. Immers, voor de alimentatienormen (aanbevelingen van de NVvR) ontkent de rechtspraak dat deze 'recht' zouden zijn.²³⁴ En hetzelfde geldt voor het Liquidatietarief rechtbanken en hoven (na overleg tussen NVvR en NOvA tot stand gekomen).²³⁵ Ook sprak de Hoge Raad zich in vergelijkbare, negatieve zin uit waar het ging om een andere vorm van private regelgeving, namelijk ten aanzien van het Reglement voor de handel op de optiebeurs (RHO):²³⁶

'3.5.3. Onderdeel 3.2.2 neemt tot uitgangspunt dat het RHO recht in de zin van art. 79 RO behelst, maar dat is niet het geval. Het RHO, dat private regelgeving betreft, voldoet niet aan de in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde criteria om van recht in vorenbedoelde zin te kunnen spreken.'

230. Zie recent HR 24 november 2006, *RvdW* 2006, 1109 (Renzenbrink/Van Lanschot Bankiers).

231. Zie Teuben 2004, p. 58 (noot 13); Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen), nr. 74; de conclusie van A-G Verkade (nr. 4.1 t/m 4.14) voor IIR 20 oktober 2006, *NJ* 2006, 573 (X./De Vereniging), en HR 24 november 2006, *RvdW* 2006, 1109 (Renzenbrink/Van Lanschot Bankiers).

232. Zie daarover Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen), nr. 79, en Teuben 2004, p. 62 c.v.

233. Zo de parafraze van A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie, nr. 2.17, voor HR 24 februari 2006, *NJ* 2006, 302 (ACM/Albert Heijn), uiteraard verwijzend naar IIR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS (De Nieuwe Woning/Staat). Zie ook HR 4 april 1997, *NJ* 1998, 220 (Van Schaik/Verboom-Hekman); IIR 23 april 2004, *NJ* 2004, 350 (B./II.); Teuben 2004, p. 59-61, en Lindijer 2006, p. 301-303.

234. Zie HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30 (M./H.). Datzelfde is het geval ten aanzien van de Trema-normen (die bepalend zijn voor iemands draagkracht bij het vaststellen van de hoogte van de alimentatie), aldus IIR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 365 (B./Gemeente A.).

235. HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571 (Lindenboom/Beusmans). Zie over het voorgaande ook Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen), nr. 79.

236. HR 11 juni 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.F. du Perron (Kouwenberg/Rabobank).

Waarom het RHO dan niet voldoet aan de criteria, wordt hier niet nader toegelicht, ook niet door de A-G. De enige hier vermelde reden is dat het 'private regelgeving' betreft. Dat is op zichzelf echter ook bij de voornoemde rolrichtlijnen het geval zodat daarin mijns inziens geen dragende reden gelegen kan zijn.²³⁷

Relevant is hier waarschijnlijk vooral dat de reikwijdte van art. 79 RO samenhangt met de taakopvatting van de Hoge Raad. Wil hij bepaalde kwesties aan zich trekken of juist niet, bijvoorbeeld om de uniforme uitleg en toepassing te bewaken?²³⁸ Zo ja, dan is het noodzakelijk om ervan uit te gaan dat de betreffende regeling 'recht' is. Wil hij dat niet, dan is kwalificatie als 'recht' niet nodig.²³⁹ Dit betekent ook dat het uiteindelijk aan de Hoge Raad is om te bepalen – en liefst daarover een eigen intern beleid te ontwikkelen – of deze zich wel of niet iets gelegen zal laten liggen aan alternatieve regelgeving, of hij daarover controle wil uitoefenen of niet.²⁴⁰

Terug naar het hoofdspoor: gevolgen voor de binding aan rechtersregelingen

Dit gezegd zijnde, moet vervolgens bekeken worden hoe ver dit alles nu strekt. Kunnen andere rechtersregelingen dan de door de uitspraak van de Hoge Raad gedekte rolreglementen onder de werking van de in dit arrest neergelegde regels vallen? Voor Teuben is de mogelijkheid van binding ook aanwezig bij andere rechtersregelingen die *beleidsruimte* invullen. Waar het echter gaat om regelingen inzake *interpretatieruimte*²⁴¹ komt deze vraag uiteindelijk neer op een *keuze* tussen het benadrukken van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en consistentie, die hier via de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging een rol spelen, en het vasthouden aan de essentie van de rechtsprekende taak van de rechter (het beslissen in concrete geschillen door toepassing van rechtsregels). Dat laatste aspect geeft voor haar de doorslag, zodat er in dat geval géén binding kan zijn. Uiter-

237. Tenzij de Hoge Raad intern een strikt afgebakende, niet geopenbaarde definitie van private regelgeving beruut waaraan het ene geval wel en het andere niet voldoet. Ik waag te betwijfelen dat dat het geval is.

238. Expliciet in die zin Teuben 2004, p. 58, en in algemenere zin Barendrecht 1998. De mas-saliteit van de groep die eraan gebonden is (het belang van de regeling) zal daarbij een belangrijke rol spelen.

239. Vooral t.a.v. de alimentatienormen zal dat gespeeld hebben, want daarmee zou een bulk aan zaken zijn binnengehaald, zie ook Teuben 2004, p. 101.

240. Uiteraard heeft ook de Raad voor de Rechtspraak (RvdR) nog een taak als het om de rechtsovereenstemming gaat, zie art. 94 RO, maar de uitleg die aan dat artikel en de daarin gelogen bevoegdheid wordt gegeven, maakt dat die taak eigenlijk weinig kan voorstellen, vgl. De Commissie Deetman 2006, p. 19-20.

241. Ik kan het verschil hier niet uitwerken, zie Teuben 2004, p. 81-83: bij beleidsruimte is er de keuze uit meerdere juridisch juiste alternatieven, bij interpretatieruimte is er slechts één rechtens juist alternatief, alleen is er discussie over welk dat is.

aard wordt de ruimte die er is voor bindende rechtersregelingen zodoende sterk beperkt door Teuben.

Gezien mijn opvatting over de taak van de rechter – zie § 4.3, en in het volle besef dat iedereen hierin een eigen positie zal innemen – zou ik hier zelf anders oordelen. Wat mij betreft kan een rechter zich wél zodanig binden dat op voorhand de mogelijkheid om in het kader van een geschil een rechtsvraag nog (anders) te beantwoorden, verloren is gegaan.²⁴² Rechtsvorming hoeft wat mij betreft dan ook niet gekoppeld te zijn aan een concreet geschil.²⁴³ Daarbij speelt ook een rol dat ik – het gaat hier om een keuze, zo hield Teuben ons al voor – de andere genoemde wegingsfactor (rechtszekerheid, gelijkheid en consistentie) zo belangrijk vind, mede in het licht van de ontwikkeling van alternatieve regelgeving in het algemeen, dat ik voor een ruim begrip rechtersregeling en voor een ruime(re) mate van binding zou willen pleiten, ongeacht het bezwaar van het verlies aan onafhankelijkheid. Mijns inziens speelt dat gevaar namelijk geen wezenlijke rol zolang de nicuwe algemene regeling onafhankelijk tot stand komt, en dat is het geval (althans, kan het geval zijn).²⁴⁴

Bij het voorgaande verdient nog opmerking dat de rechtersregelingen die niet via de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging en/of de band van art. 79 RO recht zijn en (zelf)bindend zijn, in de visie van Teuben alsnog bindend kunnen worden via de ('normale') precedentwerking²⁴⁵ van rechterlijke uitspraken.²⁴⁶

Wat mij betreft gaat het bij deze precedentwerking om een vorm van binding die gelijk is aan de eerder (§ 3.2) als derde mogelijke grondslag van binding opgevoerde methode. Immers, Teuben ziet de precedentbinding van een rechtersregeling als de binding aan een (gewone) uitspraak van een rechter waarin die rechtersregeling toegepast wordt.²⁴⁷ Het gaat er derhalve om dat een rechter de regeling in kwestie toepast bij de invulling van een (open) norm en de regeling zodoende juridische binding geeft. Dit versterkt uiteraard de reeds eerder in § 2.9 uitgesproken relativering van het belang van art. 79 RO voor onze discussie. Dat artikel zal de (toenemende) invloed van alternatieve regelgeving niet kunnen tegengaan.

Ik laat die precedentwerking verder voor wat zij is en concentreer me op de vraag hoe ver de binding aan rechtersregelingen gaat als die loopt via

242. Ik draai hier Teubens (2004, p. 124) argumentatie om. Daarbij laat ik net als zij (vgl. p. 120) ruimte voor de mogelijkheid van afwijking van de richtlijn in bijzondere gevallen. Anders: Mak 2006, p. 378-379.

243. Zie § 4.3, en vooral Giesen/Schelhaas 2006, doch ook al Vranken/Giesen 2003 en Giesen 2002.

244. Polak 1985, p. 373, pleitte ook al voor meer samenwerking tussen rechters.

245. Teuben 2004, p. 232 en p. 296, met uitwerking daarvan in de hoofdstuk 7 en 8. Zo ook Snijders 2001, p. 25 en p. 30-31.

246. Teuben 2004, p. 306 (t.a.v. de Hoge Raad) en p. 308 (t.a.v. de Hoven).

247. Teuben 2004, p. 295, p. 302, p. 314, en met voorbeeld op p. 307.

de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging en/of art. 79 RO. Daarbij staat voor Teuben voorop dat de binding beperkt is tot de beslissingsruimte die er oorspronkelijk was. Waar er ruimte was die door de regeling is ingekaderd, daar kan binding zijn. Daarbuiten niet. Het gaat hier dus om de bevoegdheid tot een regeling te komen.²⁴⁸

Wat mij betreft moet de term 'bevoegdheid' hier niet al te strikt gezien worden. Waar er behoefte is aan een snel tot stand te brengen uniforme en consistente regeling om eindeloos procederen over technicaliteiten te voorkomen, mag die er wat mij betreft komen ongeacht of de opsteller ervan 'bevoegd' is in die zin dat deze zijn eigen beslissingsruimte invult. Deze insteek is mede mogelijk omdat ook in dat geval de binding van de rechter in wezen beperkt is doordat die rechter uiteindelijk altijd de ruimte heeft en moet hebben om van de regeling af te kunnen wijken, net zoals we dat gezien hebben bij de medische protocollen. Waar de omstandigheden erom vragen, is afwijken mogelijk. Die lijn – het betreft een inherente afwijkingsbevoegdheid, maar die mag niet te snel benut worden en dient gemotiveerd te worden – is mijns inziens helder en behoeft geen nadere uitwerking.²⁴⁹

Binding van derden

Ten aanzien van de medische protocollen zagen we al dat de artsen gebonden (kunnen) raken aan een protocol en dat zo'n protocol daarmee ook gevolgen heeft (of kan hebben) voor derden, de patiënten. Die kunnen zich erop beroepen en dat zal vooral spelen als de arts het protocol genegeerd heeft. Hoe zit dat bij rechtersregelingen?²⁵⁰

De rechters die de regeling hebben opgesteld, zijn uiteraard zelf daaraan gebonden (het gaat nog steeds om 'zelfbinding'). Zij zijn dat ook ten opzichte van de partijen. Die partijen kunnen daarop ook aanspraak maken jegens de rechter (van het betreffende gerecht dat de regeling hanteert) op basis van het vertrouwensbeginsel.²⁵¹ Zijn eigen, tevoren gemaakte afspraken zal ook de rechter moeten nakomen. Sterker nog, hij zal dat ook ambts-halve moeten.²⁵²

De keerzijde hiervan is echter dat de rechter, in elk geval feitelijk, ook van partijen kan verlangen dat die zich aan de normen uit de betreffende

248. Teuben 2004, p. 180 en eerder al p. 96 e.v.

249. Zie nader Teuben 2004, p. 181 e.v.

250. Daarover Teuben 2004, p. 186 e.v.

251. Formeel gezien kan de ene rechter de andere niet binden aan een rechtersregeling, ook niet binnen hetzelfde gerecht, maar naar partijen toe maakt dat niet uit vanwege het vertrouwensbeginsel, zie Teuben 2004, p. 188.

252. Zo concludeert Teuben 2004, p. 229. Zie ook Lindijer 2006, p. 73, die overigens ruimte ziet voor de rechter om er alsnog vanaf te kunnen wijken op basis van de goede procesorde (zie ook p. 90-91).

regeling houden. Dat wordt ook in die documenten opgenomen (vgl. bijv. art. 1.3 en 1.5 Landelijk rolreglement). En omdat de rechter dit (opnieuw op basis van het vertrouwensbeginsel) van beide partijen mag verlangen, geldt hetzelfde tussen beide partijen onderling.²⁵³

Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat rechtersregelingen bindend kunnen zijn voor rechters, de opstellers ervan, maar ook voor de externe gebruikers, de procespartijen. Daaraan zijn wel nog wat haken en ogen verbonden zodat een vrij diffuus systeem van 'wanneer wel, wanneer niet' dreigt te ontstaan. Of dat werkelijk gebeurt, hangt echter ook af van de ruimte die iemand wil bieden en dat wordt weer bepaald door iemands opvatting inzake de taak van de (cassatie)rechter. En daarmee is de verbinding naar het vervolg, rechtsvorming via alternatieve regelgeving, gelegd.

4 Alternatieve regelgeving en rechtsvorming

4.1 Inleiding

Recent is de stelling ingenomen dat statelijke rechtsvorming meer en meer plaats moet maken voor maatschappelijke rechtsvorming.²⁵⁴ Steeds meer actoren dragen bij aan de (niet meer hiërarchisch gerangschikte) rechtsontwikkeling, zodat de gewone wetgever niet langer exclusief is,²⁵⁵ als dat ooit al het geval is geweest. Ook Scholten gaf immers al een plek aan het maatschappelijk gebeuren bij de rechtsvinding.²⁵⁶ Tegelijk zien we dat er nu al op allerlei terreinen 'alternatieve regelgevers' functioneren en deze ook rechtsvormend opereren.²⁵⁷

Ook is de tendens zichtbaar dat er bij alternatieve regelgeving vaak een wens bestaat om een eigen conflictoplossingsstelsel op te zetten als alternatief voor de gang naar de gewone rechter.²⁵⁸ Deze ontwikkeling betekent

253. Teuben 2004, vooral p. 195-196. Beide partijen mogen er in gelijke mate op vertrouwen dat de rechter de regeling toepast ten opzichte van hun beide. Uiteraard gaan de opgelegde plichten niet verder dan de wet toestaat. Vgl. verder nog Köhne 2000, p. 138.

254. Witteveen/Gribnau 2005, p. 3.

255. Hirsch Ballin 1999, p. 26-27.

256. Asser-Scholten 1974, p. 116. Hij bespreekt daar de rol van de notie van de 'eisen van het verkeer' in de rechtsvinding. Vgl. ook nog p. 119, alwaar het belang van maatschappelijke feiten wordt herhaald en aangegeven wordt dat de rechter hier veel ruimte heeft. Zie verder in gelijke zin Snijders 2005, p. 82.

257. Het is onmiskenbaar dat bijv. de kantonrechtersformule of de alimentatienormen rechtsvormend zijn (gewoest), zie ook Barendrecht 2005, p. 341-342 (opsomming van alternatieve 'rechtsvormers').

258. Vgl. ICC 1984, p. 13 en Strömholm 1971.

ook, net als bij mediation,²⁵⁹ dat er soms minder rechtsvorming via de gewone rechter kan en zal (gaan) plaatsvinden dan nu (nog) het geval is, simpelweg omdat bij de civiele rechter minder zaken ter beslissing terechtkomen. Dat is op zich geen ramp – voor de overbelaste rechtbanken is het wellicht zelfs een zegen – maar bedacht dient wel te worden dat als er (te) veel buiten de rechter om gebeurt, de techniek om met open normen te werken kan leiden tot onzekerheid over de stand van het recht.²⁶⁰ Er vindt dan namelijk (te) weinig invulling van die open normen plaats zodat er te weinig zekerheid geschapen wordt.

De vraag die uit beide voortvloeit, is dan: waar komt de rechtsvorming vandaan, en voor zover die ontbreekt, waar kan die rechtsvorming dan eventueel wel vandaan komen? Vranken betoogt dat we de gangbare verdeling van rechtsvorming tussen rechter en wetgever op de schop moeten nemen en particuliere rechtsvormers een plaats moeten geven. Alternatieve regelgeving is daarmee dus het (althans: een) antwoord.²⁶¹

Daaraan voorafgaand rijst echter nog de vraag hoe rechtsvorming binnen een vorm van zelfregulering (ik noem dat verder 'interne rechtsvorming') geschieden kan. Ik heb het dan over de vraag wie de regels van de gedragscode, de leidraad, de handleiding, etc., kan of mag uitleggen en hoe dat zou moeten geschieden. Als er sprake is van een geschilbeslechter die verbonden is aan de zelfreguleringsvariant, dan zal het aan die geschilbeslechter zijn om de code, de leidraad, het model of het reglement uit te leggen. Hoe ver deze uitleg dan kan gaan, is echter onbekend. Mag de eigen geschilbeslechter de normen ruim(er) uitleggen of is dat een inbreuk op de gemaakte afspraken en/of past dat niet binnen hetgeen waaraan de deelnemers zich gebonden hebben?

De vraag die ik hierna bespreek, is deze: wat voor een invloed heeft alternatieve regelgeving op de (externe) rechtsvorming langs de gewone rechtsvormende kanalen van wetgever en rechter (§ 4.3). Daarna ga ik specifiek in op de medische protocollen (§ 4.4) en de rechtersregelingen (§ 4.5) als voorbeelden van alternatieve regelgeving.

4.2 Interne rechtsvorming

[Deze paragraaf is niet in dit proefschrift opgenomen, maar is wel te vinden in de uitvoeriger versie ervan die onder de titel 'Alternatieve regelgeving en privaatrecht' in de reeks Monografieën Privaatrecht zal verschijnen (Kluwer: Deventer 2007)]

259. Zie daarover Vranken 2001, m.n. p. 249 (met verdere verwijzingen).

260. Strömholm 1971, p. 234. Zie ook nog Giesen 2004, p. 161.

261. Vranken 2001, p. 252.

4.3 Theorie inzake (externe) rechtsvorming

Introductie

De tweede centrale vraag van dit onderzoek betreft de mogelijke invloed van alternatieve regelgeving op de reguliere privaatrechtelijke rechtsvorming. Daarmee wordt een lastig thema aangeroerd, een dilemma, in de woorden van Lindahl:

*'wordt private regelgeving als rechtsvormend aangemerkt, dan ligt het gevaar van corporatisme op de loer: wordt aan private regelgeving geen rechtsvormend statuut verleend, dan smooit men maatschappelijke initiatieven in de kiem alsmede hun bijdrage aan de bindende kracht van algemene rechtsnormen.'*²⁶²

Iets concreter gaat het er hier om te bepalen waar de grenzen liggen van wat via alternatieve regelgeving te bereiken is; hoe ver kan die vorm van regulering reiken als het gaat om (invloed op) de rechtsontwikkeling. Om die invloed (goed) te kunnen duiden, dient eerst een 'standaardmodel' (als dat al zou bestaan) van rechtsvorming geschetst te worden. Daarbij wordt stevig geabstraheerd van behoorlijk wat nuances. Het gaat hier om een eenvoudige weergave van een complex verhaal. Vervolgens kan dan, met wellicht iets meer nuance, de invloed van het nieuw in te brengen facet, hier: alternatieve regelgeving, op dat standaardmodel aangegeven worden.

*Een 'standaardplaatje' inzake rechtsvorming*²⁶³

De wetgever is van oorsprong de belangrijkste rechtsvormer. Hij heeft de wetten en het wettelijk systeem ontworpen en zo het kader aangegeven waarbinnen de rechter mag en kan opereren. Nieuwe wettelijke bepalingen komen niet dan na een uitgebreide parlementaire controle en discussie tot stand.²⁶⁴

Soms zijn deze nieuwe regels echter niet werkelijk nieuw, en is de rechtsvorming te danken aan een andere actor. Zo is een aantal uitspraken van de Hoge Raad omgezet in een artikel in het nieuwe BW, zodat de wetgever niet werkelijk het recht 'vormde', maar slechts bestaande regels codificeerde.²⁶⁵

262. Lindahl 2006, p. 39.

263. Het navolgende put ik uit Giesen/Schelhaas 2006. Met dank aan Harriët Schelhaas.

264. De laatste decennia is de Europese wetgever uiteraard steeds belangrijker geworden.

265. In de woorden van Nieuwenhuis 2000, p. 687: 'De hoogste staat van genade die een arrest van de Hoge Raad kan bereiken, is te worden verheven tot wet.'

De wetgever realiseert zich dat hij niet de enige rechtsvormer is. Nadrukkelijk heeft deze bijvoorbeeld op diverse plekken in het BW vage normen opgenomen, om de rechtsontwikkeling te faciliteren en ruimte te geven aan rechterlijke rechtsvorming.²⁶⁶ We zullen overigens nog zien dat er daarmee ook ruimte is gegeven aan rechtsvorming door alternatieve regelgeving. Bovendien worden baanbrekende, en dus rechtsvormende, rechterlijke uitspraken nauwlettend gevolgd en wordt ook gereageerd op tendensen in de jurisprudentie. Naar aanleiding van diverse uitspraken van met name de Hoge Raad werd en wordt de vraag gesteld of een rechtsvormende Hoge Raad bij bepaalde kwesties een halt moest worden toegevoerd ten faveure van de wetgever, om zo ongewenste rechtsvormende ontwikkelingen in de rechtspraak tegen te gaan.

Kortom, de wetgever is traditioneel de rechtsvormer bij uitstek. Hij erkent echter ook dat de rechter, de Hoge Raad dan vooral, rechtsvorming bedrijft. De wetgever vraagt zich constant af of bepaalde rechtsvormende acties, in de zin van baanbrekende jurisprudentie, bijstelling behoeven. Dit brengt direct het spanningsveld tussen de beide rechtsvormers aan het licht.

Met het voorgaande zijn we vanzelf ook bij die andere rechtsvormer, de rechter, aanbeland. De traditionele rol van de rechter is die van geschillenbeslechter in een concrete zaak. Voor de Hoge Raad ligt dit wellicht enigszins anders omdat hij zich vooral met abstracte rechtsvragen bezig houdt, maar ook die rechtsvragen vloeien uit concrete zaken voort, zodat ook op het hoogste niveau het individuele geval nog steeds de toon zet.²⁶⁷ Inmiddels wordt echter ook breed erkend dat de (civiele) rechter, en dan met name de Hoge Raad, zich niet beperkt tot individuele gevallen maar aan algemene rechtsvorming doet, en de rechtsontwikkeling in abstracto stuurt.²⁶⁸ Dat gaat inmiddels zelfs zo ver dat als over rechtsvorming wordt gesproken, het vrijwel automatisch over de positie van de rechter gaat. Gevolg van een en ander is natuurlijk wel dat er onenigheid bestaat over hoe ver de rechtsvormende taak van de Hoge Raad dan reikt of zou moeten reiken.

En daarmee betreden wij opnieuw een spanningsveld: aan de ene kant gaat het om uitspraken in concrete zaken en aan de andere kant om rechtsvorming op een algemeen niveau, via algemene regels. Te dien aanzien heeft de Hoge Raad in het *Kindertaxi*-arrest²⁶⁹ gedeeltelijk laten doorschemeren, voor zover dat mogelijk is in één arrest, hoe hij hier zelf tegenaan kijkt.

266. Vgl. Martens 2000, p. 748, en recent Struycken 2007, p. 763-764.

267. Vgl. bijv. ook Sieburgh 2005, p. 906 e.v.

268. Zie bijv. Snijders 2001, p. 21; Asser 2005, p. 223, met verdere verwijzingen, en Scheltema 2006, p. 196.

269. Zie HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (*Kindertaxi*).

Het is aan de wetgever – en niet aan de rechter – aldus de Hoge Raad zelf, om na te denken en te beslissen over het *systeem* van het recht, de *afbakening* van gevallen en de *gevolgen* van bepaalde besluiten (de rechts-politieke grenzen daarvan). Zodoende blijft staan dat de hoogste rechter – als we deze drie redenen onder één noemer scharen – ervoor kiest om recht te doen in *een individueel geschil*.²⁷⁰ Als dat een juist uitgangspunt is, dan is het inderdaad niet aan de rechter om het systeem, de afbakening en de gevolgen van bepaalde keuzes door te rekenen. De achterliggende en tegenwoordig steeds vaker gestelde vraag is echter of dit inderdaad een gewenste situatie is: zou de rechter zich inderdaad moeten beperken tot rechtspreken in concreto in plaats van regelgeving in abstracto?²⁷¹

Ik ga dat debat hier niet oprakelen – ik meen datieder hier een eigen keuze te maken heeft – maar herinner er slechts aan dat ik zelf eerder²⁷² al aangegeven heb dat *geen* wenselijke uitkomst te vinden. Het betrof toen overigens een ten dele anders liggende kwestie dan die welke hier voorligt. Het gaat er nu immers om dat ‘de rechtsvorming’ in Nederland inmiddels nog een (derde...?) ‘speler’ verwelkomen mag, namelijk ‘de maatschappelijke groepering of organisatie’ die via de introductie van bepaalde normen via het concept van alternatieve regelgeving een rol speelt of wenst te spelen.²⁷³

Meer specifiek is de vraag die rijst of er sprake is of kan gaan zijn van concurrentie²⁷⁴ met de oorspronkelijke twee rechtsvormers, wetgever en rechter. Dat deze vraag een problematische is, blijkt bijvoorbeeld al hieruit dat zelfs de verhouding wetgever/rechter nog niet uitgekristalliseerd is.²⁷⁵ Als mogelijke oplossing of uitweg zou aan ‘meer en nauwere samenwerking’ gedacht kunnen worden,²⁷⁶ en wellicht is dat een denkrichting die ook nog steeds opgeld doet als ‘het maatschappelijke veld’ zich ermee gaat bemoeien als derde (in potentie grote) speler. Daarmee lopen we echter op de zaken vooruit (zie hierna § 4.6). Wat eerst nog open staat, is een nadere probleemanalyse van de situatie waarin die derde speler inderdaad betrokken raakt.

270. Zie ook Hoge Raad 2005, op p. 8, alsmede Haak 2000, p. 713.

271. Zie Vranken/Giesen 2003, p. 11-12. Anders bijv. Loth 2001, p. 115; Sieburgh 2005, p. 906 e.v.; Asser 2005, p. 227, en Struycken 2007, p. 765.

272. Zie Giesen/Schelhaas 2006.

273. Vgl. ook Freeman 2000, p. 674. Uiteraard ga ik er dan aan voorbij dat er ook nog internationale ‘spelers’ actief zijn, vgl. bijv. Edgeworth 2003, p. 176 e.v.

274. De term ‘concurrerende rechtsvorming’ leen ik van De Lange 1999, die dit beeld overigens gebruikt voor de verhouding wetgever/rechter.

275. Giesen/Schelhaas 2006, p. 159-161 en p. 165-167.

276. Nogmaals Giesen/Schelhaas 2006, vooral p. 167 e.v.

Rechtsvorming en de invloed van alternatieve regelgeving: de brugfunctie en een parallel pad met de bindingsvraag

Als 'maatschappelijke groeperingen', te weten zij die alternatieve regelgeving ontwerpen en (doen) gebruiken, betrokken raken bij rechtsvinding en rechtsvorming, wordt de rechtsvormingsvraag lastig(er) te beantwoorden. Dat blijkt als we bedenken dat het 'schema wetgeving-rechtspraak' (§ 3.2) gepaard gaat, aldus Vranken, met het vertoon van 'exclusiviteitstrekken'. Naast de wetgever en de rechter zou er geen (behoefte aan een) andere rechtsvormer bestaan, hoewel met die twee geenszins de behoefte aan voldoende duidelijke regels gedekt lijkt te worden.²⁷⁷ Via dat 'exclusiviteitsdenken' wordt dus als het ware bij voorbaat de weg versperd voor een heroverweging of een aanvulling van het voornoemde schema.²⁷⁸

Dat lijkt niet een bij voorbaat gelukkige insteek te zijn en het geeft aan dat elke verandering op dit stuk moeilijk zal zijn en problemen met zich zal brengen, hoewel feitelijk de invloed van alternatieve regelgeving op de rechtsvorming onmiskenbaar is.²⁷⁹ De maatschappelijke realiteit van een immer groeiende aanwezigheid van alternatieve regelgeving, ook (mede) op instigatie van de wetgever, maakt echter dat we niet anders kunnen dan de kwestie onder ogen te zien.

Doen we dat, dan kan ten eerste met Vranken geconstateerd worden dat alternatieve regelgeving een 'brugfunctie' kan en zal vervullen tussen wat binnen een bepaalde sector leeft en de regels die voor die sector gelden, omdat die regelgeving belangrijke en actuele informatie kan verschaffen aan rechter of wetgever. Echter, dit werkt alleen als de traditionele rechtsvormers er open voor staan en de rechter de kans krijgt zich in deze zin uit te spreken.

De parallel tussen wat hier gebeurt en hetgeen eerder over binding geschreven werd (§ 3.2), is wat mij betreft duidelijk. Ik constateer dan ook, ten tweede, dat de derde wijze van binding (via de invulling van open normen) niet alleen leidt tot binding aan de zelfreguleringsregels, zoals al geconstateerd is, maar meteen ook de rechtsvormende kant ervan, hiervoor nog omschreven als de 'brugfunctie', vertegenwoordigt. De doorwerking van de private regels, gegeven hun bindende kracht, staat garant voor (de mogelijkheid van) rechtsvorming. Met binding is er tevens rechtsvorming.

De koppeling tussen binding en rechtsvorming wordt allengs duidelijker als we trachten de rechtsvormende invloed van alternatieve regelgeving nader te duiden. Van belang voor de rechtsvorming in relatie tot alternatieve regelgeving is dat, net als bij de kwestie van de binding, ook de rechtsvorming kan verlopen via art. 3:12 BW. Het BW, het vermogensrecht voor-

277. Asser-Vranken 2005, nr. 73 en 74, die vervolgens ook schetst dat de verbetering van de kwaliteit van wetgeving en een actievre rechter onvoldoende soelaas bieden (nr. 75-77).

278. Asser-Vranken 2005, nr. 78.

279. Daarover ook expliciet Mörtz 2004a, p. 196.

op, kent vele open normen, normen die geregeerd worden door redelijkheid en billijkheid, verkeersopvattingen of zorgvuldigheidsceisen. Dergelijke open normen kunnen in vrijwel elk privaatrechtelijk geval een (meer of minder prominente) rol spelen, zodat ook steeds 'de billijkheid' als een soort 'grondnorm' aanwezig is. Die grondnorm moet vervolgens nader ingekleurd worden - dat is het rechtsvormende element - en dat kan geschieden met behulp van de regels of normen die als alternatieve regelgeving te boek staan op een bepaald terrein. Immers, die normen zijn een weergave van de in Nederland levende rechtsovertuigingen die via art. 3:12 BW de inhoud van die billijkheid nader bepalen.²⁸⁰ Maatschappelijke inzichten kunnen zo dus geïncorporeerd worden.

Deze constructie vereist wel dat het systeem 'porcus' of ontvankelijk moet zijn. Gelukkig gaat die 'poreusheid' schuil in ons hele vermogensrecht en vormt art. 3:12 BW als het ware de toegangspoort om die poreuze delen nader in te kunnen vullen. Gedragcodes, etc., kunnen daardoor een articulering worden van wat rechtens is.²⁸¹ En dat is inmiddels ook al gebeurd.

Een bekend voorbeeld betreft de uitspraken van de (toenmalige) Raad van Toezicht voor het Schadeverzekeringsbedrijf (nu Raad van Toezicht Verzekeringen). Deze hebben betekenis gekregen als invulling van 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen' in de zin van art. 3:12 BW. In een zaak aangaande de vraag of een verzekeraar zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid mocht beroepen op een vervalbeding, werd beslist, door de Hoge Raad:²⁸²

'(...) indien een gedraging van een verzekeraar jegens diens verzekerde onder de omstandigheden van het geval niet kan worden aanvaard uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf, ligt het in de rede te oordelen dat die gedraging onder dezelfde omstandigheden evenmin aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Zulks in aanmerking genomen bestaat er grond om voor de inhoud van de op het onderhavige punt in Nederland levende rechtsovertuiging betekenis toe te kennen aan het hiervoor weergegeven standpunt van de Raad van Toezicht.'

De materiële norm wordt hier nader ingekleurd en verder gevormd, terwijl evenzeer gezegd kan worden dat de branche gebonden raakt aan de uitspraken van de branchegerelateerde geschillencommissie. Hier wordt derhalve de nadere invulling van een wettelijke norm en daarmee de rechtsvorming, bepaald door wat binnen een bepaalde groepering zelf bepaald is.

In het arrest *Kouwenberg/Rabobank*, zo heeft Vranken uitvoerig laten zien,²⁸³ werd er echter geen, althans slechts beperkte rechtsvormende

280. Zie ook § 3.2 hiervoor en de verwijzingen aldaar.

281. Zie Schut 1972, p. 364.

282. HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance).

283. IIR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 nt. Du Perron (Kouwenberg/Rabobank), en Asser-Vranken 2005, nr. 79 e.v.

kracht toegekend aan de private regelgeving (art. 31m RHO) die daar een rol speelde. Deze regelgeving is blijkens het arrest geen recht in de zin van art. 79 RO en speelt daarmee verder alleen als een factor ('mede van betekenis') bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht binnen een veel ruimere catalogus van gezichtspunten.

Wat kunnen of moeten we hieruit afleiden? Vranken²⁸⁴ stelt dat het zou kunnen zijn dat hier het rechtskarakter (alternatieve regelgeving) bepalend was om aan die norm geen waarde toe te kennen, maar hij geeft ook aan dat die analyse niet de enig mogelijke is. Waar het echter over dat rechtskarakter gaat, speelt natuurlijk een rol voor de rechter dat de legitimiteit en de representativiteit niet of minder gewaarborgd zijn, of althans twijfelachtiger zijn, en er ongetwijfeld ook wel procedurele schoonheidsfouten aan te wijzen zijn als het gaat om totstandkoming van alternatieve regelgeving. De controle daarvan zou dan een taak van de Hoge Raad moeten worden (zie daaromtrent § 6).

Wat mijns inziens *niet* uit het *Kouwenberg/Rabobank*-arrest volgt, is dat de (mogelijkheid van) rechtsvorming via alternatieve regelgeving ingeperkt zou zijn. Op dit nauwelijks nog ontgonnen terrein kan niet uit een enkel arrest afgeleid worden dat een brede ontwikkeling wel of juist niet ingang zou kunnen vinden. Net zoals een enkel arrest waarin dat wel geaccepteerd wordt, niet meteen betekent dat er altijd rechtsvormende invloed is, betekent dit geval niet dat die werking er niet is. Arresten zijn op dit moment in wezen slechts illustraties van de mogelijkheden van en mogelijkheden met de nieuwe problematiek. Ik denk ook dat de kwestie zoals die hier voorligt van de Hoge Raad nog geen specifieke aandacht heeft gekregen, zodat daarover nog niets beslist is, simpelweg omdat de (cassatie)vraag niet in deze termen gesteld was.

Ter illustratie van dit punt kan nog gewezen worden op andere uitspraken waarin, als tegenwicht met dezelfde relatieve waarde, wél rechtsvormende elementen gekoppeld zijn aan bronnen van alternatieve regelgeving. Zo kan de 'omkeringsregel' volgens de Hoge Raad toegepast worden waar het gaat om de niet-inachtneming van een medisch protocol, want daarmee is de geschonden zorgvuldigheidsnorm, zoals daarvoor vereist lijkt te zijn, specifiek genoeg gemaakt.²⁸⁵ Dit geval illustreert dat alternatieve regelgeving van invloed kan zijn op de uitkomst van een zaak en rechtsvormende consequenties kan hebben.

Relevant is bijvoorbeeld ook nog dat inmiddels in de rechtspraak is beslist dat het afwijken van een tuchtrechtelijk oordeel door de civiele rechter een stevige motivering vereist, een die begrijpelijk is in het licht

284. Asser-Vranken 2005, nr. 82-84.

285. Zie HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 nt. DA (B./J.), r.o. 3.3., en Asser-Vranken 2005, nr. 84.

van het andersluidende oordeel van de tuchtrechter.²⁸⁶ Een dergelijke uitspraak betekent dat tuchtnormen, meer nog dan voorheen, de uitkomst van de aansprakelijkheidsprocedures zullen bepalen. Afwijken van de beslissing zoals die is genomen bij toepassing van de tuchtnormen is lastig(er), tenzij in een specifiek geval hard gemaakt kan worden dat dat oordeel niet gevolgd zou behoren te worden. Opnieuw wordt de rechtsvorming dan (mede) gestuurd door de achterliggende alternatieve regelgeving.

Problemen inzake rechtsvorming via alternatieve regelgeving

Alternatieve regelgeving en rechtsvorming is niet een paar dat zonder morren altijd samen door één deur kan. Ik constateer enige pijnpunten. Van belang inzake de rechtsvorming is, zo blijkt, dat (het terugvallen op) alternatieve regelgeving ertoe kan leiden dat problemen worden doorgeschoven naar de civiele rechter. Deze consequentie van zelfregulering²⁸⁷ is voor de rechtsvorming van belang omdat zodoende niet de wetgever, die inmiddels zijn kaarten mede heeft gezet op zelfregulering, maar de rechter aan bod is om de rechtsvormende taak gestalte te geven. Nu is dat op zichzelf natuurlijk goed mogelijk, de rechtsvormende taak van de rechter wordt inmiddels erkend, maar het is wel een neveneffect waarvan wij ons bewust moeten zijn. Het zet de verhoudingen tussen de rechtsvormers verder op scherp. Dat geldt te meer nu de wetgever hier zelf de aanstichter is doordat deze de regelgeving aan de markt heeft gelaten.

Het spel van rechtsvorming via alternatieve regelgeving heeft ook nog als nadeel dat daarmee de trias politica doorbroken wordt.²⁸⁸ De bezwaren die daartegen bestaan, gelden op zich ook hier. De wetgever maakt nu eenmaal de wetten, niet de rechter en al zeker niet een andere entiteit. Dat klemmt te meer in verband met het daaraan klevende gebrek aan parlementaire controle, zelfs als zo'n andere entiteit wellicht wel geoutilleerd en ingesteld is om algemene regels te maken.²⁸⁹ Ik ben echter van mening dat dit trias-probleem overkomelijk is, precies omdat het hele concept van zelfregulering niet past in de 'trias'-gedachte waarin helemaal nooit plek is ingeruimd voor maatschappelijke actoren. Dat gebruikmaking van (regels uit) dat veld in zo'n geval 'de trias' doorbreekt, is evident en onvermijde-

286. Zie HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151 nt. Van Wijmen (A./E.).

287. Expliciet Fijlander 1993a, p. 133.

288. Vgl. ook Ogus 2000, p. 587. Overigens zou i.v.m. het gebruik van art. 3:12 BW als toegangspoort tot binding en rechtsvorming gezegd kunnen worden dat er formeel niets aan de hand is. De alternatieve regelgeving gebruikt de wet als uiteindelijke grondslag, en die wet stamt van de formele wetgever. Formeel is dit juist, maar materieel staat hier de trias politica weldegelijk ter discussie.

289. Zie Giesen/Schelhaas 2006, p. 160-161. Het gaat dus om een gebrek aan democratische legitimatie. Volgens Scheltema 2006, p. 196, kan transparantie en argumentatie dat tekort verminderen.

lijk maar daarmee nog niet verwerpelijk. Het vraagt enkel om een nieuwe inbedding van het nieuwe element. Ik kom daar nog op terug (§ 4.6). Naast de mogelijke (gedeeltelijke) oplossing die ik daar aandraag, speelt wat mij betreft ook nog deze vraag: wat is belangrijker? Is dat een weliswaar wereldvermaard en wereldwijd aanvaard concept van ruim 200 jaar geleden dat enorm waardevol is, maar wel in de loop der tijd versteend is (en schijnbaar overal net iets anders), of is dat een werkbare werkverdeling tussen de nu realiter aanwezige krachten in de huidige maatschappij?

Alternatieve regelgeving, en dat geldt dan eens te meer als het om de rechtsvormende kant ervan gaat, wordt verder ook wel beschouwd als een gevaar voor de rechtszekerheid. Een (daarmee gepaard gaande) kleinere rol voor de wetgever zou namelijk leiden tot minder voorspelbaarheid. Daar kan echter tegenin gebracht worden dat ten eerste de rol van de wet als een vorm van bescherming tegen onzekerheid en ongelijkheid, toch al kleiner is geworden. Bovendien kan de met wetgeving gepaarde gaande starheid doorslaan.²⁹⁰ De taak van de wetgever is volgens Polak dan ook om de hoofdlijnen aan te geven.²⁹¹

Tot slot kan er nog op gewezen worden dat alternatieve regelgeving in relatie tot rechtsvorming het gevaar in zich bergt de mogelijkheden van rechtsvorming te beknotten. Als er binnen het systeem van alternatieve regelgeving gekozen wordt voor een eigen geschilbeslechtsingsmethodiek, zal de civiele rechter (in beginsel) buitenspel komen te staan en kan deze zijn rechtsvormende functie niet vervullen. Net als bij mediation het geval is,²⁹² zal dan die rechtsvorming minder frequent kunnen zijn en dus nog meer van toevalligheden aan elkaar hangen. Er zal dan sprake zijn van een verlies aan rechtsvormend potentieel.

Daartegenover staat echter dat zulks feitelijk alleen het geval zal zijn als er inderdaad een aparte geschilbeslechtsingsinstantie opgericht wordt, hetgeen overigens regelmatig het geval is, én als de betrokkenen vervolgens niet kunnen ontkomen aan een oordeel door die nieuwe geschilbeslechter. Dat laatste is in het licht van de eis van toegang tot de rechter uit art. 6 EVRM zeker niet evident; niemand mag immers zonder meer van de overheidsrechter afgehouden worden.²⁹³ Daarbij komt dan nog dat de private geschilbeslechtsers zelf ook 'precedenten' scheppen²⁹⁴ die, indien openbaar, bruikbaar zijn. Bovendien zullen de diverse gebruikte vormen van alternatieve regelgeving zoveel nieuwe regels, standaarden en normen aanreiken, en daarmee zoveel potentieel bieden, dat ik de stelling aandurf, hoewel ik

290. Zie Polak 1979, p. 87 en 88. Struycken 2007, p. 778, voorziet (of hoopt op?) een actieve wetgever om die starheid (en legisme) tegen te gaan.

291. Zie Polak 1979, p. 89.

292. Zie Vranken 2001.

293. Vgl. in dit verband Giesen 2004, p. 160.

294. Zie al Van Driel 1989, p. 174.

deze niet empirisch kan staven, dat de potentiële winst aan rechtsvormend vermogen uiteindelijk groter zal zijn dan het ook in te calculeren verlies daaraan.

Afronding

Dit algemene deel van de rechtsvormingsvraag afrondend, welk beeld rijst er dan ten aanzien van (de gevolgen van) de ontwikkeling waarbij alternatieve regelgeving een rechtsvormende plaats krijgt? Ten eerste worden alle eventuele problemen (weer) op het bord van de rechter gelegd.²⁹⁵ Als partijen er zelf niet uit komen, moet de rechter er aan te pas komen. Hij zal moeten bepalen of er enige rechtsvormende werking is en welk resultaat dat dan heeft. Alternatieve regelgevers kunnen daar niet omheen (§ 3.2). Dat geeft die rechter derhalve weer extra taken, maar ook 'bevoegdheden'. De rechter verleent immers 'status' aan de alternatieve regelgeving door die te benutten in zijn uitspraak. Daarbij ziet die rechter zich vervolgens wel geconfronteerd met in wezen vreemde regels. Niet de wetgever, maar een maatschappelijke groep heeft iets bedacht, normen opgesteld, en daarover moet die rechter nu opeens oordelen. Daar staat tegenover dat de aanwezigheid van alternatieve regelgeving maakt dat de rechter in deze gevallen enige houvast krijgt. In plaats van dat hij alles zelf zal moeten ontdekken, kan hij voortbouwen op wat er al ligt en beschikbaar is.

Voor het probleem dat dusdoende de trias politica doorbroken wordt, is mijns inziens de oplossing dat die 'trias' niet afgeschaft, maar bijgeschaafd moet worden om de nieuwe machtsverdeling te kunnen herbergen. Het gevolg daarvan zal zijn, maar dat is uiteindelijk waarschijnlijk wel zo efficiënt en (dus) in beginsel positief te waarderen, dat diverse maatschappelijk tot stand gekomen 'normen' direct toegelaten worden tot de rechtsvorming. Uiteraard blijft dat wel, we zagen dat al, geschieden via de rechter (en dus via het schema wetgeving-rechtspraak).

Wat resteert, is verder dat er onmiskenbaar sprake is van de opkomst en geleidelijke erkenning van een *derde rechtsvormende macht*, te algemeen gesteld: de maatschappelijke groep. Een groep die dan weer per dossier kan verschillen. Ik vermoed dat de daadwerkelijke erkenning van een zo diffuse derde rechtsvormer nog wel even op zich zal laten wachten, en misschien ook niet werkelijk van de grond zal komen omdat de rechter er nu eenmaal nog steeds officieel tussen zit (zodat die erkenning ook niet nodig is). Maar denken over een herziene hiërarchie van rechtsbronnen (en over welke plek alternatieve regelgeving daarbij zou moeten innemen) is mijns inziens in elk geval wel nodig.

295. Vgl. Dresden 2004, p. 18.

Om de (nieuwe) drie-eenheid van rechtsvormers goed gestalte te (kunnen) geven, geldt mijns inziens des te sterker wat ook tussen de twee bestaande rechtsvormers zou moeten gelden, namelijk dat men (zal) moet(en) *samenwerken*. Het Periodieck Overleg van Rechtsvormers ('POR') moet er komen en moet uitgebreid worden; relevante maatschappelijke groeperingen moeten daarin een plek vinden. Ik kom daar zo op terug (§ 4.6).

4.4 *Praktijk: medische protocollen*

Medisch protocollen zijn van invloed op de aansprakelijkheidsvraag en op de rechtsvorming op dit terrein. De eerder geconstateerde parallel tussen binding en rechtsvorming is ook hier aanwezig. Een voorbeeld daarvan kwam al aan de orde bij de vraag naar de binding aan alternatieve regelgeving, alwaar ik het arrest *MC Leeuwarden/In 't Hout*²⁹⁶ besprak (§ 3.3).

Uit dat arrest volgt dat een medisch protocol van groot belang is voor de vraag naar de eventuele aansprakelijkheid van de behandelend arts. Kort gezegd komt die relevantie hierin tot uitdrukking dat bij de invulling van de open norm van een goed hulpverlener (de redelijk handelende arts), het handelen in overeenstemming met de professionele standaard (vgl. art. 7:453 jo 7:401 BW), mede bepaald wordt door de inhoud van het protocol. Dat protocol vormt in belangrijke mate de 'meetlat' waarlangs de rechter het handelen van de medicus legt. Daarbij verdient overigens wel nog opmerking dat een nalaten het protocol te volgen niet per definitie tot aansprakelijkheid leiden zal, terwijl het wel volgen van dat protocol niet per definitie als een vrijwaring tegen aansprakelijkheid werkt (beide keren omdat de bijzondere omstandigheden van het geval bepalend zijn). Dat zijn overigens regels die in grote lijnen ook elders gelden voor vergelijkbare normen.²⁹⁷

Voor wat betreft de rechtsvorming is dit alles van belang omdat de protocollen als voorschriften voor medisch handelen – hoewel bedoeld als interne voorschriften die alleen intern binden – blijkbaar kunnen dienen als een invulling van de hier geldende open norm. Het grote voordeel van het gebruik van medische protocollen is dat daarmee de norm, de standaard waartegen het gedrag van de arts wordt afgezet, van tevoren en dus niet achteraf, geformuleerd is en bekend is.²⁹⁸ Dat wil echter niet zeggen dat deze richtlijnen geen beperkingen kennen die in acht genomen moeten worden, zoals het feit dat ze primair een medisch doel dienen en het vaak slechts om aspiraties gaat.²⁹⁹

296. HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (MC Leeuwarden/In 't Hout).

297. Zie Schepel 2005, p. 343 e.v., inzake de omgang met productveiligheidsnormen in het aansprakelijkheidsrecht in diverse Europese landen en de VS.

298. Giard 2005, p. 158-159.

299. Giard 2005, p. 250.

Een tweede voorbeeld van rechtsvormende invloed zagen we zojuist al toen het ging over de toepassing van de 'omkeringsregel' bij medische protocollen (§ 4.3). Ook voordien werd echter al gesteld dat het niet volgen van een gezaghebbende richtlijn ertoe kan leiden dat de arts met de bewijsvoering belast wordt, vooral door dan te verlangen van die arts dat hij bewijst (of ten minste gegevens daarover aanreikt) dat er geen causaal verband bestaat tussen de tekortkoming of onrechtmatige handeling en de geleden schade. Daarom zal een arts zijn redenen om af te wijken van een richtlijn expliciet moeten vastleggen.³⁰⁰ Als dit inderdaad het gevolg is van de kruisbestuiving tussen alternatieve regelgeving en het bewijsrecht, en dat lijkt het geval te zijn, lijkt mij dat een wenselijk resultaat omdat dan achteraf eenvoudig(er) te construeren valt wat er gebeurd is en waarom. Het gevolg is ook dat de redelijkheid van het handelen van de arts beter in te schatten is, achteraf. De richtlijnen hebben dan, via het bewijsrecht, een positief te waarden invloed op de rechtsontwikkeling.

Denkend vanuit het medische aansprakelijkheidsrecht en meer algemeen vanuit het aansprakelijkheidsrecht in den brede, kan mijns inziens geconcludeerd worden dat alternatieve regelgeving inmiddels bijna onmisbaar is geworden als een 'invullingsmechanisme' voor de open zorgvuldigheidsnorm. Langs deze weg kan immers die ruime open norm zinvol ingevuld en ingekaderd worden en dat komt het aansprakelijkheidsrecht zeer ten goede. Het maakt het terrein behapbaar, hanteerbaar, makkelijker te gebruiken³⁰¹ en biedt enige rechtszekerheid over welke normen zullen gelden of zouden kunnen gelden.³⁰²

Zeker in het licht van de nadruk die heden ten dage gelegd wordt op zorgplichten (en daarmee open normen) als reguleringsvorm³⁰³ is dit een wezenlijke conclusie. Met de profilering van die zorgplichten wordt immers automatisch ook de nadere invulling daarvan (die op enig moment ergens moet plaatsvinden) steeds belangrijker. Daarmee zal de positie van alternatieve regelgeving als methode om dergelijke open normen in te vullen, nog meer aan belang winnen.

4.5 Praktijk: procesrechtelijke alternatieve regelgeving

Inleiding

Alternatieve regelgeving blijkt een steeds grotere rol te spelen bij de oplossing (en daarmee ook het voorkomen) van privaatrechtelijke conflicten, zo

300. Hicover Biesart/Gevers 1999, p. 29.

301. Van Boom 2006, p. 38.

302. Zo ook reeds Giesen/Vranken 2004, p. 223, en Weterings 2004, p. 148.

303. Zie het overheidsprogramma 'Bruikbare Rechtsorde', en vgl. Van Gestel/Hertogh 2006, p. 38.

is duidelijk geworden. In het verlengde daarvan wordt er dan ook voor gepleit dat bijvoorbeeld de Hoge Raad zijn (cassatie)taak anders, actiever inricht, bijvoorbeeld door het (spontaan) aanreiken van 'best practice rules'. Dat zou de ontwikkeling in de richting van een verhoogd gebruik van alternatieve regelgeving extra stimuleren.³⁰⁴

Stimulering van alternatieve regelgeving in het procesrecht

In lijn met het voorgaande (de stimulering van alternatieve regelgeving en private conflictafwikkeling) ligt het in de rede in te zetten op de verdere ontwikkeling van rechtersregelingen. Daarbij past bijvoorbeeld ook het pleidooi van Vranken uit 2000 om op het terrein van het procesrecht de hoogste rechterlijke colleges zelf, aangevuld met enkele andere deskundigen, regelgevende bevoegdheden te geven.³⁰⁵ Een vergelijkbaar idee heeft Vranken vervolgens 'meegenomen' naar de Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht en aldaar ook ingang doen vinden in twee rapporten, een Interimrapport uit 2003 en een Eindrapport uit 2006.³⁰⁶

In het Interimrapport is hoofdstuk 12 gewijd aan 'hercodificeren in de huidige tijd', dat wil zeggen aan nieuwe manieren om met een (her)codificatie om te gaan en om regelgeving tot stand te brengen, specifiek voor het terrein van het procesrecht. Kort gezegd gaat het om het tot stand brengen van procesrechtelijke regelgeving via allerlei vormen van alternatieve regelgeving door de betrokkenen.³⁰⁷

In het Eindrapport wordt hierop voortgebouwd, maar impliciet. Belangrijk is dat op diverse plaatsen in het Eindrapport een beroep gedaan wordt op (vormen van) zelfregulering om een onderwerp in de toekomst verder aan te kunnen pakken en te reguleren. Ook in de lijst van aanbevelingen komen we protocollen, leidraden, etc., in ruime mate tegen.³⁰⁸

Additionele algemene informatie over wat zelfregulering volgens de commissie in de context van het burgerlijk procesrecht precies betekent, vinden wij nog in § 6.4 van het Eindrapport over de mogelijke invoering

304. Dijkhoff e.a. 2006, p. 9-10.

305. Vranken 2000, p. 5.

306. Zie Asser/Groen/Vranken 2003 en Asser/Groen/Vranken 2006. Het navolgende is een herziene versie van een deel van Giesen 2006.

307. Asser/Groen/Vranken 2003, p. 254-255, met verdere onderbouwing op p. 256-261. Zie over de toepassing van die instrumenten op bredere schaal ook de bijdragen in Vranken/Giesen 2004.

308. Volgens mijn telling wordt in de inhoudelijke hoofdstukken (1 t/m 10) op 15 plekken in Asser/Groen/Vranken 2006 geschreven over, gewezen op of gememoreerd aan een vorm van zelfregulering, en is dit (meer of minder expliciet) terug te vinden in 9 aanbevelingen.

van 'pre-action protocols' naar Engels voorbeeld.³⁰⁹ Nadat aldaar de wenselijkheid van preprocesuele protocollen is verdedigd, wordt de belangrijke (algemene) vraag opgeworpen *wie* vervolgens dergelijke protocollen tot stand zou moeten brengen.³¹⁰ Het antwoord van de commissie luidt dat dat zou moeten gebeuren door 'de partijen in de maatschappij die bij het desbetreffende soort zaken betrokken zijn', kortom de 'repeat players' zoals verzekeraars. Maar ook wijst de commissie naar degenen die daarbij 'het meeste baat hebben' als mogelijke initiatiefnemers. Het opstellen van protocollen, leidraden, etc., hoeft dus niet (maar dat kan en mag blijkbaar wel) in alle gevallen te gebeuren door, of onder eindverantwoordelijkheid van, de rechterlijke macht. De Raad voor de Rechtspraak wordt echter wel voorzichtig een initiërende en coördinerende rol toebedeeld, hoewel ook een nieuw op te richten 'gemengde commissie' (bestaande uit rechters en advocaten; 'repeat players' derhalve) gesuggereerd wordt.³¹¹

Welke variant hier ook gekozen wordt, het ontwerpen en vervolgens gebruiken van dergelijke regels, of die nu kwalificeren als rechtsergelingen of niet, zal steeds rechtsvormend zijn. Daarin schuilt ook het belang van dit Eindrapport. Het gaat daarbij ook niet om rechtsvorming in de meest traditionele zin van het woord, en dat zal ten minste de vraag doen rijzen: kan dat allemaal zo maar?

Tegenwerpingen

Na de verschijning van het Eindrapport heeft de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht zich kritisch uitgelaten over (het gebruik van) zelfregulering. Het gevaar van 'geschillen binnen het geschil' dat kan optreden bij regels die procesgedrag voorschrijven en sanctioneren, wordt hierbij naar voren gebracht. Verder waarschuwt deze adviescommissie voor een (te) snelle verbreiding van regels en voor moeilijkheden bij de handhaving van regels met een ambivalente status (zoals protocollen). Zij vreest een overdaad aan regelgeving als alle suggesties voor zelfregulering uit het Eindrapport opgevolgd worden, en daaraan gekoppeld vreest zij een tekort aan handhaving. Een en ander zal de praktijk vervolgens eerder belemmeren dan stimuleren.³¹²

Dat alternatieve regelgeving niet tot *minder* regels zal leiden, is al eerder geconstateerd en in die zin is de hier verwoorde kritiek op zichzelf te-

309. Zie daarover bijvoorbeeld nog Tzankova/Weterings 2003, vooral p. 9 e.v.

310. Zie hiervoor en tevens voor het navolgende: Asser/Groen/Vranken 2006, p. 67-69.

311. Ik pleitte eerder al, met Schelhaas, voor de instelling van een POR, een Periodiek Overleg van Rechtsvormers, zie Giesen/Schelhaas 2006, p. 159 e.v.; ik zie ruimte voor dat POR om (ook) zelfregulerende initiatieven te ontplooien, zie § 4.6.

312. Adviescommissie Bpr 2006, p. 69. Overigens, waarom normen die via zelfregulering ontwikkeld zijn, een 'ambivalente status' hebben, wordt niet nader toegelicht.

recht.³¹³ Echter, de regeltoepasser zal in al die gevallen waarin een juridisch probleem aangedragen wordt dat in de (lagere) wetgeving (nog) niet uitgewerkt is, op grond van een bepaalde (in zo'n geval nieuw te bedenken) norm, ongeacht de afkomst ervan, moeten handelen. Tenzij we natuurlijk de totale willekeur willen laten regeren. En als dat is, wat er werkelijk gebeurt, dan doet het er eigenlijk niet meer toe of die nieuwe regel nu door middel van zelfregulering of via 'officiële' wetgeving tot stand is gekomen. Mijn punt is hier dus dat er sowieso een regel of norm 'gevonden' of 'ontdekt' en vervolgens toegepast moet worden, zodat een eventueel daaruit voortvloeiende overmaat aan regels of normen niet 'toe te rekenen' is aan het concept van zelfregulering. Daaruit volgt tevens dat eventuele geschillen over de toepassing van die alternatieve regelgeving, zich niet meer of minder zullen voerden afhankelijk van de vraag of de herkomst van die regels wetgeving of rechtspraak, dan wel zelfregulering is.³¹⁴

Blijft staan de voornoemde vrees voor een handhavingstekort. Ik werp te dien aanzien de vraag op of dat typisch een zelfreguleringsprobleem is; ik betwijfel dat ten eerste. Kan en zal 'officiële' wetgeving wel 100% handhaafbaar zijn en 100% gehandhaafd worden? Bovendien, als via zelfregulering afspraken gemaakt kunnen worden omtrent de inhoud van de toe te passen normen, dan moet en zal men ook in staat zijn afspraken te maken over de naleving daarvan. In dat licht bezien, is wellicht eerder een afdoende mate van handhaving te verwachten als de betrokken partijen zelf tot normstelling komen. En inderdaad is dat vaak de veronderstelling en een leidende gedachte achter alternatieve regelgeving.³¹⁵

Procesrechtelijke rechtsvorming via alternatieve regelgeving

Onafhankelijk van het (naar mijn mening behartigenswaardig) pleidooi van het processuele driemanschap zijn er natuurlijk nu ook al diverse vormen van alternatieve regelgeving (vooral de rechtersregelingen) in gebruik. Deze zijn ook zeker van invloed op de rechtsvorming in het procesrecht.

Die invloed verloopt in wezen op een vergelijkbare wijze als besproken in het voorgaande (§ 4.4). Vooral door en bij het toepassen of gebruiken van een (bepaling uit een) rechtersregeling in een rechterlijke uitspraak, stuurt deze norm de rechtsvorming. Denk hierbij opnieuw aan de invulling van open (processuele) normen, zoals de goede procesorde, of eventueel

313. Zie bijv. Giesen/Vranken 2004, p. 223. Vgl. ook Cafaggi 2006, p. 7, en Cane 1987, p. 331, die dit hieraan wijdt dat zelfregulerende organen geneigd zullen zijn veel te reguleren om mogelijke kritiek voor te zijn, zodat ze dereguleringsmaatregelen niet overwegen.

314. Ik voeg aan het voorgaande nog toe dat niets er op wijst dat de al bestaande vormen van alternatieve regelgeving, zoals bijvoorbeeld het landelijke rolreglement, niet zouden functioneren.

315. Nader over deze en andere aspecten van naleving en handhaving § 5.

het gebruik van een rechtersregeling bij de uitleg van een onduidelijke regel. Net als bij de medische protocollen geldt ook hier bovendien dat binding en rechtsvorming parallel lopen. Deze rechtsvormende effecten kunnen dan vervolgens nog versterkt worden als de gewezen uitspraak precedentwerking krijgt.

Het principe: specifieke geschillen en rechtsvorming

Echter, ook los van dit algemene plaatje is het nodige op te merken over alternatieve regelgeving, rechtsvorming en procesrecht. Zo is bijvoorbeeld het ontwikkelen van een rechtersregeling geen dagelijkse kost voor de rechter.³¹⁶ Wij kennen wel de rechter als 'wetgever-plaatsvervanger', maar dan gaat het om de Hoge Raad die binnen een bepaald geschil tot rechtsvorming komt. Hier gaat het daarentegen om het ontwerpen en introduceren van algemene regels, los van enig concreet geschil. De vraag ligt voor de hand: mag de rechter buiten het kader van de specifieke geschilbeslechting rechtsvormend optreden?

Voor degenen die de rechtsvormende taak van de (hoogste) rechter *binnen* diens geschilbeslechtende functie als een beperkte zien, en het idee van de rechter als geschilbeslechter principieel als vertrekpunt nemen als het om rechtspraak gaat (zodat rechtsvorming slechts een bijproduct is), zal deze vraag slechts van een negatief antwoord voorzien kunnen worden. Daarmee is de kous voor hen af. Degene die de principiële vraag nog niet beantwoordt heeft maar wel voor zichzelf een afweging of keuze ten principale wil maken, hetgeen hier nodig lijkt, stelt voorop dat als een rechter rechtsvormend optreedt door het gebruik van bijvoorbeeld rechtersregelingen, deze feitelijk een uitspraak doet die de individuele zaak overstijgt. Vervolgens is dan de vraag of dat zou (moeten) mogen. In het licht van de huidige ontwikkelingen inzake de rechtsvormende taak van de rechter ben ik van mening dat dit inderdaad mogelijk zou moeten zijn.³¹⁷

Naar mijn mening is het onjuist te denken dat rechtsvorming slechts bijproduct is (of zou moeten zijn) van rechtspraak door de Hoge Raad.³¹⁸ Mijns inziens is dit juist de belangrijkste taak die hij uitoefent. De juridische werkelijkheid laat dit ook al decennia lang zo zien. De Hoge Raad wordt in het veld vooral als rechtsvormend orgaan gezien. Dat is ook logisch omdat de concrete oplossingen van de specifieke geschillen die hem voorgelegd worden, steeds slechts de procederende partijen betreffen, terwijl het rechtsvormende deel van elk arrest duizenden toekomstige procespartijen, hun advocaten, hun rechters en de betrokken wetenschappers raken. Als nu in de praktijk de waarde van een uitspraak het specifieke

316. Zie over dat proces bijvoorbeeld Uniken Venema 2001.

317. Giesen 2001, p. 123, verwijzend naar Vranken 2000 en Martens 2000.

318. Zie bijv. Vranken/Giesen 2003; Giesen/Schelhaas 2006.

geschil overstijgt, waarom zouden wij dat dan op theoretisch vlak (blijven) ontkennen? Dit alles geldt niet alleen voor het civiele recht, maar de positie van de Hoge Raad als rechtsvormer valt voor dit rechtsgebied eenvoudigweg niet te ontkennen. Grote delen van het burgerlijk recht zijn voor en na de totstandkoming van het nieuwe BW door de rechter gevormd, geheel zelfstandig, ter invulling van open normen of omdat de wetgever zelf de bal in de hoek van de rechter gelegd had.

Een nadeel van deze insteek zou wel kunnen zijn dat de legitimatie van de rechtsvorming die normaal aanwezig is doordat er een procedure gevolgd wordt, de 'Legitimation durch Verfahren', ontbreekt bij rechtersregelingen.³¹⁹ Naar mijn mening kan een eventueel gevoeld 'tekort' aan legitimering echter ondervangen worden. Daartoe volgen voorstellen in § 4.6 en § 6. Bovendien kunnen de nodige waarborgen worden gevonden in de motivering door de rechter als deze in een uitspraak de rechtersregeling benut. Deze zal immers zijn beslissing moeten motiveren met meer dan enkel een verwijzing naar de rechtersregeling als zodanig.³²⁰

4.6 Nadelen en een mogelijke oplossing: de coalitie van samenwerkende rechtsvormers

Introductie

Nu geconstateerd is dat alternatieve regelgeving rechtsvormende werking heeft of kan hebben, is van belang de consequenties daarvan nader te bedenken. Eén van de gevolgen is dat alternatieve regelgeving als rechtsvormend element, zo bleek al, naast gewone rechtsvorming komt te staan, en dat derhalve de onderlinge interactie tussen de diverse rechtsvormers bepaald zal moeten worden. Ook dient er rekening mee gehouden te worden dat zelfregulerende rechtsvorming nadelige gevolgen zou kunnen hebben, en die nadelen dienen dan waar mogelijk ondervangen te worden. Laten we eerst deze nadelen onder ogen zien.

*Mogelijk nadelige kanten van rechtsvorming via alternatieve regelgeving*³²¹

Dat gedragsnormen die binnen een beroepsgroep afgesproken zijn, vervolgens door de rechter benut worden om te bepalen wat binnen die groep als zorgvuldig of onzorgvuldig gezien wordt, is op zich niet vreemd. Het biedt voordelen (zekerheid, aansluiting tussen norm en normadressaat, etc.), maar ook nadelen. Zo is het gebruikelijk om te concluderen dat aanspra-

319. Zie Teuben 2004, p. 110 en p. 120.

320. Teuben 2004, p. 114.

321. Met dank aan Michael Faure, Willem van Boom, Ton Hartlief en Katrijn Kliphuis.

kelijkheid gegeven is als een 'groepsnorm' (bijvoorbeeld een tuchtrechtelijk norm) geschonden is. Dat mechanisme bergt echter het gevaar in zich dat zodoende tevens de markt voor nieuwe toetreders belemmerd wordt. Mocht dat zo zijn, dan is ingrijpen gewenst, uiteraard.

Mede hierom is ook wezenlijk dat naleving van een 'groepsnorm' geen vrijwaring tegen aansprakelijkheid oplevert; men zou dan immers het risico lopen dat een 'inefficiënte' norm – te weten een tot te weinig zorgvuldigheid aanzettende norm – tot (minimum)standaard verheven wordt.³²² Invloed van alternatieve regelgeving op de aansprakelijkheid en daarmee op de rechtsvorming op dat vlak is derhalve niet zonder gevaren en dient dan ook genuanceerd benaderd te worden. Altijd zal bezien moeten worden waar de normen vandaan komen en wat hun (mogelijke) effecten zijn.

Ik wijs er daarbij op dat de huidige stand van zaken aangaande de vrijwarende invloed van het voldoen aan 'groepsnormen' in lijn is met hetgeen blijkens het voorgaande nodig is. Aan de ene kant *kan* de niet-naleving van bepaalde normen die als onderdeel van alternatieve regelgeving tot stand gekomen zijn, een onrechtmatige daad of wanprestatie opleveren van degene die de regel negeerde. Daarmee is aan de andere kant echter niet gezegd dat het in acht nemen van zo'n norm betekent dat er niet onrechtmatig gehandeld is of toerekenbaar tekortgeschoten is.³²³

Regels uit een gedragscode, en andere vormen van alternatieve regelgeving, vormen daarmee binnen het kader van de regels van de onrechtmatige daad slechts een 'aanwijzing' voor de rechter (en geen dwingend kader) over hoe deze de open norm kan interpreteren. De invulling van de open norm van art. 6:162 BW wordt zo gefaciliteerd, niet gepredestineerd.³²⁴ Kortom, naleving van een groepsregel staat niet gelijk aan een vrijwaring tegen aansprakelijkheid en vooralsnog functioneren 'groepsnormen' dan ook niet als minimumnormen. Gezien het voorgaande is het ook wezenlijk dat dat niet veranderen zal; de rechtspraak dient deze lijn vast te houden.

Een ander mogelijk (in wezen tegengesteld) effect zou nog kunnen zijn dat als groepsnormen rechtsvormend blijken te werken en de aansprakelijkheid mede blijken te bepalen, de branche er dan voor zou kunnen kiezen om maar geen verdere alternatieve regelgeving meer te entameren. In de medische wereld is er bijvoorbeeld over gesproken om niet langer protocollen te ontwikkelen vanwege de mogelijke juridische effecten ervan.³²⁵ Dat dit soort 'defensive medical lawyering' wat mij betreft geen vaste voet aan de grond zou moeten krijgen, hangt samen met mijn meer algemene oordeel over dit vaak terugkerende, maar vrijwel nooit empirisch onder-

322. Ook Chalmers 2006, p. 180, signaleert dit probleem.

323. Vgl. in algemene zin Chalmers 2006, p. 180, en (voor Zwitsers recht) Rüetschi 2003, p. 240-241.

324. Zo reeds Schut 1972, p. 363. Zie ook Rüetschi 2003, p. 240.

325. Vgl. De Groot 2006, p. 109.

bouwde ‘defensief handelen’-argument (want daar komt deze ontwikkeling in de kern op neer).³²⁶ Ik denk ook dat de medische wereld zichzelf geen plezier zou doen door geen protocollen meer te ontwikkelen en te gebruiken. Niet alleen verliest men dan de eigen (medische) houvast ten aanzien van wat juist of zorgvuldig medisch handelen is, maar dat houvast gaat dan ook (en nog meer) verloren voor de juristen die de ingediende claims moeten beoordelen. Gevolg daarvan zal dan zijn dat er meer en vaker geprocedeerd moet worden omdat de partijen er onderling niet uit komen. En dat berokkent de beroepsgroep mijns inziens uiteindelijk nog meer schade.³²⁷

Alternatieve regelgeving als rechtsvorming: interactie met andere rechtsvormers

Hiervoor werd al gesteld dat alternatieve regelgeving als rechtsvormend element naast de traditionele, gewone rechtsvorming is komen te staan. Derhalve dient de onderlinge interactie op rechtsvormend niveau tussen de diverse rechtsvormers nader bepaald te worden. Dat kan lastig zijn, maar aan de andere kant moet gezegd dat een soortgelijke, in de kern dezelfde vraag al enige tijd bestudeerd wordt. Er wordt immers al langer nagedacht over de afstemming van de rechtsvorming door de wetgever en de rechtsvorming door de rechter. Dat bijvoorbeeld samenwerking tussen die traditionele rechtsvormende machten nodig is, wordt inmiddels in vrij bredere kring erkend.³²⁸ Uiteraard vindt er ook al samenwerking plaats.³²⁹

Ik kies ervoor om dit debat hier niet helemaal opnieuw te voeren, maar om slechts mijn eigen positie uiteen te zetten. Die is eenvoudig als volgt. Ik heb eerder, met Schelhaas, het Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR) voorgesteld als de manier om samenwerking tussen de wetgever en de rechter (beter) te faciliteren.³³⁰ Bij dat initiatief kan hier naar mijn mening aangesloten worden door ook de maatschappelijke groeperingen

326. Zie Giesen 2005, p. 156-157 en p. 218.

327. Het nadeel van overregulering weegt hier dus niet op tegen het inhoudelijke voordeel (kenbaarheid en zekerheid, tijdswinst), zoals ik eerder al in breder verband constateerde, zie Giesen/Vranken 2004, p. 229.

328. Recent Snijders 2007, p. 15, en Davids 2006. Zie ook Polak 2000, p. 719. Vgl. verder nog de diverse bijdragen over de terugkoppeling tussen rechtspraak en wetgever in het recente themanummer van *RegelMaat* (2006/6).

329. Er bestaan diverse commissies waarin rechters en wetgevers overleg voeren over delen van het recht of suggesties voor veranderingen doen (Commissie Verbetervoorstellen), en de Raad voor de Rechtspraak heeft ook een adviestaak, vgl. Bauw 2006, p. 203 e.v.

330. Giesen/Schelhaas 2006, met een eerste aanzet in Giesen 2005a. In gelijke richting ook al Barendrecht 2000, p. 698; Barendrecht 2005, p. 342, en Frielink 2002, p. 539-540, in reactie op Giesen 2002. Voor zover de naamgeving een probleem zou opleveren, wees gerust, ik ruil de naam POR graag in voor een betere ...

die alternatieve regelgeving verzorgen, daarin een vaste plek te geven.³³¹ Hoe dat POR dan verder op praktisch niveau gestalte zou kunnen krijgen, werk ik hier niet nader uit. Ik verwijs naar de eerdere bijdrage waarin de contouren van het POR reeds geschetst zijn.³³²

Dat aansluiting bij de traditionele rechtsvormers op deze wijze mogelijk is, hangt (mede) hiermee samen dat de daardoor bedreigde trias politica vooral gezien moet worden als een zoektocht naar de balans tussen de onderscheiden machten en niet zozeer als een scheiding van machten.³³³ Gegeven dat startpunt is het vervolgens mogelijk om die balans niet te (laten) bepalen door scherpe grenzen te trekken tussen de diverse machten, maar door samenwerking tussen de machten te stimuleren. Er is daartoe ook voldoende inspiratie te vinden bij beleidsmakers en doctrine.

Immers, als het zo is, zoals de minister van Justitie in november 2006 liet weten, dat het 'grootste deel van het maatschappelijke leven berust op samenwerking die niet in de wet of in een contract geregeld is, maar uitgaat van gewoonte en onderling vertrouwen',³³⁴ dan is het mijns inziens niet meer dan logisch om ook bij de rechtsvorming daarbij aan te haken, door ook op dat vlak in te zetten op samenwerking en rechtsvorming door maatschappelijke groeperingen.

Dezelfde samenwerkingsgedachte wordt bijvoorbeeld ook nog verwoord door Lindahl. Belangengroepen gaan samenwerken met de wetgever en de rechter, omdat ze samen deel uitmaken van één (en hetzelfde) proces van rechtsvorming.³³⁵ Bovendien, samenwerking tussen private groeperingen en de wetgever vindt toch al plaats. Die samenwerking is weliswaar vrijwillig, maar daarmee niet vrijblijvend want deze leidt wel tot contractuele afspraken.³³⁶ Door de diverse rechtsvormers in het POR bijeen te brengen, kan mijns inziens veel winst geboekt worden en kan bereikt worden dat het mogelijke verlies aan rechtsvormend vermogen als gevolg van de opkomst

331. Oorspronkelijk rekende ik de rechtspraktijk (toen: de advocatuur) niet tot de volwaardige deelnemers, zie Giesen/Schelhaas 2006, p. 169. Daar kom ik nu graag op terug. Men kan overigens ook een voorzichtiger tussenstap zetten, en eerst een Raad voor de Alternatieve Regelgeving instellen, analoog aan de Raad voor de Rechtspraak en de vroeger wel voorgestelde Raad voor de wetgeving (Polak 1979, p. 122 e.v.). Vervolgens zou men deze Raden in groter verband, wat mij betreft het POR, kunnen laten samenwerken om de rechtsvorming in juiste banen te leiden.

332. Giesen/Schelhaas 2006, m.n. p. 168-171.

333. Zie Groenhuijsen 2004, p. 169, met verdere verwijzingen, en Gommer 2007, p. 24. Ook Scheltema 2005 grijpt de trias fundamenteel bij de keel. Deze past niet meer in de huidige tijd (van internationalisering).

334. Zie *Kamersstukken II*, 2006-2007, 29 279, nr. 41, p. 2. Vgl. bijv. ook de Justitiebegroting, *Kamersstukken II*, 2006-2007, 30 800 VI, nr. 2, p. 15.

335. Lindahl 2005, p. 1892.

336. Zie Glasbergen 1999, p. 10.

van alternatieve regelgeving (§ 4.1), tot een minimum beperkt kan blijven.³³⁷

5 Niet-naleving en handhaving van alternatieve regelgeving

5.1 Inleiding

Eén van de conclusies uit het voorgaande zou kunnen zijn dat alternatieve regelgeving niet alleen van doen heeft met (de effecten van) van regulering als zodanig,³³⁸ maar ook met de verhouding tussen wetgever, rechter en maatschappij, en dus ook met grote concepten als democratie en legaliteit, etc.³³⁹ Daarmee is het onderwerp al bijna alomvattend, maar ook dan zijn we nog steeds niet helemaal rond. Een belangrijke vervolgvraag is immers of de aanwezigheid van alternatieve regelgeving invloed heeft op de naleving en handhaving van die regelgeving.

5.2 Nakoming

Er loopt een directe verbinding tussen alternatieve regelgeving en het vraagstuk van handhaving, zoals bijvoorbeeld de keuze tussen publieke of private handhaving.³⁴⁰ Het kan immers gebeuren dat de normen niet vrijwillig nagekomen worden, hoewel 'compliance' (modern Nederlands voor vrijwillige nakoming³⁴¹) in de regel aanwezig is, althans verondersteld wordt en in elk geval de bedoeling is.³⁴² Het grote voordeel van vrijwillige

337. Vgl. ook mijn eerdere suggestie (Giesen 2004, p. 161) om rechtsvorming door een 'commissie van wijziging' te laten geschieden. Het POR kan die taak op zich nemen en dan gelijk, mocht dat nodig zijn (vgl. Giesen/Vranken 2004, p. 228-229) toezicht houden op het proces van alternatieve regelgeving.

338. Vgl. Ahrne/Brunsson 2004, p. 176, die aangeven dat de mogelijkheid om gedrag te beïnvloeden, vaak veel minder is dan verwacht.

339. Zie over deze verbindingen bijv. ook Senden 2003, p. 23-26.

340. In algemene zin daarover o.a. Pijnacker Hordijk 2006, en Van Boom 2006 en specifiek voor zelfregulering en handhaving Van Driel 1989, p. 128-178; Leijten 1997, en Dresden 2004, p. 18. De mate van effectiviteit (van handhaving) vormt geen kenmerkend verschil, want beide vormen kunnen in potentie even (in)effectief zijn. Vgl. bijv. Ahrne/Brunsson 2004, p. 187, die aangeven dat vooral op de langere termijn 'soft regulation' veel 'compliance' kan verwachten. Vgl. ook Van Boom 2006, p. 38; McHarg 2006, p. 93, en Latin 1985.

341. Brenninkmeijer 2005, p. 232.

342. Het vertrekpunt is veelal dat zelfregulering effectiever is dan overheidsregulering, vgl. Ruess 2003, p. 228; Van Heffen-Oude Vrielink/Branden 2004, p. 36-37, en het themanummer van *Recht der Werkelijkheid* uit 2006 (dat echter pas na afronding van deze bijdrage verscheen). Naleving is namelijk beter geregeld indien de regels aansluiten bij de werkelijkheid van de door die regels aangesproken, vgl. Van Erp 2005, →

nakoming is dat handhaving en sanctionering niet nodig is.³⁴³ Vrijwillige nakoming wordt verkregen doordat de regels brede steun genieten, bekend zijn en 'van de werkvloer' zelf stammen (niet 'top-down' opgelegd zijn).

5.3 Handhaving

In andere gevallen kan de naleving net een extra steuntje nodig hebben en dat is tot op zekere hoogte ook te regelen. Men kan de naleving monitoren (toezicht houden) en/of een klachtenprocedure opstellen.³⁴⁴ Dat kan voor de geregeerde net genoeg zijn om zich te houden aan de afspraken die ze misschien niet helemaal verinnerlijkt hebben. Ongetwijfeld zal de beoordeling van de wenselijkheid daarvan weer mede bepaald worden door het gekozen startpunt: het ruime denkraam met veel vrijheid of het meer beperkte denkraam.

Die vrijwillige nakoming is daarom zo belangrijk, omdat in de gevallen waarin er geen 'compliance' is, alleen teruggevallen kan worden op handhaving door een individu, een collectief of een speciaal daartoe ingerichte organisatie. Dat kan zo zijn nadelen hebben.

Soms is die handhaving niet erg ingewikkeld omdat er een eenvoudig nalevingsmechanisme is ontwikkeld. Bij het overleg inzake algemene voorwaarden voor bepaalde branches is bijvoorbeeld van belang dat als er een geschillencommissie wordt aangewezen of ingesteld (hetgeen vaak het geval is), er ook een zogenoemde 'nakomingsgarantie' wordt afgesproken. De betrokken branche garandeert daarmee dat de uitspraak van de geschillencommissie daadwerkelijk verwezenlijkt wordt, zodat een bindend advies van die geschillencommissie door de leden van branche nagelceefd moet worden en wordt.³⁴⁵ Tussen 'compliance' en handhaving staat derhalve een tussenvorm die als 'automatische handhaving' gekenschetst kan worden. Lukt dat niet, dan komt onherroepelijk de daadwerkelijke handhaving via sanctionering in beeld, alsmede de problemen daarbij.

Als het om handhaving gaat, dienen zich diverse vormen aan. Naast de publieke handhaving zal zeker bij alternatieve regelgeving eerst en vooral aan private handhaving gedacht worden. Die mogelijkheid is echter niet direct werkbaar voor de betrokken individuele handhaver als een civiele procedure nodig is of zou (kunnen) zijn. Denk aan de proceskosten, griffiegelden, advocaatkosten, etc. Dat zal men trachten te omzeilen, vandaar ook dat er vaak een zelfstandig, eenvoudig, goedkoop en toegankelijk ge-

p. 20 en 27. Hierbij geldt dan ook nog dat de effectiviteit groter is als de alternatieve regelgeving gezien wordt als procedureel rechtvaardig, zie McHarg 2006, p. 94, en in algemene zin Brenninkmeijer 2005.

343. Zie Brenninkmeijer 2005, p. 217.

344. Dat laatste suggereert Weterings 2004, p. 161.

345. Zie bijv. Loos 1998, p. 9.

schilbeslechtingssysteem wordt opgezet rondom de alternatieve regelgeving. Geschillen worden dan door 'eigen mensen' ter hand genomen en afgewikkeld en blijven zo bij de overheidsrechter vandaan. Daarbij dient uiteraard wel steeds de ondergrens van art. 6 EVRM (toegang tot de rechter) in ogenschouw te worden genomen.

Naast die diverse geschillencommissies komt ook de handhaving via de (op basis van de wet ingestelde) tuchtrechtspraak in beeld.³⁴⁶ Die tuchtrechtspraak is een voorbeeld van een systeem waarin gedragsnormen voor bepaalde beroepsgroepen gehandhaafd worden door een eigen interne geschiloplosser, de tuchtrechter, op instigatie van een gedupeerde of de beroepsgroep zelf. De beroepsgroep wil ook zelf zo'n systeem en draagt dan ook zorg voor de instandhouding ervan (hetgeen dan weer tot kritiek van buiten aanleiding geeft omdat de onafhankelijkheid zou ontbreken). Met die tuchtrechtspraak en die geschillencommissies lijkt de handhaving van gedragsvoorschriften – daarop zien deze alternatieve geschilbeslechters voornamelijk – in dit deel van de markt van alternatieve regelgeving behoorlijk geregeld. Voor zover die handhaving nog onvoldoende gewaarborgd zou zijn, doet de achterliggende mogelijkheid van aansprakelijkheid via de onrechtmatige daad en de civiele rechter de rest. Die mogelijke aansprakelijkheid is in elk geval een extra stok achter de deur voor de beroepsbeoefenaren om hun werk goed te blijven doen.

In aanvulling op deze vormen van individuele handhaving biedt collectieve private handhaving in potentie goede (en wellicht betere) perspectieven, omdat zodoende de handhavingslast niet op één paar (private) schouders rust. Vooral nog is echter (de ontwikkeling van) het instrumentarium dienaangaande in Nederland onder de maat.³⁴⁷ Daarbij komt dat nog de principiële vraag of collectieve handhaving langs private weg wel juist is. Is dat niet meer iets voor de overheid?³⁴⁸

5.4 Belonen en straffen: privaatrechtelijke remedies

Belonen (positief sanctioneren) kan afgezet worden tegen daadwerkelijke (negatieve) sancties, straffen. De eerste vorm vereist weliswaar de nodige middelen (belonen kost nu eenmaal geld), maar vergt wel minder autoriteit en voorkomt daarmee bevoegdheidsproblemen.³⁴⁹ Bovendien mag niet vergeten worden dat ook bestraffen niet gratis is,³⁵⁰ en dat met dit kostenas-

346. Zie in het licht van zelfregulering bijv. Van Driel 1989, p. 147 e.v.

347. Zie art. 3:305a lid 3 BW: geen schadevergoeding via een collectieve actie. Zie nader over deze materie Tzankova 2005 en Tzankova 2007.

348. Van Gestel 2000, p. 347, stelt de vraag voor het milieurecht.

349. Ahme/Brunsson 2004, p. 185.

350. Voor gedragscodes wordt overigens wel gezegd dat positieve prikkels (privileges bij deelname; extra klanten) voor de naleving beter zijn dan sancties, zie Voluntary Codes 1998, p. 23. Dat sluit sancties echter niet uit.

pect nog niets gezegd is over de baten en dus de totale score van beide vormen van handhaving.

Wat daarvan verder zij, helemaal zonder bestraffing als stok achter de deur lijken we niet te kunnen. Zo blijkt bijvoorbeeld ook uit het bestaan van tuchtrechtspraak. De vervolgvraag is dan over welke juridische mogelijkheden wij beschikken, naast de sanctionering door de markt via de slechte publiciteit die eventueel gegenereerd wordt door zelfgemaakte afspraken niet na te komen.³⁵¹ Voor de binnen een bepaalde sociale groep gemaakte afspraken, bijvoorbeeld in de vorm van een kourmerk, staat in elk geval de ex-communicatie bij niet-naleving open. Dat is dan echter meteen een zeer zware sanctie, wellicht zelfs de zwaarst denkbare,³⁵² en daarmee dient zich meteen de vraag aan of die sanctie dan wel een reële mogelijkheid kan zijn.³⁵³

Op het concrete niveau van de regels zoals opgenomen in alternatieve regelgeving zou wellicht als mogelijke sanctie voor bepaalde gevallen gedacht kunnen worden aan de reguliere privaatrechtelijke remedies. Deze kunnen ook dienen als sanctiemechanismen om de handhaving langs privaatrechtelijke weg te stroomlijnen.³⁵⁴ Zo kunnen algemene voorwaarden, ook als die door een branche zijn opgesteld, getoetst worden aan de beschermende bepalingen uit het BW (art. 6:233 e.v.). Dat kan via een individuele 'klacht' of op vordering van een belangenorganisatie (art. 6:240 BW). Het BW regelt zo de mogelijkheid van handhaving en sanctionering van al die vormen van alternatieve regelgeving die als algemene voorwaarden te boek staan. Verdere handhavingsmechanismen zijn dan niet echt meer nodig.³⁵⁵

Het idee om de onrechtmatige daad (en/of de wanprestatie) te benutten als correctiemechanisme, past vervolgens in deze lijn. De niet-naleving van bepaalde normen die als alternatieve regelgeving door het leven gaan, kan een onrechtmatige daad (of wanprestatie) opleveren van degene die de regelgeving negeerde.³⁵⁶ Daarmee is overigens niet gezegd dat het wel in

351. Vgl. ICC 1984, p. 15; Horrevorts/Van Esch 2003, p. 37; Scott 2006, p. 134. Zie over diverse vormen van sancties (formeel en informeel) ook Parker/Braithwaite 2003, p. 131 e.v.

352. Franken 2002, p. 305. Zie ook Van Schooten-van der Meer 1997, p. 177; Horrevorts/Van Esch 2003, p. 37.

353. Ahrne/Brunsson 2004, p. 185.

354. Vgl. in breder verband daarover Van Boom 2006, en Pijnacker Hordijk 2006, die met kracht betoogt (bijv. op p. 35) dat private handhaving de publieke handhaving zeker niet geheel kan vervangen, maar er wel een noodzakelijk complement van is (p. 41).

355. Daarbij is dan nog van belang dat de nadelen van een civiele procedure niet boven de partijen hangen omdat in vele gevallen de algemene voorwaarden ook bij de al genoemde geschillencommissies kunnen worden getoetst.

356. Aansprakelijkheid van de (Nederlandse) wetgever voor fouten bij 'het wetgeven' is slechts zeer beperkt mogelijk, hetgeen de vraag doet rijzen hoe dat zit met de eventuele aansprakelijkheid van het orgaan dat verantwoordelijk is voor de alternatieve regelgeving. Ik ga hier niet nader in op eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid van deze organisatie wegens fouten gemaakt bij die regulering. Zie daarover Cafaggi 2005 en Laclé/Meuwese 2006, 1.3.

acht nemen en dus het niet-overtreden van een bepaalde zelfregulerende norm, betekent dat er niet onrechtmatig gehandeld is of toerekenbaar tekortgeschoten is.³⁵⁷ Regels uit een gedragscode, en andere vormen van zelfregulering, vormen daarmee binnen het kader van de onrechtmatige daad een 'aanwijzing' voor de rechter over hoe deze de open norm kan interpreteren.³⁵⁸ De invulling van de open norm van art. 6:162 BW, wordt zo gefaciliteerd.³⁵⁹

5.5 *Parallele handhaving*

Opmerkelijk aan het voorgaande is dat binding, rechtsvorming én handhaving blijkbaar parallel lopen bij alternatieve regelgeving, en sterk met elkaar verbonden zijn. Eén en dezelfde onrechtmatige daadsactie leidt ons immers, zo constateerde ik, door alledrie de hier onderscheiden thema's. Die conclusie is naar mijn mening van groot belang, want daardoor wordt het potentiële handhavingsprobleem inzake alternatieve regelgeving minder nijpend dan wellicht gedacht. Nu alternatieve regelgeving toch veelal door de rechter beoordeeld moet worden voordat er sprake kan zijn van (bijvoorbeeld) bindende kracht, kan in dergelijke gevallen meteen de handhaving verzekerd (afgedwongen) worden via de verlening van een executoriale titel. Dat loopt dan via dezelfde onrechtmatige daadsactie of andere open norm die in het betreffende geval toegepast wordt.

Het zojuist al besproken voorbeeld van de tuchtrechtspraak laat vervolgens zien dat ook op dat vlak de thema's binding, rechtsvorming en handhaving parallel lopen en nauw verweven zijn. Een tuchtrechtelijke uitspraak moet gevolgd worden door de beroepsbeoefenaar, zal vaak in brede kring de beroepsnorm 'vastleggen', daarom feitelijk navolging vinden en later via diezelfde tuchtrechter³⁶⁰ herhaaldelijk toepassing vinden en daarmee ook afdwingbaar zijn. Zo concludeer ik dat de handhaving van alternatieve regelgeving steviger in de schoenen staat dan gedacht.

357. Vgl. (voor Zwitsers recht) Rüetschi 2003, p. 240-241.

358. Niet-naleving kan daarmee dus een onrechtmatige daad zijn, maar als een bepaalde handwijze wellicht 'niet passend' is, is dat niet meteen gelijk aan onrechtmatig, zie Boukema 1991 p. 47.

359. Zo reeds Schut 1972, p. 363. Zie ook Rüetschi 2003, p. 240.

360. Of eventueel de civiele rechter, die uiteraard waarde zal toekennen aan die eerdere uitspraak vanuit de beroepsgroep, zie § 4.3 en § 4.6.

6 Richtlijnen voor alternatieve regelgeving?

6.1 Primaire en secundaire regels

Inleiding

Wellicht is het enigszins impliciet gebleven, maar mijns inziens kan uit het voorgaande, en uit vormen van alternatieve regelgeving die besproken zijn, afgeleid worden dat alternatieve regelgeving in elk geval leidt tot de ontwikkeling van zogenaamde primaire regels, zoals door Hart onderscheiden, maar niet altijd (ook of in voldoende mate) tot secundaire regels.³⁶¹ Gedragscodes, leidraden, protocollen, etc. betreffen vaak 'do's and don'ts', gedragsnormen dus. Maar die instrumenten bevatten geen (andersoortige) regels die de samenhang tussen de primaire regels bewaken, ofwel bevoegdheidsregels; er zijn niet altijd regels die de wijziging of aanpassing van de primaire gedragsnormen regelen.

Uiteraard zijn er regelmatig juist wel dergelijke secundaire regels aanwezig, in elk geval tot op zekere hoogte. Dit is bijvoorbeeld het geval als de zelfregulering voorzien is van een geschilbeslechtsingsmechanisme, zoals de Reclame Code Commissie die 'recht' spreekt inzake gevallen van eventueel misleidende reclame. Daar waar er een 'ADR-mechanisme' bestaat, zijn er ook regels van secundaire aard ('rules of adjudication'). Maar, daarmee zijn niet alle gevallen van alternatieve regelgeving gedekt want vele vormen kennen geen eigen geschilbeslechtsingsmechanisme, terwijl met de aanwezigheid van zo'n mechanisme ook niet gezegd is dat alle andere 'benodigde' secundaire regels gegeven zijn.³⁶²

De vraag die derhalve opkomt, is deze: moeten we ten behoeve van het (toekomstige algemene) gebruik van alternatieve regelgeving binnen het privaatrecht niet op zoek naar de 'secondary rules' in de zin zoals Hart die onderscheiden heeft (de zogenaamde 'power-conferring rules')?³⁶³ Anders geformuleerd: willen wij ertoe over gaan om deze 'secondary rules' vast te leggen?³⁶⁴

361. De link naar het werk van Hart heb ik van Westerman 2003, p. 54, verwijzend naar het onderscheid in soorten regels zoals gemaakt door Hart (zie Hart 1994, p. 81 en p. 94 e.v.), en is ook te vinden bij Van Schooten-van der Meer 1997, p. 12-13, die in dit verband over impliciete en expliciete zelfregulering spreekt, en bij Van Gestel 2000, p. 97 e.v. Daarbij merk ik op dat ik met dank mede gebruik heb gemaakt van de vertaling van een deel van Hart's werk in Griffiths/Weyers 2005, p. 79 e.v.

362. Van Schooten-van der Meer 1997, p. 13, lijkt als uitgangspunt te hanteren dat de zelfregulering die hier centraal staat (in haar termen expliciete zelfregulering), steeds zowel primaire als secundaire regels omvat. Dat is m.i. niet standaard het geval.

363. Hart 1994, p. 94.

364. Zie Hart 1994, p. 81 en p. 94 e.v. Zie daarover bijv. ook Harris 1980, p. 105-109, en Smith 2005, p. 129-135. De term 'power-conferring' is van Lloyd/Freeman 1985, p. 403.

Belang

De eventuele zoektocht naar 'secondary rules' is daarom van belang omdat alleen een kleine gemeenschap waarvan de leden verbonden zijn via verwantschap of gemeenschappelijke overtuigingen en die gesitueerd is in een stabiele omgeving, kan voortbestaan op basis van louter primaire regels. Als die omstandigheden veranderen, zal de eenvoudige sociale controle gebrekkig blijken.³⁶⁵ Op zich zal aan die voorwaarden voor 'voortbestaan' in situaties waarin alternatieve regelgeving totstandkomt, regelmatig voldaan zijn, maar als de betrokken groep bijvoorbeeld groter wordt, en/of ook diffuser, doet zich hier mijns inziens wel een (potentieel) probleem voor. Ook kan de stabiliteit van de omgeving tegenvallen in deze tijd van dynamiek op de markt en bij de consumentenvoorkeuren. Het (ongewijzigd) voortbestaan van bepaalde vormen van alternatieve regelgeving kan dan in het geding raken. Om te kunnen binden, geschillen te kunnen beslechten en bij de tijd te kunnen blijven, zijn een 'rule of recognition', een 'rule of adjudication' en een 'rule of change' wellicht handig.³⁶⁶

Voor het vervolg is nog van belang om te expliciteren dat achteraf bezien het voorgaande deel van dit onderzoek geduid kan worden als een (impliciete) poging om uit de kruiddampen die de primaire regels van zelf-reguleringsinitiatieven achterlaten, enige secundaire regels op te diepen en bloot te leggen. Dat soort regels is immers wezenlijk voor het algemene statuut en aanzien van alternatieve regelgeving.

6.2 Richtlijnen via Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving (AvdAR)?

Richtlijnen nodig?

Via alternatieve regelgeving vindt er heden ten dage nadere invulling, en daarmee tevens een *modificatie* plaats van wat geldend 'recht' is. Codificatie (althans langs officiële weg) van die (primaire) regels is veel minder belangrijk geworden.³⁶⁷ Voor een dergelijke modificatie is echter wel nodig, zo bleek ook uit het voorgaande, dat de normen de betrokken rechtsgenoten kunnen binden en het 'recht' kunnen vormen. Daarvan is inderdaad sprake.

Gegeven die stand van zaken is de vervolgvraag of het nodig is ten minste de zojuist geïntroduceerde secundaire regels op enigerlei overkoepende

365. Hart 1994, p. 92.

366. Over die drie subtypen van 'secondary rules', zie Hart 1994, p. 94-98. Vgl. verder Harris 1980, p. 109-113 en Smith 2005, p. 131.

367. Vgl. Van Gestel/Hertogh 2006, p. 28, verwijzend naar eerder werk van T. Koopmans uit 1970 waarin dit begrippenpaar al figureerde.

lende wijze (voor alternatieve regelgeving in zijn algemeenheid) gestalte te geven. En als dat het geval is, is het dan wenselijk om het opstellen van dergelijke secundaire regels ook weer aan zelfregulering over te laten of zou de overheid daarbij een bescheiden, faciliterende rol moeten spelen, bijvoorbeeld door *Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving* (verder ook: AvdAR) op te laten stellen?³⁶⁸ Het zou dan gaan om aanwijzingen, richtlijnen,³⁶⁹ over hoe enkele zaken die bij alternatieve regelgeving steeds weer een rol spelen, aangepakt zouden *kunnen* worden (zonder de plicht voor elke alternatieve regelgever die richtlijnen te moeten volgen).

Veel zal hier ervan afhangen welk van de eerder onderscheiden denkmogelijkheden iemands voorkeur krijgt. Welke visie op zelfregulering als zodanig heeft degene die aan zet is? In de taal van die twee denkkaders: geven we de ruimte of is een beperking van die ruimte nodig?

Voor de optie om alternatieve regelgeving de ruimte te laten, pleit sterk dat de kracht daarvan nu juist gelegen is in de ruimte die de groep krijgt om zelf dingen aan te pakken, het resultaat daarvan zelf te aanvaarden en er daarom aan gebonden te zijn. Het ligt in het wezen van alternatieve regelgeving besloten dat men het helemaal zelf doet. Interventie op het niveau van secundaire regels past niet daarbij, zo lijkt het. Aan de andere kant: het zou wel efficiënt zijn om de steeds terugkerende kwesties in één keer voor iedereen te regelen, dan hoeft niet iedereen opnieuw het wiel uit te vinden. Men kan steunen, als men dat verkiest, op wat er al aan richtlijnen is. De vraag is echter of dat op zichzelf een voldoende rechtvaardiging kan zijn voor de overheid of wie dan ook om in te grijpen, althans bij te sturen, via (onverplichte) richtlijnen.

Hieraan zou echter nog toegevoegd kunnen worden dat de eerder besproken kwesties van binding en rechtsvorming (uiteeraard) onder invloed staan van de kwaliteit van het proces (de totstandkoming) van alternatieve regelgeving. Kort gezegd: hoe beter dat proces, hoe meer er kan. Normering van dat proces zal een kwaliteitsimpuls brengen en daarom zeker op de lange duur ook in het belang zijn van 'de' alternatieve regelgeving. De rechtsgevolgen die daarvan uit (kunnen) gaan, kunnen dan welwillend(er) bezien

368. Zie Polak 1986, p. 221, en in gelijke richting Ten Berge 2004, p. 20. Van Driel 1989, p. 111 en p. 165, is tegen een wettelijk kader, maar wil wel houvast bieden en stelt dan ook richtlijnen voor zelfregulering op, zie p. 119 e.v., en p. 273-274. In het verleden is ook al de 'Wet op de gedragscodes' genoemd, zie Huls 1988, p. 16. Van Gestel 2000, p. 361, bepleit opname van expliciete aanknopingspunten in de Wet Milieubeheer en de Awb. In de nota 'Zicht op wetgeving' (*Kamerstukken II*, 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 26) werd ook al over institutionalisering van zelfregulering gesproken, zoals Van Gestel/Hertogh 2006, p. 35, in herinnering roepen. Ook Asser-Vranken 2005, nr. 83, 89 en 94, lijkt voor (procedurele) waarborgen te pleiten. Snijders 2001, p. 31, is voor een wet.

369. Men kan bij deze AvdAR denken aan een model of een 'Restatement' waaruit inspiratie geput kan worden bij het opzetten van alternatieve regelgeving; een model (protocol) zoals dat bijvoorbeeld ook bij het SER-overleg inzake algemene voorwaarden wordt benut.

worden. Voornoemde twee gezichtspunten zijn mijns inziens samen sterk genoeg om te kiezen voor enige nadere normering van alternatieve regelgeving.

Geen wettelijke normering

Gezien het voorgaande is er wellicht zelfs wel meer nodig dan 'enige normering'. Zouden de secundaire regels niet een bepaalde formeel gelegitimeerde (lees: wettelijke) status moeten hebben? In die visie zou alternatieve regelgeving uiteindelijk terug te voeren moeten zijn op een formeel kader.

Met zo'n formeel-wettelijk kader zou ook meteen voor het eenvoudige 'legal system' dat alternatieve regelgeving lijkt te vormen, een 'rule of recognition' zoals door Hart bedoeld, gegeven zijn. Dat zou vooruitgang kunnen betekenen, want vooralsnog is alternatieve regelgeving of zelfregulering immers 'slechts' als een primitieve vorm van recht aan te wijzen (in Harts terminologie) waarin er geen (althans niet structureel en altijd) 'secondary rules' bestaan. De afwezigheid van een 'rule of recognition'³⁷⁰ betekent bijvoorbeeld:

*'In simpler societies we may have to wait and see whether a rule gets accepted or not. The rules of such a society are binding if they are accepted by the community but, of course, they would not be rules if they were not accepted.'*³⁷¹

Datzelfde zien we bij alternatieve regelgeving. Mijns inziens is de parallel ook voldoende helder om systemen van zelfregulering te kunnen beschouwen als 'simple societies' – zelfregulering betreft meestal eenvoudige gemeenschappen, verbanden, of groepen – en dus eenvoudige systemen van recht in de zin van Hart. Dat betekent dan weer dat, vanuit die parallel verder denkend, het ontwikkelen van 'secondary rules', zinvol kan zijn. Systemen van alternatieve regelgeving als eenvoudige rechtssystemen, zouden zo nader ontwikkeld (kunnen) worden.³⁷²

Wat hier verder van zij, toch meen ik dat dit alles tezamen onvoldoende reden is om met een *wettelijke* regeling te komen. Hoe wenselijk secundaire regels ook zijn, die regels afkondigen in de vorm van een wet zou naar mijn mening te ver gaan. De nadelen van een overkoepelende wettelijke regeling inzake de procedurele voorschriften, want enkel daarover

370. Voor Hart is zo'n 'rule of recognition' overigens niet noodzakelijk, maar eerder een luxe, zie Hart 1994, p. 233 en daarover Lloyd/Freeman 1985, p. 411.

371. Zie Lloyd/Freeman 1985, p. 411.

372. Wellicht is langs deze weg ook de eerder geconstateerde inbreuk op de trias politica te lijnen, maar ik heb al eerder aangegeven (§ 4.3 en § 4.6) daaraan niet al te zeer te hechten.

gaat het, zijn te groot. Ten eerste en vooral is daarbij van belang dat de ruimte die alternatieve regelgeving krijgt en krijgen moet, te veel ingeperkt zou worden als er een wettelijke regeling zou komen. Enige inperking is niet erg, ik ben zelf ook voorstander van het vastleggen van richtlijnen, maar die beperking moet wel proportioneel zijn.

Ik voeg daar nog aan toe dat er binnen de vele mogelijke vormen van alternatieve regelgeving teveel verscheidenheid bestaat (en te weinig afbakeningsmogelijkheden bestaan, § 2.2 en § 2.4) om alles in één wet te kunnen (onder)vangen. Een Aanwijzing die, indien deze in het voorliggende geval passend is, gevolgd kan worden, past beter bij die verscheidenheid, zeker als binnen die AvdAR met keuzemenu's gewerkt zou worden (zie § 6.3).

Een derde belangrijk nadeel van een wettelijk regeling zou zijn dat deze wet uiteindelijk toch niet louter en alleen procedurele kwesties zou kunnen regelen. Bij beide denkramen of modellen voor alternatieve regelgeving is echter het uitgangspunt, en terecht, dat de materiële kant van de zaak aan de zelfreguleerders voorbehouden is. Als er al nadere eisen gesteld zouden kunnen worden, zijn dat enkel formele voorwaarden (zie § 2.10). Precies dat is echter bij een wet niet te verwezenlijken, omdat die wet zal moeten vastleggen wat de gevolgen zijn als bij de vorming van zelfregulering de in die wet opgenomen formele eisen in acht genomen zijn. Die wet zou immers geen nut hebben als er niets geregeld zou zijn over de rechtsgevolgen van het volgen van de daarin beschreven procedure. De wet zal bijvoorbeeld ten minste iets moeten bepalen over de positie van de rechter ten opzichte van die alternatieve regelgeving die conform de voorgeschreven procedure is gemaakt. De uitkomst daarvan zal zijn dat de rechter die alternatieve regelgeving dan zal moeten accepteren, en daarmee is diens vrijheid te zeer ingeperkt. De rechter zal de procedureel 'juist' ontworpen materiële normen moeten volgen zonder deze nog materieel te kunnen toetsen. Zo is hij inhoudelijk gebonden, net zoals de strijdende partijen, waarvan er tenminste één niet gebonden zal willen zijn.

Het voordeel van de AvdAR boven een wettelijke regeling is dat de net beschreven rechterlijke binding niet zal plaatsvinden. Er ontstaat wel een toetsingskader (de AvdAR) waar die rechter acht op kan slaan en ook zal slaan, vooral als het erom gaat of een buitenstaander wellicht gebonden is, maar de rechter behoudt wel te allen tijde zijn vrijheid om zijn eigen oordeel te vormen zonder vooraf op enigerlei wijze gebonden te zijn of slechts beperkt te mogen toetsen. Daarbij vergeet ik niet dat van dit beoordelingskader natuurlijk enige 'uitstralende werking' mag worden verwacht, een 'normerend effect' op die vormen van alternatieve regelgeving die de AvdAR niet volgen. Maar omdat het niet volgen van de AvdAR eenieder nu eenmaal vrij staat, en dat ook als een paal boven water staat, zal die uitstraling slechts beperkt kunnen zijn.

Wel AvdAR

Uit het voorgaande volgt genoegzaam dat ik een voorstander ben van het ontwikkelen van Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving. Zonder te ver door te schieten, zonder de vrijheid van alternatieve regelgevers te zeer in te perken, kan er dan een kwaliteitsimpuls plaatsvinden en efficiënt(er) gehandeld worden.³⁷³ Als daarvoor inderdaad gekozen wordt, zouden in die AvdAR diverse secundaire regels, bruikbaar voor allerlei vormen van alternatieve regelgeving, zoals protocollen, leidraden, gedragscodes, etc., neergelegd kunnen worden om zodoende terugkerende kwesties als binding, rechtsvormende invloed, etc. het hoofd te kunnen bieden (zie § 6.3).³⁷⁴

Dat hiermee dan tevens het instrument van alternatieve regelgeving nader gereguleerd wordt, doordat er op meta-niveau richtlijnen beschikbaar komen (meta-regulering), neem ik op de koop toe. Meta-regulering is op zichzelf ook niet schadelijk, mits het goed doordacht is. Daarnaast zou zo'n proces van meta-regulering naadloos aansluiten bij wat zich op bepaalde vlakken toch al voltrekt.³⁷⁵

Bovendien staat bij het nadenken over de Aanwijzingen voorop, ik benadruk dat nogmaals, dat de inhoudelijk-materiële afweging inzake de op te stellen normen, standaarden of regels niet door de opsteller van die procedurele richtlijnen gemaakt wordt.³⁷⁶ De AvdAR regelen slechts de procedure van totstandkoming van alternatieve regelgeving en daarmee de inachtneming van enige waarborgen (vooral als de zelfregulering gepaard gaat met een geschiloplossingssysteem). Meer niet.³⁷⁷

Dat de ontwikkeling van Aanwijzingen zelfs voor het domein van 'het niet gereguleerde' gewenst kan zijn, blijkt ook uit de literatuur. Daarin is er reeds voor gepleit door Ten Berge om de Aanwijzingen voor de regelgeving aan te vullen met enige bepalingen (criteria en randvoorwaarden) inzake gedragscodes.³⁷⁸ Polak pleitte er al voor zogenoemde 'Aanwij-

373. Teuben 2004, p. 177-178 en p. 344-346, pleit wel nog voor een wettelijke regeling (voor rechtensregelingen). Raaijmakers 2006, p. 804, wil een duidelijk kader want anders leidt zelfregulering niet tot verheldering.

374. Zulks sluit aan bij de gedachte van Westerman 2003, p. 54, dat juristen zich moeten toeleggen op het ontwerpen van meta-regels (of constitutieve regels, vgl. Adams 2006, p. 106).

375. Om tot bepaalde standaarden, zoals ISO-normen, te komen, dient ook nu al een geformaliseerd proces, voorzien van enige waarborgen, doorlopen te worden. Zie Schepel 2005, p. 6 en p. 242 e.v. Frappant is dat vervolgens doorklinkt dat dit nog niet genoeg is, en dat verdere jurisdisering nodig is, zie Schepel 2005, p. 246-249.

376. Vgl. de waarborgen waarvoor Teuben 2004, p. 177-178, pleit.

377. Meeromvattende regulering zou betekenen dat de zelfregulering niet geregeld maar juist de facto afgeschaft zou worden, vgl. Ruess 2003, p. 226.

378. Ten Berge 2004, p. 20.

zingen voor zelfregulering' op te stellen.³⁷⁹ Bovendien, als de wetgever toch al gevraagd wordt randvoorwaarden inzake zelfregulering te stellen,³⁸⁰ kan dat meteen ook via de AvdAR meegenomen worden.

De vrees dat de overheid in de maalstroom van dit proces in te grote mate haar eigen functie (weer of alsnog) oppakt en daarmee wellicht het vertrouwen in alternatieve regelgeving om zeep zal helpen,³⁸¹ zal mijns inziens niet bewaarheid worden. Ten eerste niet omdat het bij de AvdAR geenszins om de materiële regels gaat, maar louter om het procedurele kader daaromheen. Ten tweede niet, omdat het naar mijn mening niet zomaar 'de overheid' zou moeten zijn die de Aanwijzingen gaat opstellen. In mijn visie, helemaal verrassen zal dat niet, zou het opstellen van deze Aanwijzingen een taak voor het (uitgebreide) POR moeten worden.³⁸² Wetgever, rechterlijke macht en maatschappelijke groeperingen kunnen dan gezamenlijk een blauwdruk ontwerpen voor meta-richtlijnen inzake het opstellen van alternatieve regelgeving. Wat er vervolgens in die AvdAR zou moeten worden opgenomen, komt hierna aan bod.

6.3 Inhoud van de Aanwijzingen

Gezien de thema's die hiervoor besproken zijn, zullen de eventueel als AvdAR te ontwikkelen secundaire (procedurele) richtlijnen wat mij betreft in ieder geval (maar zeker niet daartoe beperkt) betrekking hebben op de binding van betrokkenen aan de primaire regels (ik denk hierbij, in Harts termen, aan een 'rule of recognition' en een 'rule of adjudication'). Daarnaast zouden procedurele normen vastgelegd kunnen worden inzake de invloed op de rechtsontwikkeling van die primaire regels (via een 'rule of change').³⁸³ Ook over handhaving en mogelijke vormen van geschilbeslechting zal een richtlijn opgenomen moeten worden, zo lijkt het.

Op hoofdlijnen zullen die eventueel nog te formuleren Aanwijzingen dan ongeveer hierop neerkomen dat:

379. Polak 1986, p. 221. Ook vond ik bijvoorbeeld inspiratie bij de Richtlijnen voor zelfregulering die Van Driel 1989, p. 119-123, bepleitte en heeft opgesteld, en de checklist voor zelfregulering van NCC 2000, p. 50 e.v., waarover ook McHarg 2006, p. 93-94.

380. Zie bijv. Peeters 1994, p. 125; Gilhuis 1993, p. 80. I.a.v. de Raad voor de Journalistiek stelt Mentink 2006, p. 191, voor om een *wettelijke* regeling aan te kondigen en indien nodig in te voeren.

381. Vgl. Geelhoed 1993, p. 51; Peters 1994, p. 143-144; Degenkamp 2006, p. 321.

382. Uiteraard kan ook de overheid via bijv. het ministerie van Justitie deze taak oppakken maar mede gezien het onderwerp lijkt een breder samengesteld samenwerkingsverband van ontwerpers, zoals het POR, beter geschikt.

383. Over die subtypen Hart 1994, p. 94-98, en verder Harris 1980, p. 109-113, en Smith 2005, p. 131.

- er een (keuze)systeem aangeboden wordt met de mogelijke procedures om op hoofdlijnen de wijze en mate van binding van betrokkenen (en eventueel derden) aan de materieel-inhoudelijke, primaire normen vast te kunnen leggen.³⁸⁴

Diverse opties kunnen daarbij via dat keuzemenu aangereikt worden. Er kan bijvoorbeeld een procedure opgenomen worden die gevolgd zou kunnen worden, indien gewenst, om de wetgever de regels achteraf te kunnen laten 'goedkeuren'.³⁸⁵ Ook kan er een procedurevorm beschreven worden waarmee partijen samen tot afspraken zouden kunnen komen of waarmee die partijen het aan de rechter laten om te bepalen, mocht de vraag zich ooit voordoen, hoe 'doorwerking' van de alternatieve regelgeving eventueel geschieden kan. Bij dit alles geldt als uitgangspunt dat wat de groep betrokkenen zelf als procedure aanvaardt en als regel benoemt, ook rechtens is voor die groep (een brede 'rule of recognition' dus).

er tevens een (keuze)systeem aangeboden wordt met de mogelijke procedures om op hoofdlijnen vast te kunnen leggen of in welke mate de gemaakte afspraken rechtsvormend mogen of zelfs moeten zijn en hoe het proces van rechtsvorming dan zijn beslag kan of moet krijgen (via een 'rule of change').

Ik kan me voorstellen dat de alternatieve regelgevers nadenken over vragen als: is voor rechtsvorming de interne geschilbeslechter (zie hierna) bedoeld of is er in deze een rol weggelegd voor de civiele rechter? Mogelijke antwoorden daarop zouden als eventueel te volgen procedurele stappen kunnen worden opgenomen. Zo zou bijvoorbeeld een eventueel als geschilbeslechter aangewezen orgaan eveneens als 'herziener' van de alternatieve regelgeving kunnen opereren, indien gewenst.³⁸⁶

- er enige mogelijke handavingsmechanismes en enige vormen van sanctionering, opnieuw ter vrije keuze, worden aangeboden voor de gevallen van niet-naleving, inclusief de mogelijkheid om een orgaan aan te wijzen dat zich hierover bekommeren kan als 'conflictoplosser' en 'sanctieoplegger' ('rules of adjudication').

384. Vgl. de expliciet geuite wens t.a.v. rechtersregelingen van Snijders 2001, p. 29.

385. Wellicht, na eventuele aanpassing en afstemming van die instrumenten, via een soort algemeenverbindendverklaring (vgl. art. 15.36 Wet Milieubeheer) of een soort 'standaardregeling' (vgl. art. 6:214 BW).

386. Waaraan Scott 2006, p. 142, nog zou toevoegen een regeling, via een keuzemenu, inzake de verantwoordelijkheid van de zelfregulerende instantie. Het idee van keuzemenu's ontleen ik aan Van Bijnen 2005.

Op alle elementen uit de alternatieve regelgeving kan derhalve, indien men daarvoor kiest, worden toegezien door een (particuliere of overheids) geschilbeslechter die eventueel ook sancties mag opleggen. Ook hierover worden Aanwijzingen opgesteld, liefst weer met enige keuzemogelijkheden, bijvoorbeeld aangaande de intensiteit van het toezicht en de sanctiëring, en inclusief enkele procedurele voorschriften.³⁸⁷ De eventueel aangewezen geschilbeslechter, en zeker de civiele rechter, houdt daarbij rekening met de procedurele afspraken zoals die gemaakt zijn als ze gemaakt zijn, en laat deze meewegen bij zijn oordeel. Dat betekent echter niet dat het volgen van de Aanwijzingen op zichzelf beslissend kan zijn, de rechter behoudt ruimte voor een afwijkend oordeel.

- er tevens een (keuze)systeem aangeboden wordt om op hoofdlijnen vast te kunnen leggen hoe er omgegaan kan of moet worden met beslissingen van geschilbeslechters binnen een zelfreguleringsproject voor het geval die beslissing (alsnog) voor de civiele rechter aangevallen wordt.

Aansluiten bij de regeling dienaangaande inzake het bindend advies (art. 7:904 BW), of inzake arbitrale vonnissen (art. 1065 Rv³⁸⁸), of bij de wijze waarop omgegaan wordt met tuchtrechtelijke oordelen, naar keuze van de desbetreffende private regelmakers, lijkt dan voor de hand te liggen.³⁸⁹

Dit palet is uiteraard lang niet volledig. Het voert ook te ver die volledigheid hier na te streven. Ik herhaal hier enkel nog dat het steeds om procedurele richtlijnen gaat, om het aanreiken van mogelijkheden die gevolgd zouden kunnen worden (als kader of als baken) om de totstandkoming van alternatieve regelgeving eenvoudiger te maken, zonder dat daarmee een eventuele toetsing achteraf ingeperkt wordt.

387. Voor de verdere invulling zou afgestemd kunnen worden op de onderwerpen die geregeld zouden moeten worden als het gaat om geschilbeslechting in consumentenzaken in Europa, zie Aanbeveling 98/257 van de commissie inzake de zeven principes waaraan geschilbeslechting in consumentenzaken zou moeten voldoen (zie COM (1998) 198 def, alsmede de mededeling van de commissie van 4 april 2001, COM (2001) 161 def, p. 4). Aansluiting zou verder nog gezocht kunnen worden bij de procedureregels voor arbitrage. Ook die regeling is in de kern immers een vorm van regulering van hetgeen tussen private partijen qua geschilbeslechting eventueel gelden zal.

388. Waarover recent nog (vooral inzake art. 1065 sub d Rv) IIR 22 december 2006, *RvdW* 2007, 27.

389. De vraag kan ook luiden of we deze tweede toetsing bij de civiele rechter niet helemaal zouden moeten uitsluiten. Dat kan echter slechts als de resterende waarborgen voldoende zijn in de zin van art. 6 EVRM (toegang tot de rechter), hetgeen niet eenvoudig te construeren zal zijn. Black 1996 noemt dit 'constitutionalizing self-regulation', alternatieve regelgeving krijgt een grondwettelijke inbedding.

7 Afronding

Het voorgaande heeft duidelijk gemaakt dat de focus komt te liggen op het *proces* van alternatieve regelgeving, op de wijze waarop die vorm van regulering plaatsvindt en aan verandering onderhevig kan zijn. Dat betekent ook dat de aandacht niet gericht wordt op de inhoud van de alternatieve regelgeving en op de materiële normen. Het is echter de vraag – die vraag is terecht al eerder gesteld³⁹⁰ – of we niet vooral over de inhoud zouden moeten spreken. Is de meest wezenlijke vraag niet deze of de op een bepaald terrein toegepaste zelfreguleringsnormen wel de juiste, eerlijkste of meest rechtvaardige normen zijn (waarbij ik nu graag in het midden laat aan welke maatstaf we dan zouden moeten toetsen)?

Echter, omdat het procedurele kader van alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen nog te weinig ontwikkeld is, is het mijns inziens van belang om in eerste instantie wel die procedurele kant van de zaak uitvoerig te belichten. Het is vervolgens te hopen dat, voortbouwend op de dan bereikte procedurele duidelijkheid, op niet al te lange termijn de overstap gemaakt kan worden naar de inhoud van de private regels, maar zolang dat niet kan, moeten we vooral letten op de randvoorwaarden.

De voor de hand liggende tegenwerping dat we alternatieve regelgeving niet mochten ‘vervuilen’ met procedurele voorschriften, is begrijpelijk. Naar mijn mening is er echter geen weg meer terug.³⁹¹ Immers, alternatieve regelgeving is een belangrijke aanvulling op wat we aan ‘recht’ hebben, het is als maatschappelijke realiteit ongetwijfeld een blijvend verschijnsel, en hoe populairder alternatieve regelgeving wordt, hoe hoger de eisen komen te liggen die daaraan gesteld worden. Gezien de consequenties die alternatieve regelgeving met zich brengt, is dat ook logisch.

Het gevolg van het introduceren van nadere richtlijnen is wel dat de eisen aan alternatieve regelgeving min of meer gelijk gaan lopen aan die welke we stellen aan wetgeving.³⁹² Zorgvuldigheid, kenbaarheid, eenduidigheid, transparantie en waarborgen om alle belangen recht te doen, is wat geëist wordt;³⁹³ de motivering moet voldoende stevig zijn,³⁹⁴ en geschillenrege-

390. Zie vooral Katz 1996, p. 1755 e.v. en m.n. p. 1756: ‘Once jurisdiction is settled, the substantive work of lawmaking remains to be done’.

391. Overigens kennen we al de Wet tot het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, *Stb.* 1937, 801, waarmee zelfregulering ook al nader gereguleerd wordt.

392. Over die eisen kort Van Schooten-van der Meer 1997, p. 17, en Van Kreveld 2006, p. 187.

393. Prins 2006, p. 1677; Polak 1986, p. 214; Van Heffen-Oude Vrielink/Branden 2004, p. 43; Leenen/Gevers 2000, p. 182 en Leenen/Gevers/Biesart 2002, p. 15. Vgl. ook Ruess 2003, p. 225.

394. Zie bijv. Hoogenraad 2005, p. 276. Overigens zullen al deze factoren ook een rol spelen in de rechtspraak als het gaat om de afweging tot welke mate van binding of rechtsvorming de alternatieve regelgeving kan leiden.

lingen dienen aan de eisen voor een behoorlijk proces te voldoen.³⁹⁵ Als gezegd, min of meer dezelfde maatstaven leggen we aan bij wetgeving en bij rechtspraak. Als dat inderdaad het geval is, dan zullen we de eisen die we zouden kunnen of willen stellen, wel (liefst tevoren) moeten expliciteren, bijvoorbeeld in de AvdAR.

Tot de kern teruggebracht, gaat het erom het gemis aan democratische legitimatie inzake materiële normstelling te compenseren via de regulering van het proces van totstandkoming, en zodoende tevens via de kwaliteit van de normen.³⁹⁶ Daarmee verliest alternatieve regelgeving uiteraard wel een deel van zijn competitieve voorsprong (verlies aan flexibiliteit) en gaat zelfregulering iets meer op wetgeving lijken, maar dat is mijns inziens aanvaardbaar. Immers, en dat is de positieve keerzijde daarvan, zodoende krijgt diezelfde alternatieve vorm van regulering ook een (steviger) plaats 'in de eenheid van een rechtsorde', waardoor die rechtsorde meteen (extra) beschermd is tegen de invloed ervan.³⁹⁷

Toegegeven, de private regelgeving wordt misschien enigszins beperkt qua bereik en autonomie, omdat via de AvdAR een beoordelingskader wordt gesteld voor bijvoorbeeld bindende kracht.³⁹⁸ Bovendien mag van dat kader ook enige 'uitstralende werking' worden verwacht op alternatieve regelgeving die de AvdAR niet volgt (hetgeen, nogmaals, vrij staat). Het uiterste gevolg van één en ander kan dan inderdaad zijn dat alternatieve regelgeving meer naast 'gewone' wetgeving komt te staan als een gelijksoortig, misschien wel gelijkwaardig alternatief. Dat is echter geen probleem als er in voldoende mate rekening gehouden wordt met de specifieke karaktertrekken van alternatieve regelgeving, en dat kan nog steeds, ook als er AvdAR zouden bestaan. Dit alles betekent wel dat de uitdaging voor de komende periode gelegen is in het vinden van de juiste (wijze van) regulering van alternatieve regelgeving.³⁹⁹

395. Vgl. § 6.3 en bijv. Polak 1986, p. 214.

396. Vgl. Hirsch Ballin 1999, p. 28. Ook Strömholm 1971, p. 255, pleit voor het zoeken naar minimumnormen waaraan private regelgeving moet voldoen. Dat het proces in deze van belang is, 'Legitimation durch Verfahren', ziet ook Teuben 2004, p. 110. Vgl. tevens expliciet Schepel 2005, p. 413.

397. Lindahl 2005, p. 1892. In die zin ook Schepel 2005, p. 414; zowel publiek- als privaatrechtelijke mechanismen moeten bijdragen aan de constitutionalisering van 'private governance'.

398. Lindahl 2005, p. 1892.

399. Zie Black 2001, p. 104, en vgl. verder bijv. Schepel 2005, p. 29 e.v., en Walker 2006, p. 346.

Literatuurlijst

Adams 2006

M. Adams, Heden en verleden in de rechtspleging, Rechtsvergelijkende en rechtstheoretische beschouwingen over de precedent- en zwaartekracht van rechterlijke uitspraken, *RM Themis* 2006/3, p. 106 e.v.

Adviescommissie Bpr 2006

Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, Reactie op het eindrapport van het driemanschap 'Uitgebalanceerd' (2006), *TCR* 2006/3, p. 68 e.v.

Ahrne/Brunsson

G. Ahrne, N. Brunsson, Soft Regulation from an Organizational Perspective, in: U. Mörtz, *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar: Cheltenham, UK 2004, p. 171 e.v.

Åkermark 2004

S.S. Åkermark, Soft law and International Financial Institutions, in: U. Mörtz, *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar: Cheltenham, UK 2004, p. 61 e.v.

Asser 2005

W.D.H. Asser, Over rechtsvorming door de Hoge Raad, *AA* 2005, p. 223 e.v.

Asser/Groen/Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, BJu: Den Haag 2003

Asser/Groen/Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, BJu: Den Haag 2006

Asser-Hartkamp 4-II

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbindenissenrecht Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Kluwer: Deventer 2005

Asser-Hartkamp 4-III

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbindenissenrecht Deel III. De verbintenis uit de wet*, Kluwer: Deventer 2006

Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen)

D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Asser-serie Procesrecht, vierde druk, bewerkt door E. Korthals, H.A. Groen, Kluwer: Deventer 2005

Asser-Scholten 1974

P. Scholten, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Algemeen Deel*, derde druk, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1974

Asser-Vranken 2005

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Algemeen deel. Een vervolg*, Kluwer: Deventer 2005

Baarsma e.a. 2003

B. Baarsma (e.a.), *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, SEO-rapport nr. 664, SEO: Amsterdam 2003

Baarsma e.a. 2004

B. Baarsma (e.a.), *Goed(koop) geregeld: Een kosten/baten analyse van wetgeving en zelfregulering*, SEO-rapport nr. 720, SEO: Amsterdam 2004

Bachmann 2003

G. Bachmann, *Privatrecht als Organisationsrecht*, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002*, Richard Boorberg Verlag: Stuttgart 2003, p. 9 e.v.

Barendrecht 1998

J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, W.F.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1998

Barendrecht 1999

J.M. Barendrecht, *Verenigbare en onverenigbare belangen: onderhandelingen in de letselschadepraktijk en de on vervulde behoefte aan normen*, in: T. Hartlief (e.a.), *Het belang van de dader*, Lelystad 1999, p. 77 e.v.

Barendrecht 2000

J.M. Barendrecht, *Rechtsvorming naar behoefte*, *NJB* 2000, p. 690 e.v.

Barendrecht 2005

J.M. Barendrecht, *Wat als de civiele kamer van de Hoge Raad er niet meer zou zijn?*, *AA* 2005, p. 335 e.v.

Barendrecht e.s. 2006

M. Barendrecht, P. Kamminga, C. van Zeeland, *Gedragscodes. Behandeling Letselschade. Goede praktijken bij het regelen van schade*, Tilburg 2006

Barendrecht/Van Zeeland 2007

J.M. Barendrecht, C.M.C. van Zeeland, *Precies procesrecht of kaders met kansen*, *NJB* 2007, p. 2 e.v.

Bartels/Kroeze 1993

S. Bartels, M. Kroeze, *Zelfregulering is volwassen gedrag*, Interview met mr. W.R. van Alpen de Voor, *AA* 1993, p. 620 e.v.

Bartman 2004

S.M. Bartman, *De Code-Tabaksblat; een juridisch lichtgewicht*, *Ondernemingsrecht* 2004/4, p. 123 e.v.

Bauw 2006

E. Bauw, *Rechterlijke terugkoppeling door middel van de wetgevingsadvisering van de Raad voor de rechtspraak*, *RegelMaat* 2006/6, p. 203 e.v.

Bender 2006

D.J. Bender, *Kantonrechttersformule ter discussie?* *NJB* 2006/40, p. 2299 e.v.

Ten Berge 2004

J.B.J.M. ten Berge, *De wetgever en gedragscodes*, *NTB* 2004/1, p. 19 e.v.

Berger 2001

K.P. Berger, The Principles of European Contract Law and the concept of 'Creeping Codification' of law, *ERPL* 2001, p. 21 e.v.

Van Beukering-Rosmuller 2006

E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Imprévision en zelfregulering*, *NTBR* 2006/6, p. 40 e.v.

Bicsaart/Gevers 1999

M.C.L.H. Bicsaart, J.K.M. Gevers, *Richtlijnen medisch handelen in juridisch perspectief*, AMC: Amsterdam 1999

Van Bijnen 2005

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. UvI, BJU: Den Haag 2005

Black 1996

J. Black, Constitutionalising Self-Regulation, *The Modern Law Review* 1996, p. 24 e.v.

Black 1997

J. Black, *Rules and Regulators*, Clarendon Press: Oxford 1997

Black 2001

J. Black, Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World, 54 *Current Legal Problems* 2001, p. 103 e.v.

Black 2004

J. Black, Law and Regulation: The Case of Finance, in: C. Parker (e.a.), *Regulating Law*, Oxford University Press: New York 2004, p. 33 e.v.

Boogers e.a. 2006

M. Boogers, T. Brandsen, P.W. Tops, *Rampen, regels, richtlijnen. De status van informele regelgeving op het gebied van rampenbestrijding*, tweede druk, Pijnenburg uitgevers: Dongen 2006

Van Boom 2006

W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, BJU: Den Haag 2006

Bouchez 2006

L.B. Bouchez, The OECD Principles of Corporate Governance, *Ondernemingsrecht* 2006/10-11, p. 378 e.v.

Boukema 1991

C.A. Boukema, Civielrechtelijke gevolgen van de SER-fusiecode, in: *Qui bene distinguit bene docet, Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan S. Gerbrandy*, Gouda Quint: Arnhem 1991, p. 39 e.v.

Brenninkmeijer 2005

A. Brenninkmeijer, Nakoming van rechtsnormen: tussen orde en chaos, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Kluwer: Deventer 2005, p. 215 e.v.

BRTF 2002

C. Haskins (e.a.), *Alternatives to State Regulation*, Better Regulation Task Force, London 2000

Buijsen 2000

M.A.J.M. Buijsen, Schade door gebrekkige medische protocollen, *NTBR* 2000/2, p. 57 e.v.

Cafaggi 2005

F. Cafaggi, Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés, *Revue Internationale de Droit Economique* 2005/2, p. 111 e.v.

Cafaggi 2006

F. Cafaggi, Rethinking Private Regulation in the European Regulatory Space, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 3 e.v.

Cane 1987

P. Cane, Self Regulation and Judicial Review, 6 *Civil Justice Quarterly* 1987, p. 324 e.v.

Chalmers 2006

D. Chalmers, The Government and Citizenship of Self-Regulation, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 161 e.v.

Choi/Gulati 2006

S. Choi, G. Mitu Gulati, Contract as statute, 104 *Michigan L. Review* 1129 (2006), p. 1129 e.v.

Commissie-Borghouts 2004

Commissie tegemoetkoming bij rampen en calamiteiten, *Solidariteit met beleid*, Den Haag 2004

Commissie Deetman 2006

Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag 2006

Collins 1999

H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford University Press: New York 1999

Cuijpers 2004

C. Cuijpers, *Privacyrecht of privaatrecht?*, diss. UvT, WLP: Nijmegen 2004

Das 2004

M. Das, Geldt de Code? *Ondernemingsrecht* 2004/4, p. 126 e.v.

Davids 2006

W.J.M. Davids, Communicatie tussen wetgevende en rechterlijke macht, *NJB* 2006/39, p. 2237 e.v.

Degenkamp 2006

J. Th. Degenkamp, Wat moet hoeft lang niet altijd, *NJB* 2006/6, p. 321

Dekker 2005

B.P. Dekker, De (politieke) problemen van het schaderegelingsproces, *VR* 2005/2, p. 37 e.v.

Van Dijk 2006

G. van Dijk, *De faillissementspauliana. Revisie van een relict*, diss. UvT, WLP: Nijmegen 2006

Dijkhoff e.a. 2006

K. Dijkhoff, W. Keukens, S. Reynaers, De Hoge Raad en zelfregulering in het privaatrecht, *AA* 2006, p. 9 e.v.

Donner 1993

J.P.H. Donner, De relativiteit van zelfregulering, in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, J.A.F. Peters, *Overheid en zelfregulering*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 155 e.v.

Dresden 2004

M.J. Dresden, *Algemeenverbindendverklaring van overeenkomsten in het milieubeleid*, diss. UvA, Sdu: Den Haag 2004

Van Driel 1989

M. van Driel, *Zelfregulering. Hoog opspelen of thuisblijven*, diss. UU, Kluwer: Deventer 1989

Edgeworth 2003

B. Edgeworth, *Law, Modernity, Postmodernity: legal change in the contracting state*, University of New South Wales, Australia 2003

Eijlander 1993

Ph. Eijlander, *De wet stellen, Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving*, diss. KUB, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993

Eijlander 1993a

Ph. Eijlander, Zelfregulering en wetgevingsbeleid, in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, J.A.F. Peters, *Overheid en zelfregulering*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 129 e.v.

Eijlander 1994

Ph. Eijlander, Zelfregulering in soorten en maten, in: Ph. Eijlander (e.a.)(red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994, p. 92 e.v.

Eijlander 2000

Ph. Eijlander, *De verbindende wetgever*, Oratie KUB, BJu: Den Haag 2000

Eijlander/Voermans 1999

Ph. Eijlander, W. Voermans, *Wetgevingsleer*, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 1999

Eijlander/Van Gestel et al 2000

Ph. Eijlander (e.a.), Perspectieven op wetgeving. Een beeld van onderzoek naar alternatieven voor en in wetgeving, *RegelMaat* 2000/2, p. 68 e.v.

Engelhard/Van Maanen 2005

E.F.D. Engelhard, G.E. van Maanen, Phelps v Hillingdon London Borough Council (2001) 2 AC 619, *NTBR* 2005/6, p. 267 e.v.

Van Erp 2005

J. van Erp, Motieven voor naleving van regelgeving: recente gedragswetenschappelijke inzichten, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Kluwer: Deventer 2005, p. 15 e.v.

Van Erp/Verberk 2004

J.G. van Erp, S. Verberk, Private normstelling: alternatief voor publieke regulering? *Bestuurskunde* 2004/5, p. 216 e.v.

Van Esch 2000

R.F. van Esch, *Regulering van privacy in e-commerce*, *P&i* 2000/4, p. 158 e.v.

Franken 2002

H. Franken, *Zelfregulering door rechters*, *RM Themis* 2002/6, p. 305-306

Freeman 2000

J. Freeman, *The private role in public governance*, 75 *N.Y.U. L. Review* 543 (2000), p. 543 e.v.

Frielink 2002

K. Frielink, *Zitten arresteren van de Hoge Raad in de weg?*, *WPNR* 6498 (2002), p. 538 e.v.

Geelhoed 1993

L.A. Geelhoed, *Deregulering, herregulering en zelfregulering*, in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, J.A.F. Peters, *Overheid en zelfregulering*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 33 e.v.

Van Gestel 2000

R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven*, diss. KUB, BJU: Den Haag 2000

Van Gestel/Hertogh 2006

R.A.J. van Gestel, M.L.M. Hertogh, *Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie*, WODC: Tilburg/Groningen 2006

Giard 2005

R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, diss. Leiden, BJU: Den Haag 2005

Giesen 2001

I. Giesen, *Normering van schadevergoeding in Engeland: een les voor Nederland?*, *NJB* 2001/3, p. 120 e.v.

Giesen 2002

I. Giesen, *De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen*, *WPNR* 6494 (2002), p. 447 e.v.

Giesen 2004

I. Giesen, *Codificatie en dynamiek in het schadevergoedingsrecht*, in: J.B.M. Vranken, I. Giesen, *Codificatie en dynamiek*, BJU: Den Haag 2004, p. 139 e.v.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer 2005

Giesen 2005a

I. Giesen, *Handle with care!*, Oratie UU, BJU: Den Haag 2005

Giesen 2006

I. Giesen, *'Balans'-lezen. Reflecteren over sanctionering en zelfregulering naar aanleiding van het Eindrapport van de commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, *TCR* 2006/4, p. 103 e.v.

Giesen/Kamminga/Barendrecht 2001

I. Giesen, P. Kamminga, M. Barendrecht, *Normering van schadevergoeding voor arbeidsongevallen en beroepsziekten: over draagvlak, differentiatie en smartengeld*, in: M. Faure, T.

Hartlief (red.), *Schade door ongevallen en nieuwe beroepsziekten*, BJu: Den Haag 2001, p. 131 e.v.

Giesen/Vranken 2004

I. Giesen, J.B.M. Vranken, *Uitleiding: de eerste bevindingen*, in: J.B.M. Vranken, I. Giesen, *Codificatie en dynamiek*, BJu: Den Haag 2004, p. 221 e.v.

Giesen/Schelhaas 2006

I. Giesen, I.I.N. Schelhaas, *Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)*, AA 2006, p. 159 e.v.

Gijrath 2006

S.J.H. Gijrath, *Interconnection Regulation and Contract Law*, deLex: Amstelveen 2006

Gilhuis 1993

P.C. Gilhuis, *Zelfregulering en het milieu*, in: Ph. Eijlander (e.a.) (red.), *Overheid en zelfregulering*, Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 71 e.v.

Glasbergen 1999

P. Glasbergen, *Milieusturing op maat. Over de karakteristieken en relevantie van het convenanting proces*, *Bestuurswetenschappen* 1999, p. 4 e.v.

Gommer 2007

H. Gommer, *De mythe van de trias*, AA 2007, p. 21 e.v.

Griffiths/Weyers 2005

J. Griffiths, H. Weyers (red.), *De sociale werking van recht. Een kennismaking met de rechts-sociologie en rechtsantropologie*, vierde druk, AAL: Nijmegen 2005

Groenhuijsen 2004

M.S. Groenhuijsen, *Codificatie en dynamiek in het strafrecht*, in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *Codificatie en Dynamiek*, BJu: Den Haag 2004, p. 167 e.v.

De Groot 2006

G.R.J. de Groot, *Standaarden, richtlijnen en protocollen in de gezondheidszorg. Een juridisch schemegebied*, in: J. van Duijvendijk-Brand (e.a.) (red.), *Variatie in cassatie*, Kluwer: Deventer 2006, p. 107 e.v.

Haak 2000

W.E. Haak, *Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid*, *NJB* 2000, p. 713 e.v.

Haazen 2006

O.A. Haazen, *Precedent in The Netherlands*, in: J.H.M. van Erp, J.P.W. van Vliet, *Netherlands Reports to the seventeenth International Congress of Comparative law*, Intersentia: Antwerpen-Oxford 2006, p. 33 e.v.

McHarg 2006

A. Mcharg, *The Constitutional Dimension of Self-Regulation*, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 77 e.v.

Hart 1994

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. (with a new Postscript edited by P.A. Bulloch and J. Raz), Oxford University Press: Oxford 1994

Harris 1980

J.W. Harris, *Legal Philosophies*, Butterworth's: London 1980

Van Heffen-Oude Vrielink/Brandsen 2004

M. van Heffen-Oude Vrielink, T. Brandsen, *Branchorganisaties en gedragscodes: de spagaat van zelfregulering*, *RdW* 2004/2, p. 31 e.v.

Van der Heijden 2005

P.F. van der Heijden, *Bruikbare rechtsorde, of 'over de schutting'?*, *NJB* 2005/40, p. 2083

Hijmans 2002

H. Hijmans, *Betrokken nationale en internationale organisaties en instanties*, in: R.E. van Esch, J.E.J. Prins, *Recht en elektronische handel*, Kluwer: Deventer 2002, p. 11 e.v.

Hirsch Ballin 1999

E.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling*, Lemma: Utrecht 1999

Van Hoek 2006

A.A.H. van Hoek, *Private rechtshandhaving, autonome rechtsordes en de EG*, in: M.A. Heldeweg (red.), *Rechtsvorming en Governance. Publikaties van de Staatsrechtkring – Staatrechtconferentie 2005*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2006, p. 141 e.v.

Hoge Raad 2005

A.E.M. van der Putt-Lauwers (e.a.) (red.), *Verlag 2003 en 2004 in woord, cijfer en beeld*, Den Haag 2005

Hondius 2005

E.H. Hondius, *Precedent in East and West*, *Penn State International Law Review* 2005, p. 521 e.v.

Hondius 2006

E. Hondius, *Self-Regulation in Consumer Matters on a European Level*, in: F. Cafaggi (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 237 e.v.

Hoogenraad 2005

E.H. Hoogenraad, *'Ieder voordeel heb zijn nadeel'*, *De andere zijde van zelfregulering*, *IER* 2005/5, p. 276 e.v.

Horrevorts/Van Esch

K. Horrevorts, R. van Esch, *De rol van zelfregulering bij de juridische erkenning van elektronische documenten en elektronische handtekeningen*, Sdu: Den Haag 2003

Huls 1988

N. Huls, *Een pragmatische verkenning*, in: G. Hagoort (red.), *Zelfregulering. Een alternatief voor wetgeving?*, Hagoort: Utrecht 1988, p. 13 e.v.

Hulst 2002

E.H. Hulst, *Een medisch protocol is geen veiligheidsnorm*, *NTBR* 2002/9, p. 438 e.v.

ICC 1984

ICC report, *Law and Self-Regulation. A Study Comparing Government Regulation and Self-Regulation as means of Consumer Protection*, Document no 240/166, 1984

Kastelein 2003

W.R. Kastelein, Protocollen en richtlijnen: de juridische opmars van het recht van 'binnen' in het medische aansprakelijkheidsrecht, in: W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Sdu: Den Haag 2003, p. 83 e.v.

Katz 1996

A. Katz, Taking Private Ordering Seriously, 144 *U. Pa. L. Rev.* 1745 (1995-1996), p. 1745 e.v.

Köhne 2000

F.M. Köhne, *Coördinatie van rechtspraak*, diss. KUB, BJU: Den Haag 2000

Koolmees 2005

D.C. Koolmees, Civiele aansprakelijkheid van accountants, *WPNR* 6624 (2005), p. 457 e.v.

Koops e.a. 2006

B.J. Koops (e.a.), *Starting Points for ICT Regulation. Deconstructing Prevalent Policy One-Liners*, T.M.C. Asser Press: The Hague 2006

Kornet 2006

N. Kornet, *Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives*, diss. UM 2006

Korthals Altes 2005

F. Korthals Altes, De wereld van J.B.M. Vranken, *WPNR* 6643 (2005), p. 890 e.v. en *WPNR* 6644 (2005), p. 914 e.v.

Van Kreveld 2006

J.H. van Kreveld, Terugkoppelen vanuit de rechtspraak naar de wetgever, *RegelMaat* 2006/6, p. 186 e.v.

Van Laarhoven 2006

M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen*, diss. UvT, WLP: Nijmegen 2006

Lacé/Meuwese 2006

Z.D. Lacé, A.C.M. Meuwese, *Self-regulation in the Netherlands*, ongepubliceerd manuscript, Leiden, 2006, zie ook http://www.eu-newgov.org/datalists/deliverables_clusters_detail.asp?Cluster_ID=6

Ladeur 2000

K.H. Ladeur, Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, *RechtsZ* 2000, p. 61 e.v.

De Lange 1999

R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming*, Oratie EUR, AAL: Nijmegen 1999

Latin 1985

H. Latin, Ideal Versus Real Regulatory Efficiency: Implementation of Uniform Standards and 'Fine-Tuning' Regulatory Reforms, 37 *Stan. L. Rev.* 1267 (1984-1985)

Lavrijssen-Heijmans 2006

S.A.C.M. Lavrijssen-Heijmans, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, diss. UvT 2006

Leenen/Gevers 2000

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, *Handboek Gezondheidsrecht Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Bohn Stafleu Van Loghum: Houten/Diegem 2000

Leenen/Gevers/Biesaat 2002

H.J.J. Leenen, bewerkt door J.K.M. Gevers, M.C.I.H. Biesaat, *Handboek Gezondheidsrecht Deel II. Gezondheidszorg en recht*, Bohn Stafleu Van Loghum: Houten/Diegem 2002

Leijten 1997

M. Leijten, *Grondrechten en handhaving van zelfregulering*, in: H.R.B.M. Kummerling, S.C. van Bijsterveld, *Grondrechten en zelfregulering*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1997

Lindahl 2005

H. Linahl, *Privaatrecht is publiekrecht: Vranken en de privatisering van het burgerlijk recht*, *NJB* 2005/36, p. 1892 e.v.

Lindahl 2006

H.K. Lindahl, *Zelfregulering: rechtsvorming, democratie en reflexieve identiteit*, *RM Themis* 2006/2, p. 39 e.v.

Lindijer 2006

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde*, diss. RuG, Kluwer: Deventer 2006

Lloyd/Freeman 1985

Lord Lloyd of Hampstead, M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 5th ed., London: Stevens & Sons 1985.

Lobel 2005

O. Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 07-27, University of San Diego, December 2005 <<http://ssrn.com/abstract=723761>>

Loos 1996

M.B.M. Loos, *Toekomst voor de standaardregeling?*, in: J.M. van Buren-Dee, E.H. Hondius, P.A. Kottengen-Edzes (red.), *Consument zonder grenzen*, Kluwer: Deventer 1996

Loos 1998

M.B.M. Loos, *De energieleveringsovereenkomst*, diss. UU, Kluwer: Deventer 1998

Loth 2001

M.A. Loth, *Rechterlijke samenwerking en rechtsvinding*, in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Gouda Quint: Deventer 2001, p. 111 e.v.

Loth 2005

M.A. Loth, *Rechtseenheid in veelvoud. Over de toenemende complexiteit van een schijnbaar eenvoudig begrip*, *AA* 2005, p. 676 e.v.

LSA 2004

LSA bestuur, *Reactie LSA op brief minister Donner aan de Tweede Kamer*, *L&S* 2004/3, p. 17 e.v.

Mak 2006

E. Mak, *De structuur van effectiviteit en onafhankelijkheid*, *Trema* 2006/9, p. 373 e.v.

Martens 2000

S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, *NJB* 2000, p. 747 e.v.

Mentink 2006

J.H. Mentink, *Veel raad, weinig baat, Een onderzoek naar nut en noodzaak van de Nederlandse Raad voor de Journalistiek*, Ad. Donker: Rotterdam 2006

Van Mierlo 2004

Th. J.M. van Mierlo, Zelfregulering op de consumentenmarkten zorg en onderwijs: een verkenning, *TvC* 2004/4, p. 125 e.v.

Mörth 2004

U. Mörth, Introduction, in: U. Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar: Cheltenham UK 2004, p. 1 e.v.

Mörth 2004a

U. Mörth, Conclusions, in: U. Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar: Cheltenham UK 2004, p. 191 e.v.

Mulder/Baarsma 2006

J. Mulder, B. Baarsma, Goed(koop) geregeld?. Het gebruik van een kostenbatenmethodiek bij de beoordeling van (zelf)regulering, Themamummer *RdW* 2006, p. 149 e.v.

NCC 2000

National Consumer Council, *Models of Self-Regulation*, NCC: London 2000, http://www.ncc.org.uk/regulation/models_self_regulation.pdf

Nieuwenhuis 2000

J.H. Nieuwenhuis, De kunst van het zaklopen, *NJB* 2000, p. 687 e.v.

NPP 2006

NPP aanbevelingen Studievertraging en Zelfwerkzaamheid, *PIV-Bulletin*, 2006/9, p. 6 e.v.

Ogus 1995

A. Ogus, Rethinking Self-Regulation, *Oxford Journal of Legal Studies* 1995, p. 97 e.v.

Ogus 2000

A. Ogus, Self-Regulation, in: B. Bouckaert, G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V: The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 587 e.v.

Page 1986

A.C. Page, Self-Regulation: The Constitutional Dimension, *The Modern Law Review* 1986, p. 141 e.v.

Parker/Braithwaite 2003

C. Parker, J. Braithwaite, Regulation, in: P. Cane, M. Tushnet, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford University Press: Oxford 2003, p. 119 e.v.

Parker e.a. 2004

C. Parker e.a., Introduction, in: C. Parker (e.a.), *Regulating Law*, Oxford University Press: New York 2004, p. 1 e.v.

Peeters 1994

M.G.W.M. Peeters, Marktconforme zelfregulering, in: Ph. Eijlander (e.a.)(red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994, p. 125 e.v.

Peters 1994

J.A.F. Peters, Zelfregulering en organisatievorming, in: Ph. Eijlander (e.a.)(red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994, p. 137 e.v.

Pijnacker Hordijk 2006

E.I. Pijnacker Hordijk, Private handhaving als alternatief voor overheidshandhaving, mede in het licht van overheidsaansprakelijkheid, *O&A*, 2006/1-2, p. 31 e.v.

Polak 1979

J.M. Polak, Dient verandering te worden gebracht in de wijze van voorbereiding en totstandkoming van wetgeving?, in: J.M. Polak, M. Scheltema, *Handelingen 1979 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 1, eerste stuk, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1979

Polak 1985

J.M. Polak, Theorie en Praktijk der rechtsvinding, *AA* 1985, p. 734 e.v.

Polak 1986

J.M. Polak, Aanwijzingen voor zelfregulering? in: *Bestuur en norm. Bundel opstellen opgedragen aan R. Crinice Le Roy*, Kluwer: Deventer 1986, p. 213 e.v.

Polak 2000

J.M. Polak, Jaarverslagen en rechterlijke rechtsvorming, *NJB* 2000, p. 719

Pontier 1998

J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, vierde druk, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1998

Porter/Ronit 2006

T. Porter, K. Ronit, Self-regulation as policy process: The multiple and criss-crossing stages of private rule-making, *Policy Sciences* 2006, p. 41 e.v.

Prins 2006

C. Prins, Voetbalellende, *NJB* 2006, p. 1677

Prosser 2006

T. Prosser, Self-Regulation, Politics and Law: the Example of the Media, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 247 e.v.

Raaijmakers 2004

M.J.G.C. Raaijmakers, Codificatie en dynamiek in het ondernemingsrecht, in: J.B.M. Vranken, I. Giesen, *Codificatie en dynamiek*, BJu: Den Haag 2004, p. 99 e.v.

Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, De toekomst van het ondernemingsrecht: back to basics, *AA* 2006, p. 792 e.v.

Renckens 2003

M.L.M. Renckens, Naar een vlottere letselschaderegeling, *VR* 2003/6, p. 181 e.v.

Reurich 2005

I. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Kluwer: Deventer 2005

Rogmans 1999

B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen. Monografieën Nieuw BW*, tweede druk, Kluwer: Deventer 1999

Ruess 2003

P. Ruess, Das Recht der Werbung zwischen Staats- und Selbstkontrolle, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002*, Richard Boorberg Verlag: Stuttgart 2003, p. 209 e.v.

Rüetschi 2003

D. Rüetschi, Ärztliches Standesrecht in der Schweiz, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002*, Richard Boorberg Verlag: Stuttgart 2003, p. 231 e.v.

Scheltema 2005

M. Scheltema, *Het recht van de toekomst*, Kluwer: Deventer 2005

Scheltema 2006

M. Scheltema, Staatsrecht zonder staat?, *NJB* 2006/4, p. 192 e.v.

Schepel 2005

H. Schepel, *The Constitution of Private Governance, Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon 2005

Van Schooten-van der Meer 1997

J. van Schooten-van der Meer, *Regelvorming in de rechtsstaat*, Twente University Press: Twente 1997

Schroeder 2003

H.P. Schroeder, Die lex mercatoria – Rechtsordnungsqualität und demokratische Legitimation, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002*, Richard Boorberg Verlag: Stuttgart 2003, p. 259 e.v.

Schulz/Held 2004

W. Schulz, T. Held, *Regulated Self-Regulation as a Form of Modern Government*, John Libbey Publishing: UK 2004

Schut 1972

G.H.A. Schut, Wetsnorm en gedragscodes, *RM Themis* 1972, p. 362 e.v.

Schwarez 1995

S.L. Schwarcz, A fundamental inquiry into the statutory rulemaking process of private legislatures, 29 *Ga. L. Rev.* 909 (1994-1995)

Schwarez 2002

S.L. Schwarcz, Private Ordering, 97 *Nw. U. L. Rev.* 319 (2002-2003)

Schwartz/Scott 1995

A. Schwartz, R.F. Scott, The Political Economy of Private Legislatures, 143 *U. Pa. L. Rev.* 595 (1994-1995)

Scott 2002

C. Scott, Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance, 29 *Journal of Law and Society* 2002, p. 56 e.v.

Scott 2006

C. Scott, Self-Regulation and the Meta-Regulatory State, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 131 e.v.

Senden 2003

I. Senden, *Soft law in European Community Law*, diss. UvT 2003

Sieburgh 2005

C.H. Sieburgh, Het civiele parket bij de Hoge Raad. Het juiste midden?, *AA* 2005, p. 906 e.v.

Slagter 1988

W.J. Slagter, Zelfregulering als basis voor privaatrechtelijk tuchtrecht, in: H.J. Snijders (e.a.) (red.), *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, Gouda Quint: Arnhem 1988, p. 91 e.v.

Slawson 1971

W.D. Slawson, Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power, 84 *Harv. L. Rev.* 529 (1970-1971)

Smith 2005

C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, BJu: Den Haag 2005

Snijders 2001

H.J. Snijders, Rechterlijke samenwerking in het burgerlijk recht; een tussenstand en voorzichtige vooruitblik, in: C.P.M. Cleiren, G.K. Schoep, *Rechterlijke samenwerking*, Gouda Quint: Deventer 2001, p. 15 e.v.

Snijders 2005

W. Snijders, Ongeregelheden in het vermogensrecht (I), *WPNR* 6607 (2005), p. 79 e.v.

Snijders 2007

W. Snijders, Een blik op het BW, *NJB* 2007/1, p. 10 e.v.

Snyder 2003

D.V. Snyder, Private Lawmaking, 64 *Ohio State Law Journal* 371 (2003)

Stamhuis 2006

J.N. Stamhuis, *Conflicting Interests in Corporate Regulation*, diss. RuG 2006

Strömholm 1971

S. Strömholm, 'Public' Rule-Making, and 'Private': The Swedish Experience, in: *Scandinavian Studies in Law 1971*, Almqvist & Wiksell: Stockholm 1971

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. RU, Kluwer: Deventer 2007

Tabaksblat 2004

M. Tabaksblat, Het rapport van de Commissie corporate governance, *Ondernemingsrecht* 2004/4, p. 109 e.v.

Teuben 2004

K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 2004

Timmerman 1997

L. Timmerman, Zelfregulering in de sfeer van het vennootschapsrecht, *De NV* 1997, p. 69 e.v.

Tjittes 2005

R.M. Tjittes, Hoe verkeerd doen de civielrechtelijke wetenschap en rechtspraak het eigenlijk? *NJB* 2006/36, p. 1879 e.v.

Tzankova/Weterings 2003

I.N. Tzankova, W.C.T. Weterings, *Preprocessuele afwikkeling van personenschadeclaims*, BJu: Den Haag 2003

Tzankova 2005

I.N. Tzankova, *Strooischade*, Sdu: Den Haag 2005

Tzankova 2007

I.N. Tzankova, *Toegang tot recht bij de afwikkeling van massaschade*, diss. UvT, Kluwer: Deventer 2007

Uniken Venema 2001

H.E. Uniken Venema, Het landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken, in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Gouda Quint: Deventer 2001, p. 139 e.v.

Vademecum 2005

Nederlandse Orde van Advocaten, *Vademecum Advocatuur. Deel II, Wet- en regelgeving*, Sdu: Den Haag 2005

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, zesde druk, Kluwer: Deventer 2005

Verkade 1993

D.W.F. Verkade, Zelfregulering in de reclame, *AA* 1993, p. 14 e.v.

Van Vliet 2005

L.P.W. van Vliet, De financiële zekerheidsovereenkomst, een tussenbalans, *NTBR* 2005, p. 190 e.v.

Voluntary Codes 1998

Government of Canada, *Voluntary Codes. A Guide for Their Development and Use*, Canada <<http://strategis.ic.gc.ca/volcodes>>

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, Toeval of beleid?, *NJB* 2000/1, p. 1 e.v.

Vranken 2001

J. Vranken, ADR en de gevolgen voor rechterlijke rechtsvorming: een verwaarloosde samenleving, in: E.J. Broers, B. van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, BJu: Den Haag 2001

Vranken/Giesen 2003

J.B.M. Vranken en I. Giesen, 'Inleiding en verantwoording', in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: BJu 2003, p. 1 e.v.

Vranken/Giesen 2004

J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *Codificatie en dynamiek*, BJu: Den Haag 2004

Vricze 2005

G. Vricze, Zijn rechters zonder gedragscode nog wel te vertrouwen?, *Trema* 2005/4, p. 139 c.v. en *Trema* 2005/5, p. 194 e.v.

De Vroom 1989

B. de Vroom, Zelfregulering, in: W. Derksen, Th.G. Drupsteen, W.J. Witteveen (red.), *De terugtred van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1989, p. 267 c.v.

Wagemans 2002

A.W. Wagemans, Zelfreguleringsinitiatieven, in: R.E. van Esch, J.E.J. Prins, *Recht en elektronische handel*, Kluwer: Deventer 2002, p. 61 e.v.

Walker 2006

N. Walker, Epilogue: On Regulating the Regulation of Regulation, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 345 c.v.

Ware 1999

S.J. Ware, Default Rules from Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration, 83 *Minn. L. Rev.* 703 (1998-1999)

Westerman 2003

P. Westerman, *Twee pleidooien voor formalisering*, BJu: Den Haag 2003

Weterings 2004

W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, BJu: Den Haag 2004

Wilthagen 1992

T. Wilthagen, Recht in een gesloten samenleving. Het debat over reflexief recht en auto-poiesis, *RdW* 1992/1, p. 119 c.v.

Witteveen 1994

W.J. Witteveen, Communicatie bij zelfregulering, in: Ph. Eijlander (e.a.)(red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, Tjeenk Willink: Zwolle 1994, p. 105 e.v.

Witteveen 2007

W.J. Witteveen, Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever, in: *Alternatieve regelgeving. Preadvies Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Kluwer: Deventer 2007, p. 1 e.v.

Witteveen/Gribnau 2005

W. Witteveen, H. Gribnau, Maatschappelijke rechtsvorming, in: H. Gribnau (red.), *Maatschappelijke rechtsvorming*, BJu: Den Haag 2005, p. 1 e.v.

Wymeersch 2005

E. Wymeersch, Enforcement of Corporate Governance Codes, ECGI, Law Working Paper No. 046/2005, <<http://ssrn.com/abstract=759364>>

De betekenis van alternatieve regelgeving in het strafrecht

Prof. mr. J.L. de Wijkerslooth

Inhoud

<i>1</i>	<i>Inleiding</i>	171
1.1	Definitieperikelen	171
1.2	Eerste gezichtspunt: professionele kwaliteit	171
1.3	Tweede gezichtspunt: buitenwettelijk?	172
<i>2</i>	<i>Plan van behandeling</i>	174
<i>3</i>	<i>Wet, beleid, organisatie en advies</i>	175
3.1	De wet	175
3.2	Beleid	180
3.3	Organisatie en advies	185
<i>4</i>	<i>De Oriëntatiepunten Straftoemeting: zoals het niet moet</i>	191
<i>5</i>	<i>De richtlijn 'palliatieve sedatie': grenzen van normaal medisch handelen</i>	198
<i>6</i>	<i>De gedragsregels van advocaten: tussenkomst van de overheid</i>	204
<i>7</i>	<i>Conclusie</i>	207

1 Inleiding

1.1 Definitieperikelen

Wat is alternatieve regelgeving? De tegenvraag zou kunnen zijn: wat is een planeet? Het vroeg om een jarenlange wetenschappelijke discussie en ten slotte om een congres van de International Astronomical Union om de (voorlopige?) slotsom te bereiken wat een planeet is. Pluto voldoet niet aan deze definitie. Pluto is een dwergplaneet.¹ Heeft een stoel poten? Meestal wel, maar de zigzagstoel van Rietveld niet, tenzij twee ingenieus aan elkaar verbonden planken als een poot kunnen worden opgevat. Hoc dan ook, het ontwerp van Rietveld lijkt toch duidelijk een stoel, zij het zonder veel zitcomfort. Maar is een zitzak, een poef of een barkruk dan ook een stoel? Men zou het kunnen verdedigen. Maar met welk doel? Het zijn aardige vragen, die men op soortgelijke wijze ook op het begrip alternatieve regelgeving zou kunnen loslaten. Dat wil ik proberen te vermijden. Mijn medepreadviser Witteveen komt definitieproblemen onvermijdelijk op zijn weg tegen en gaat daarop ook uitvoerig in.² Verdubbelingen kunnen beter worden voorkomen. Niettemin is het weinig verhelderend en ook onaantrekkelijk over een onderwerp te schrijven zonder enig beeld van de afbakening daarvan. Daarom toch een tweetal gezichtspunten.

1.2 Eerste gezichtspunt: professionele kwaliteit

Inhoudelijk gaat het bij de introductie van de mogelijkheid tot alternatieve regelgeving of zelfregulering er kennelijk om de regeldruk van de overheid te beperken en voor maatschappelijke organisaties, bedrijven en instellingen ruimte te scheppen zelf de kwaliteit van het eigen handelen te beïnvloeden. Een recente notitie van een werkgroep van de ministeries van Justitie, Financiën, Economische Zaken en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties – de werkgroep spreekt zelf van een essay – verwoordt dit gezichtspunt aldus:

‘De kunst van het loslaten en vertrouwen geven.

Niet alles is te regelen of moet door de overheid geregeld worden. De overheid zou duidelijk moeten zijn over welke toegedichte en toegeëigende verantwoordelijkheden zij wel en niet waar kan maken. Sommige zaken zou de overheid helemaal niet moeten willen regelen, andere taken kunnen beter worden overgelaten aan marktpartijen, professionele organisaties of decentrale overheden. Wanneer instellingen en professionals meer ruimte krijgen voor eigen initiatief, kan dat ten goede komen aan de kwaliteit van de publieke

1. International Astronomical Union, General Assembly, 24 Augustus 2006, Resolution 5/6; www.iau.org.
2. Zie: p. 33.

dienstverlening en de ontwikkeling van de economie. Niet alles hoeft te worden voorgeschreven. Verpleegkundigen en onderwijzers weten vaak het beste wat goed is voor patiënten en leerlingen.

Ruimte scheppen voor maatwerk en diversiteit.

Om wetgeving minder gedetailleerd en meer bestendig te maken, kan vaker gewerkt worden met alternatieven voor en in wetgeving, zoals (volledige) zelfregulering, doelvoorschriften, marktwerking, convenanten, zorgplichten, certificering en open normen. Deze alternatieven zijn al langer beschikbaar, maar worden vaak naast bestaande regelgeving gezet in plaats van ze te vervangen. Doelvoorschriften kunnen rigide en belemmerende middelvoorschriften voor ondernemers en professionals vervangen. Bij open normen legt de overheid burgers, bedrijven en instellingen doelen en laat de invulling van die doelen aan de uitvoerders zelf op.³

Ik citeer deze notitie niet, omdat ik zou denken dat zij de neerslag zou vormen van een hechte en diepgaande analyse over het doel en de functie van wetgeving op de verschillende terreinen. Veel van de scrupuleuze studies over wetgevingsvraagstukken uit het verleden is niet verwerkt. Openstaande vragen worden niet verder doordacht. Het is meer een manifest dan een essay. Desondanks markeert de notitie het klaarblijkelijk breed levend gedachtegoed binnen de rijksoverheid op dit moment: rechtstreekse wetgeving is uit, alternatieve regelgeving en zelfregulering is in, met name wanneer de normering van de kwaliteit van het handelen van professionals en professionele organisaties aan de orde is.

1.3. Tweede gezichtspunt: buitenwettelijk?

Uit het voorgaande vloeit het tweede gezichtspunt voort. Het woord alternatief veronderstelt dat men het terrein van de wetgeving in formele of materiële zin verlaten heeft. Alternatieve regelgeving en zelfregulering vinden plaats buiten de context van het publiek recht. In dit licht lijkt het op het eerste gezicht wat wonderlijk alternatieve regelgeving en de strafrechtelijke rechtspleging met elkaar in verband te brengen. Strafrecht, om het even of het om materieel of formeel strafrecht gaat, staat immers voor alles wat alternatieve regelgeving juist niet is. Het is publiek recht bij uitstek. Beheerst door de beginselen en uitgangspunten van de democratische rechtsstaat en verankerd in het legaliteitsbeginsel, vormt het strafrecht het klassieke model van wettelijke normering en sanctionering door de overheid. In zoverre is alternatieve regelgeving een vreemde eend in de bijt van het strafrecht. Niettemin kan men vaststellen dat alternatieve regelgeving

3. In regels gevangen? Een verkenning van de mogelijke oorzaken van regeldruk. Februari 2006; www.justitie.nl.

haar invloed doet gelden in het strafrecht en de strafrechtspleging. Dat heeft twee oorzaken.

In de eerste plaats functioneert het strafrecht normatief niet in een maatschappelijk vacuüm. Bij de strafrechtelijke beoordeling van een professionele handeling ontkomt men er niet aan zich rekenschap te geven van de normering die in de kring van de beroeps- of bedrijfsgenoten voor dergelijke handelingen als redelijk en 'lege artis' in het leven is geroepen. Men beticht een chirurg, wiens patiënt op de operatietafel is overleden, niet licht van dood door schuld, wanneer tot de operatie is besloten in overeenstemming met de daarvoor gangbare protocollen en de operatie overigens naar behoren is uitgevoerd. Omgekeerd zal het ongefundeerd afwijken van een in medisch kring bestaande normering in een dergelijk geval als een bezwarende omstandigheid kunnen worden gewogen. Bij de beoordeling of een ongeluk met dodelijke afloop in de bouw moet leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid speelt de vraag of is gehandeld in overeenstemming met de toepasselijke NEN-normen niet zelden een rol.⁴ Dit alles is inherent aan het schuldbegrip. Zelfs het spiegelbeeld – voor het betrokken handelen ontbreekt genoegzame protocollering – kan van betekenis zijn. In een zaak, waarin een chauffeur van een ambulance een dodelijk ongeluk veroorzaakte – hij reed met hoge snelheid op weg naar een melding door rood licht – overwoog de Rechtbank Arnhem bij de straftoemeting:

'Verder is gebleken dat er weliswaar in het kader van de opleiding tot ambulancechauffeur een rijvaardigheidstraining wordt gegeven, doch deze alleen is gericht op voertuigbeheersing. Een specifieke opleiding gericht op het verkrijgen van vaardigheid in het rijden met hoge snelheid op tegenwoordig drukke wegen vormt geen onderdeel van de opleiding, hetgeen gelet op de verhoogde zorgplicht die op dergelijke verkeersdeelnemers rust wel wenselijk is. In aansluiting hierop heeft de rechtbank vastgesteld dat geen interne richtlijnen en/of toetsingskader bestaan over hoe deel te nemen aan het verkeer in het geval van een A1-melding.'

In de tweede plaats zijn de bij de strafrechtspleging betrokken organisaties – de politie, het openbaar ministerie, de advocatuur, de gerechten, het gevangeniswezen, de reclassering – kinderen van hun tijd. Iets anders zou ook niet wenselijk zijn, maar het wil wel zeggen dat termen als gedragscode, protocol, professionele standaard, richtlijn, 'best practice', werkproces, abrio-product, oriëntatiepunt, handleiding, leidraad, arrangement, convenant en wat niet al, in de afgelopen decennia binnen de strafrechtspleging

4. Vgl. bijv. Rb. Breda 24 mei 2006, LJN: AX 4375, AX 4430, AX 4465 (Amerecentrale); zie verder: J.T.C. Lelieveld, Dood door schuld in de bouw, Bouwrecht 2006, p. 796 c.v.

5. Rb. Arnhem 9 juni 2006, LJN: AX 9255.

gangbaar zijn geworden. Dit soort benamingen worden niet zelden geassocieerd met alternatieve regelgeving of zelfregulering. Het zou echter, in ieder geval in de strafrechtelijke context, misleidend zijn al te makkelijk op benamingen af te gaan. Want achter de normering, die aldus aan de orde kan zijn, gaan regels schuil van een uiteenlopend karakter. Soms gaat het om wetgeving in materiële zin. Soms zijn het beleidsregels, gegeven krachtens een publiekrechtelijke bevoegdheid, waaraan ook externe werking toekomt. Soms gaat het om organisatorische maatregelen, die weliswaar slechts intern werken, maar die voor het handelen van de betrokken overheidsfunctionarissen van beslissende betekenis kunnen zijn, omdat daaraan voor hen jegens het bevoegd gezag gebondenheid bestaat krachtens de ambtelijke aanstelling. Soms zijn het 'statusloze' regels: oordelen, adviezen en besluiten van stuurgroepen, werkgroepen of commissies, die geen bindend karakter hebben, maar die door hun gezag heel wel leidend kunnen zijn in de praktijkbeoefening. Dit zou reden kunnen zijn om een gedeelte van wat onder deze benamingen schuil gaat buiten beschouwing te laten. In de dereguleringsdiscussie, waaruit de begrippen zelfregulering en alternatieve regelgeving zijn voortgevlod, richt de belangstelling zich immers niet op wat met een publiekrechtelijke grondslag of krachtens de ambtelijke aanstelling aan normering tot stand wordt gebracht, maar op wat daarbuiten wordt gereguleerd. Toch wil ik er als één geheel aandacht aan besteden, al was het slechts omdat de verdeling van regels over de categorieën: wetgeving, beleid, organisatie en advies de vraag oproept wat aan elke rubriek wordt toebedeeld en waarom.

2 Plan van behandeling

In het licht van het voorgaande zal ik eerst ingaan op de bestaande verdeling van inhoudelijke kwaliteitsregels over de hiervoor genoemde rubrieken en daaraan enige conclusies proberen te verbinden. Dit geeft mij tevens de gelegenheid althans enig overzicht te geven van de regels die op dit vlak aan de orde zijn. Vervolgens zal ik aan de hand van drie voorbeelden toegespitst op de strafrechtelijke context een aantal problemen te bespreken, die met het fenomeen alternatieve regelgeving samenhangen. Het zijn in de eerste plaats de gedragregels voor advocaten, meer in het bijzonder de recent toegevoegde regel 10 lid 2: 'In een strafzaak verstrekt de advocaat geen afschrift van processtukken aan de media. De advocaat is terughoudend met het geven van inzage in die stukken.' In de tweede plaats de oriëntatiepunten voor de straftoemeting, die door de rechtsprekende macht worden gehanteerd. En in de derde plaats de betekenis van de richtlijn over de palliatieve sedatie van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering van de Geneeskunst voor de euthanasiepraktijk. Ik ben mij ervan bewust dat ik aldus een ingrijpende keus maak. Waarom

voorbeelden en geen abstracte analyse? Wat mij betreft omdat dit het debat handen en voeten kan geven. Waarom deze voorbeelden en geen andere? Zeker, er zijn vele andere voorbeelden en daarover zou ook moeten worden nagedacht, maar deze hebben in ieder geval het voordeel van de herkenbaarheid en de actualiteit. Bovendien representeren zij drie bredere typen van alternatieve regelgeving. De gedragsregels voor advocaten vormen het voorbeeld, welhaast 'avant la lettre', van een beroepsgroep, die met eigen regels en in samenspel met de tuchtrechter operationele inhoud geeft aan een globale wettelijke norm: art. 46 Advocatenwet. Met de oriëntatiepunten streven rechters op een van de kerngebieden van hun ambtsuitoefening buitenwettelijk⁶ een beginsel van de rechtstaat na: consistentie in de straftoemeting. De richtlijn palliatieve sedatie representeert de wijze waarop een professionele gemeenschap, die van de artsen, door het formuleren van eigen gedrag- en kwaliteitstandaarden invloed doet gelden op het juridisch debat over de betekenis van art. 293 Sr. (levensbeëindiging op verzoek).

3 Wet, beleid, organisatie en advies

3.1 De wet

Mogelijk met uitzondering van het penitentiaire recht bestaan voor de actoren in de strafrechtketen minder wettelijke regels, die inhoudelijke standaarden bevatten voor hun professioneel handelen, dan men zou verwachten op grond van het gezag en de bevoegdheden, die hen door de wet worden toegekend. Het zou ver buiten de grenzen van de vraagstelling van dit preadvies voeren om daarop in te gaan. Ik wil hier volstaan met het signaleren van het probleem dat een hanteerbaar uitgangspunt voor wat uit het oogpunt van kwaliteitsborging wel of niet in wetgeving moet worden geregeld, kennelijk ontbreekt. Laat ik dit demonstreren aan de hand van een voorbeeld.

In art. 61a Sv. worden een aantal maatregelen opgesomd, die in het belang van het onderzoek en ter vaststelling van de identiteit kunnen worden bevoelen. Het zijn: het maken van foto- of video-opnamen, het nemen van lichaamsmaten en vingerafdrukken, de toepassing van een confrontatie en van een geuridentificatieproef, het dragen van bepaalde kleding of attributen ten behoeve van een confrontatie, het afscheren, knippen of laten groeien van hoofdbeharing, plaatsing in een isolatiecel en het onderzoek naar

6. Zie: HR 3 december 2002, NJ 2003, 570. De oriëntatiepunten zijn geen recht in de zin van art. 79 Wet RO, 'reeds omdat de bedoelde oriëntatiepunten niet afkomstig zijn van een instantie die de bevoegdheid heeft rechters te binden wat betreft het gebruik dat zij maken van de hun door de wetgever gelaten ruimte.'

schotresten op het lichaam.⁷ De opsomming is enerzijds niet beperkt tot die maatregelen, waarvoor uit hoofde van de Grondwet of de mensenrechtenverdragen een wettelijke grondslag is vereist. Anderzijds is de opsomming ook niet limitatief bedoeld. Dat zou naar het oordeel van de wetgever de ontwikkeling van nieuwe onderzoeksmethoden te zeer belemmeren.⁸ In de Memorie van Toelichting wordt expliciet verwezen naar twee niet in de wet vermelde maatregelen: de schrijfproef en de stemherkenning.⁹ Zij werden in die tijd klaarblijkelijk nog te weinig toegepast, maar waarom zij niet zijn opgenomen, terwijl zij wel in het verschiep lagen, blijft toch wat raadselachtig. Dan nog is de opsomming niet volledig. Men denke bijv. aan de reconstructie.

Nadere regels voor de toepassing van de maatregelen in het belang van het onderzoek zijn gesteld in het Besluit Toepassing maatregelen in het belang van het onderzoek.¹⁰ Het nemen van vingerafdrukken en het onderzoek naar schotresten komen daarin niet aan de orde, de andere maatregelen met een verschillende detaillering. Van de foto- en video-opnamen wordt niet meer dan een definitie gegeven onder de bepaling dat zij moeten worden genomen door terzake deskundige personen. Het meest uitvoerig wordt ingegaan op de confrontatie en de geuridentificatieproef.

De confrontatie wordt gedefinieerd als een onderzoek waarbij het uiterlijk van een verdachte door een getuige wordt geobserveerd om vast te stellen of de verdachte door deze persoon wordt herkend als betrokken bij een strafbaar feit; de meervoudige confrontatie als een confrontatie waarbij de verdachte en minimaal vijf andere personen die uiterlijke gelijkenis vertonen met de verdachte, worden getoond. De getoonde selectie moet fotografisch of op video worden vastgelegd. Vervolgens wordt een meervoudig proces-verbaal geëist. Eén van de onderzoekers met een beschrijving van de voorbereiding, de gevolgde werkwijze en de procedure en één van een opsporingsambtenaar die niet weet wie van de getoonde personen de verdachte is. Die opsporingsambtenaar moet relateren over zaken als de tijdsduur tussen het moment van wel of niet herkenning, de verbale en non-verbale reacties van de getuige, de woordelijke verklaring van de getuige

7. Het Wetboek van Strafvordering kent uiteraard meer maatregelen die men als maatregelen in het belang van het onderzoek en/of ter vaststelling van de identiteit zou kunnen typeren. Zij worden gerubriceerd onder de dwangmiddelen in het kader van het opsporingsonderzoek en vinden in die context wettelijke regeling. Vgl. bijv. het DNA-onderzoek: art. 151a e.v. (officier van Justitie), art. 195a e.v. (rechter-commissaris); Besluit DNA-onderzoek in strafzaken, Stb. 2001, 400 en Stb. 2005, 188; Regeling DNA-onderzoek in strafzaken, Stb. 2001, 203.

8. Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1999-2000, nr. 3, p. 11.

9. Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1999-2000, nr. 3, p. 26.

10. K.B. 22 januari 2002, Stb. 2002, 46.

over de herkenning en het antwoord van de getuige over de vraag of hij iemand herkent uit een andere situatie. Ten slotte moeten de officier van justitie en de raadsman van de verdachte zo mogelijk in de gelegenheid worden gesteld om opmerkingen te maken over de te tonen selectie.

De geuridentificatieproef is volgens het Besluit een onderzoek waarbij door een daarvoor gecertificeerde politiespeurhond onder leiding van zijn vaste geleider een geurvergelijking uitvoert. De geleider wordt bij het uitvoeren van de proef geassisteerd door een helper. Aan het proces-verbaal worden geen vergaande inhoudelijke cisen gesteld. De gevolgde procedure moet worden vermeld en het proces-verbaal moet een beschrijving bevatten van het voorwerp, het gedrag en de werkwijze van de speurhond, alsmede het eindresultaat van de proef. De geleider en de politiespeurhond moeten volgens het Besluit verder in het bezit zijn van een krachtens de Regeling Politiespeurhonden 1997 verstrekt certificaat voor geuridentificatie. De helper moet ook zijn gecertificeerd. De verwijzing naar de Regeling Politiespeurhonden 1997 is bijzonder. Voor de goede wijs ik erop dat zij inmiddels is ingetrokken en ondergebracht in de nieuwe Regeling Politiehonden van 4 april 2006.¹¹ Maar de inhoud is daarbij overigens, voorzover hier van belang, gelijk gebleven. De Regeling Politiehonden berust – en de Regeling Politiespeurhonden berustte – op art. 49 Politiewet, dat voor de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de bevoegdheid schept bij ministeriële regeling nadere regels te geven over de bewapening, de uitrusting en de kleding van de politie. Langs deze omweg is voorzien in een nadere protocollering van de geuridentificatieproef. Deze nadere protocollering staat – en stond – in supplementen van een keuringsreglement, dat als bijlage bij beide regelingen behoort, maar niet is gepubliceerd. Het ligt ter inzage bij het ministerie, zo vermelden de achterenvolgende regelingen. De onheldere status van deze niet gepubliceerde, maar wel als bijlage bij een ministeriële regeling in een keuringsreglement gevoegde protocollering gaf de Hoge Raad aanleiding tot de overweging:

‘Gelet op de aard en strekking van deze regelgeving heeft het Hof met juistheid geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat in het opsporingsonderzoek een of meer van de in het Keuringsreglement of in de bijlage daarvan voorkomende regels niet zijn nagekomen niet tot de conclusie leidt dat het resultaat van de desbetreffende sorteerproef als onrechtmatig verkregen niet tot het bewijs mag worden gebezigd.’¹²

11. Stcrt. 2006, 72, p.11.

12. HR 9 september 1997, NJ 1998, 89, rov. 6.4.

Niettemin speelt het protocol van het keuringsreglement in de praktijk een niet te onderschatten rol. Zo overwoog het Hof Leeuwarden in een recent arrest:

Zoals hiervoor reeds is vermeld gaat het Hof ervan uit dat de proef in het onderhavige geval niet 'blind' werd uitgevoerd. Dat de geuridentificatieproef 'blind' moet worden uitgevoerd is neergelegd in supplement 2 behorende bij het hier geldende Keuringsreglement Politiepeurhond menselijke geur 1997 (herzien in september 2005). (...) Het niet 'blind' uitvoeren van de geuridentificatieproef betekent dat niet alleen de gecertificeerde helper maar ook de speurhondengeleider wetenschap heeft van de posities van de verschillende geurdragers. (...) Voornoemd voorschrift is kennelijk in het Keuringsreglement opgenomen om uit te sluiten dat de speurhondengeleider de speurhond op enigerlei wijze beïnvloedt bij het maken van een keuze voor een bepaalde geurdrager. Ook is niet uit te sluiten dat de speurhondengeleider zelf (onbewust) door deze wetenschap wordt beïnvloed bij het beoordelen van het gedrag van de hond, in het bijzonder bij het moment waarop de hond een keuze maakt een bepaalde geurdrager te willen apporteren. De getuige-deskundige prof. dr. Frijters heeft ter zitting benadrukt dat het 'blind' uitvoeren van de geuridentificatieproef vanuit gedragskundig oogpunt een belangrijk vereiste is. Het hof acht het in strijd met het daarvoor geldende reglement – niet 'blind' uitvoeren van de geuridentificatieproef een dermate ernstige procedurele fout, dat de resultaten van de proef terzijde moeten worden gesteld.¹³

Men kan zich langdurig het hoofd breken over de vraag hoe het rechtskarakter van het keuringsreglement moet worden begrepen. De Hoge Raad lijkt in de hiervoor geciteerde overweging van oordeel dat wetgeving in materiële zin niet aan de orde is. Dat ligt ook voor de hand, omdat van genoegzame publicatie van het keuringsreglement geen sprake is. Men zou kunnen verdedigen dat de certificeringeis in het Besluit toepassing maatregelen in het belang van het onderzoek impliceert dat een geuridentificatieproef door de betrokken opsporingsambtenaren alleen mag worden uitgevoerd in overeenstemming met de voorschriften gesteld in of bij het keuringsreglement en zo ruimte schept voor het in het leven roepen van deze voorschriften. Maar is dit geen subdelegatie, die de wet niet toelaat? En dan speelt nog steeds het publicatieprobleem. De gebondenheid van de politieambtenaren aan het keuringsreglement krachtens hun ambtelijke aanstelling kan evenmin uitkomst bieden. Zelfs voor de Ambtsinstructie Politie¹⁴, een algemene maatregel van bestuur, is uitgangspunt dat aan de daarin vervatte regels slechts rechtstreekse werking toekomt in de verhou-

13. Hof Leeuwarden 10 november 2006, LJN: AZ 1994.

14. Besluit van 8 april 1994, Stb. 275, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 19 februari 2005, Stb. 110.

ding van de ambtenaar en het bevoegd gezag.¹⁵ Daarmee rest geen andere conclusie dan dat het protocol van het keuringsreglement extern slechts wetenschappelijk gezag toekomt. Met deze vaststelling beoog ik geen afstand te nemen van het oordeel van het Hof Leeuwarden. Het gebruik van de resultaten van een geuridentificatieproef als bewijsmiddel is zo kwetsbaar¹⁶ dat er alle aanleiding is om een zo hoog mogelijk niveau van kwaliteit en professionaliteit bij de uitvoering ervan te eisen en om een proef, die niet 'lege artis' is uitgevoerd ter zijde te schuiven. Het gaat mij erom dat de regels van de kunst wat anders zijn dan de regels van de wet.

Alles overziend is nauwelijks sprake van een weloverwogen stelsel. Sommigen maatregelen in het belang van het onderzoek hebben wel, andere geen wettelijke grondslag. De maatregelen met wettelijke grondslag worden soms niet en soms wel nader geregeld. Is sprake van een nadere regeling, dan verschilt de detaillering daarvan. Op één punt, de geuridentificatieproef, vindt een overstap plaats naar een bijlage bij een uitvoeringsregeling van de Politiewet, die daar hoe dan ook niet thuis hoort. Een hond moge een uitrustingsstuk van de politie zijn, wat een hond kan opsporen in het kader van een strafrechtelijk onderzoek en de betrouwbaarheid van de resultaten van een geurproef als bewijsmiddel zijn strafvorderlijke vragen. Deze behoren dan ook, waar een wettelijke regeling wenselijk is, in strafvorderlijk kader vorm te worden gegeven. Ik kan het rommelige beeld niet anders verklaren dan als een slecht geslaagde poging een evenwicht te vinden tussen enerzijds het belang om onderzoeksmethoden van een wettelijke grondslag te voorzien en de betrouwbaarheid van deze methoden zo goed mogelijk te waarborgen en anderzijds het belang om de ontwikkeling van nieuwe onderzoeksmethoden en van nieuwe protocollen en technieken daarbinnen zo min mogelijk te beperken. Als dit het dilemma is, dan zijn betere oplossingen denkbaar. Het zou naar mijn mening de voorkeur verdienen alle maatregelen in het belang van het onderzoek van een wettelijke grondslag te voorzien. Voor de minder ingrijpende maatregelen kan ook voor een algemene maatregel van bestuur worden gekozen. Men zou daaraan een aantal procedurele voorschriften kunnen verbinden, maar daarmee zou kunnen worden volstaan. Met de inhoudelijke protocollering zouden

15. Zie daarover de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel tot invoering van art. 33a en 34 Politiewet 1957: Kamerstukken II 1985-1986, 19 535, nr. 5, p. 27. Het recente wetsvoorstel voor een nieuwe Politiewet brengt in dit stelsel geen wijziging: Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2006-2007, 30 880, nr. 3, p. 47.

16. Zie: G.A.A. Schoon en P.J. van Koppen, Identificatie door honden, in: P.J. van Koppen, D.J. Hessing, H.L.G.J. Merckelbach, H.F.M. Crombag (Red.), *Het recht van binnen: psychologie van het recht*, Kluwer, Deventer 2002, p. 597 e.v.; G.A.A. Schoon, *The performance of dogs in identifying human scent*, diss. Leiden, 1997. Het Hof Den Haag heeft met zoveel woorden overwogen dat rekening moet worden gehouden met een niet te verwaarlozen foutenmarge; zie: Hof den Haag 10 oktober 2005, LJN: AW 5785.

een of meer wetenschappelijke instituten, zoals het Nederlands Forensisch Instituut, moeten worden belast. Deze zouden kunnen voorzien in publiek kenbare en geregeld aan te passen dossiers met protocollen, betrouwbaarheidsanalyses en overzichten van de bijbehorende wetenschappelijke literatuur. Deze dossiers behoeven geen andere status te hebben dan die hun zou moeten toekomen, te weten wetenschappelijk verantwoord. Maar indien gewenst, zou er ook voor kunnen worden gekozen deze dossiers te laten vaststellen door het OM. De Minister van Justitie heeft immers aangekondigd een dergelijk soort vaststelling te zullen bevorderen voor de Forensisch Technische normen, die thans geen formele status hebben, maar die van niet te onderschatten belang zijn voor de kwaliteit van de forensische opsporing.¹⁷

3.2 Beleid

De bevoegdheid tot het voeren van strafrechtelijk beleid is in de Wet op de Rechtelijke Organisatie en in samenhang daarmee in het Wetboek van Strafvordering en de Politiewet met de nodige precisie vastgelegd. Om te beginnen voor de minister van justitie. Deze kan op voet van art. 127 Wet RO algemeen en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie (OM). Een aanwijzing is, zo zegt de Memorie van Toelichting, een publiekrechtelijke rechtshandeling met als rechtsgevolg het ontstaan van de verplichting voor degene tot wie de aanwijzing zich richt deze op te volgen en uit te voeren.¹⁸ De aanwijzing kan zich, zo blijkt ook uit de wetsgeschiedenis¹⁹, richten tot alle leden van het OM, collectief en individueel. De aanwijzing van de minister behoeft niet schriftelijk te zijn, behoudens in het geval het gaat om een aanwijzing over de opsporing en vervolging van strafbare feiten in een concreet geval. Dan moet immers de in de wet voorziene geschillenprocedure inwerking kunnen treden. De Minister deelt zijn voornemen tot het geven van een dergelijke aanwijzing schriftelijk en gemotiveerd mee aan het College en stelt het in de gelegenheid zijn zienswijze hierover evenzeer schriftelijk en gemotiveerd te geven. Het uiteindelijke besluit van de Minister wordt samen met het dossier bij een bevel om niet op te sporen of te vervolgen aan de Staten-Generaal overgelegd. Gaat het om het spiegelbeeld, dan worden de stukken aan het strafdossier toegevoegd.

De taak van het OM is neergelegd in art. 124 Wet RO: het Openbaar Ministerie is belast met de handhaving van de strafrechtelijke rechtsorde en

17. Brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 11 november 2005, Kamerstukken II 30 300 VI, nr. 32, p. 6.

18. Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1996-1997, 25 392, p. 42.

19. Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1996-1997, 25 392, p. 43.

andere bij de wet vastgestelde taken. Aan het hoofd van het OM staat het College van procureurs-generaal (art. 130 lid 2 Wet RO). In art. 130 lid 4 Wet RO wordt aan het College een aanwijzingsbevoegdheid toegekend die op een gelijke wijze is geformuleerd als die van de Minister van Justitie. Het rechtskarakter van deze aanwijzingsbevoegdheid is dan ook hetzelfde. De bevoegdheid van het College wordt versterkt door art. 130 Wet RO dat bepaalt dat de parkethoofden in hun ambtsuitoefening ondergeschikt zijn aan het College en de andere op een parket werkzame personen op hun beurt aan het hoofd van het parket. Dit heeft tot gevolg dat de nakoming van aanwijzingen, zo nodig, al dan niet getraptd disciplinair kracht kan worden bijgezet. Een parallelle bepaling ontbreekt in de verhouding tussen de Minister en het College.

In de praktische toepassing bestaat er echter een wereld van verschil tussen de aanwijzingsbevoegdheden van de Minister en het College. Tot heden zijn geen aanwijzingen van de minister aan het OM bekend, algemene noch bijzondere. Aanwijzingen van het College zijn er vele. Op beleidsmatig vlak vindt dit zijn achtergrond in de omstandigheid dat het initiatief tot het geven van aanwijzingen aan het OM bij het College ligt. Hetzij autonoom, hetzij op grond van de beleidsvoornemens van de Minister formuleert het College een conceptaanwijzing, die in de zogenaamde Overlegvergadering aan de Minister voor akkoord wordt voorgelegd. Eerst na de instemming van de Minister wordt de aanwijzing definitief. De Minister heeft op deze wijze royaal een vinger in de pap.

De doorwerking van aanwijzingen naar, kort samengevat, de politie wordt gewaarborgd door art. 141 en 148 Sv. en 13 en 15 Politiewet. De officier van justitie is krachtens het Wetboek van Strafvordering belast met de opsporing van strafbare feiten en daartoe bekleed met een bevelsbevoegdheid jegens 'de overige personen met de opsporing belast'. Op grond van de Politiewet staat de politie bij de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde onder gezag van de officier van justitie. Deze kan daartoe aan de betrokken ambtenaren de nodige aanwijzingen geven. Deze doorwerking naar de politie wordt in sommige aanwijzingen ook beoogd. De aanwijzing 'Opsporing'²⁰ en de aanwijzing 'Bijzondere Opsporingsbevoegdheden'²¹ zijn daarvan voorbeelden.

Het begrip aanwijzing leidt licht tot verwarring. De Wet RO verstaat onder een aanwijzing elk directief van de Minister of van het College van procureurs-generaal gericht tot het een of meer leden van het OM over de uit-

20. Aanwijzing College van procureurs-generaal 11 februari 2003, Stert. 2003, 41.

21. Aanwijzing College van procureurs-generaal 11 november 2004, Stert. 2004, 227.

voering van de taken en bevoegdheden van het OM. In de praktijk wordt met een aanwijzing slechts een beperkte categorie van de directieven bedoeld. De algemene aanwijzingen in de zin van de Wet RO worden traditioneel verdeeld in vier categorieën: aanwijzingen in beperkte zin, vervolgingsrichtlijnen, instructies en handleidingen. Aanwijzingen in beperkte zin zijn normatief van aard en werken extern. Zij worden ook gepubliceerd. Algemeen wordt aangenomen dat zij recht zijn in de zin van art. 79 Wet RO.²² Hetzelfde geldt voor de vervolgingsrichtlijnen. Dat zijn de directieven, waarmee inhoud wordt gegeven aan het sepot-, transactie/strafbeschikking-, dagvaarding- en requireerbeleid. De vervolgingsrichtlijnen kennen de bijzonderheid dat ervan, mits gefundeerd en gemotiveerd, onder omstandigheden mag worden afgeweken. De instructies zijn eveneens normatief, maar beogen uitsluitend interne werking. Zij worden dan ook niet gepubliceerd. De handleidingen worden vaak aangeduid als descriptief.²³ Ook die term is enigszins misleidend. Handleidingen zijn behalve beschrijvend, natuurlijk ook normatief. Het College van procureurs-generaal is geen schrijver van handboeken, die de leden van het OM naar believen ongelezen of ongebruikt kunnen laten. Handleidingen beogen wel degelijk leidraad te zijn voor het handelen van de leden van het OM, maar met de nodige flexibiliteit en zonder 'harde' normering.

De aanwijzingen in beperkte zin en de vervolgingsrichtlijnen zijn door hun grondslag, publicatie en externe werking de klassieke strafrechtelijke beleidsinstrumenten. Zij moeten hier als zodanig buiten bespreking blijven. Ik volsta met twee opmerkingen. In de eerste plaats vormen de afstemmingsprotocollen²⁴, convenanten²⁵ en handhavingsarrangementen²⁶, die in dit verband gemaakt of gesloten worden geen nieuwe of zelfstandige, thans buitenwettelijke, bron van beleid, ook al zou dat uit civielrechtelijk oogpunt soms zo lijken. Het gaat steeds om krachtens eigen bevoegdheid, zo men wil eenzijdig, vastgesteld beleid, ook al is daaraan overleg met een ander overheidsorgaan vooraf gegaan en wordt het soms vervat in een door meer partijen getekend stuk.

22. Zie bijv. A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 65; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands Strafprocesrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 742.

23. Vgl. in verband met het bovenstaande: 'Toelichting op landelijke niet-strafvorderlijke OM-beleidsregels: de aanwijzing, de instructie en de handleiding', opgenomen in: Cleiren & Nijboer 2006, (T&C Sr), p. 2343.

24. Vgl. bijv. Afstemmingsprotocol onderzoeksraad voor de veiligheid, Aanwijzing College van procureurs-generaal 19 september 2005, Stert. 2005, 211.

25. Convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties, 30 juni 2004, Stert. 2004, 126.

26. Vgl. bijv. Fiscale fraude, Aanwijzing College van procureurs-generaal 12 december 2000, Stert. 2001, 45; verlenging: Stert. 2004, 246.

In de tweede plaats lijkt het goed om erop te wijzen dat men in aanwijzingen (vuist)regels kan aantreffen, die niet zozeer door opportuniteitsoverwegingen en de daarmee samenhangende beleidskeuzen worden ingegeven, maar die een operationele invulling van een wettelijke norm beogen. Een aardig voorbeeld daarvan is de aanwijzing Uitbreiding Identificatieplicht²⁷. Art.8a Politiewet bepaalt dat een politieambtenaar bevoegd is inzage van een identiteitsbewijs te vorderen, 'voorzover dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitoefening van de politietaken'. De aanwijzing schrijft voor dat in het geval een proces-verbaal wordt opgemaakt terzake van het niet voldoen aan de identificatieplicht, daarbij moet worden vermeld in welk kader de inzage van het identiteitsbewijs is gevorderd. De vermelding moet specifiek zijn. Onvoldoende is dat uitsluitend wordt verwezen naar één van de drie politietaken: strafrechtelijke handhaving, handhaving van de openbare orde of hulpverlening. De aanwijzing tracht vervolgens met een enuntiatieve opsomming van situaties een zekere afbakening te geven wat een redelijke taakuitoefening in dit verband zou kunnen omvatten. Letterlijk wordt gezegd:

'De volgende, geenszins uitputtend bedoelde, opsomming noemt een aantal situaties waarin identiteitscontrole aangewezen kan zijn:

- *een auto rijdt 's nachts rond op een industrieterrein;*
- *er vindt op straat of in een café een schietpartij plaats en het is relevant voor het onderzoek om de identiteit van (mogelijke) getuigen vast te stellen;*
- *in een groepje dealers duikt een onbekende op;*
- *er woedt een brand en de (mogelijke) brandsnichter zou zich kunnen bevinden tussen de toegestroomde belangstellenden;*
- *bij evenementen zoals voetbalwedstrijden en demonstraties in geval van rellen of dreiging van het ontstaan van rellen;*
- *bij onrust of dreigend geweld in uitgaansgebieden en/of openbare manifestaties waarbij gevaar van ordeverstoring aanwezig is.*

(...)

Voorbeelden van concrete situaties waarin de uitoefening van de bevoegdheid tot identiteitscontroles niet zonder meer op zijn plaats is, zijn:

- *wanneer van iemand de identiteit al bekend is;*
- *bij preventief fouilleren met betrekking tot personen bij wie geen wapens of drugs worden gevonden. Het toepassen van preventief impliceert immers niet het vragen naar een identiteitsbewijs.'*

Beziat men deze lijst dan kan men zich afvragen, welke strekking eraan moet worden toegekend. Wordt beoogd de uitleg van de wettelijke formu-

27. Aanwijzing College van procureurs-generaal 7 december 2004, Stcrt. 2004, 247.

lering: 'voorzover dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitoefening van de politietaak' voor concrete gevallen te normeren? Of gaat het erom de politie een feitelijk houvast te bieden bij de toepassing van de wet in de alledaagse praktijk? Of allebei? Waarschijnlijk is het laatste het geval. Maar bij elk van deze doelen valt wel een opmerking te maken.

De passage in de aanwijzing is kennelijk geïnspireerd door een opmerking in de Memorie van Toelichting in de Eerste Kamer op het voorstel voor de wet op de uitgebreide identificatieplicht: 'Aannemelijk is dat het College van Procureurs-generaal bij aanpassing van de bestaande aanwijzing voor de handhaving van de identificatieplicht het uitgangspunt dat de identificatieplicht een instrument is voor betere handhaving en geen doel op zich, handhaaft.'²⁸ De in de aanwijzing genoemde voorbeelden zijn ook gedeeltelijk aan deze Memorie ontleend. Ten slotte is ook de eis dat de feiten en omstandigheden moeten worden gerelateerd op basis waarvan de opsporingsambtenaar het redelijkerwijs noodzakelijk heeft geacht de inzage van het identiteitsbewijs te vorderen aan het parlementair debat ontleend. De aanwijzing lijkt het product van enerzijds de niet onbegrijpelijke zorg in het parlement hoe met de bevoegdheid om naar een identiteitsbewijs te vragen in de praktijk zou worden omgegaan en anderzijds de wens van de Minister deze bevoegdheid in de wet niet verder te beperken dan door het taakuitoefeningscriterium.

De juridisch normerende kracht van de aanwijzing is echter betrekkelijk. De rechter is aan de uitleg van de wet in een aanwijzing niet gebonden. In de positieve situaties (wanneer mag het wel?) staat het de rechter bij een vervolging op grond van art. 447e Sr.²⁹ vrij tot het oordeel te komen dat in het licht van de zich voordoende omstandigheden een toonplicht niet bestond. In de negatieve situaties (wanneer mag het niet, althans niet zonder meer?) kan de aanwijzing wel een zelfstandige rol spelen. Echter niet omdat het vragen van een identiteitsbewijs door de werking van de aanwijzing in strijd is met de wet, maar omdat dit in strijd is met het gangbare beleid. De voorbeelden kunnen uiteraard een functie vervullen bij de beoordeling van ingezonden processen-verbaal door het OM. Ook kunnen zij meegewogen worden bij de behandeling van klachten tegen politieoptreden door de politieklachtcommissies ex art. 61 Politiewet en door de Nationale Ombudsman, maar of zij daarvoor voldoende aangrijpingspunten bieden is allerm minst zeker. Hoe realistisch is bovendien de verplichting dat de feiten en omstandigheden waaronder naar identificatie is gevraagd,

28. Kamerstukken I, 2003-2004, 29 218, p. 4.

29. 'Hij die niet voldoet aan de verplichting om een identiteitsbewijs ter inzage aan te bieden hem opgelegd bij art. 2 van de Wet op de identificatieplicht, wordt gestraft met een geldboete van de tweede categorie.'

moeten worden vermeld? Wanneer het vragen naar identificatie beperkt zou blijven tot uitzonderlijke gevallen, dan is een dergelijk voorschrift zinvol. Gebeurt het veelvuldig – en daar ziet het wel naar uit –, dan doet onvermijdelijk een standaardisatiefenomeen zijn intrede. Dat leidt niet zelden tot weinigzeggende imprimés.

Ten slotte kan men betwijfelen of een aanwijzing juridisch-technisch wel het juiste instrument is voor normering op dit vlak. Het type bevoegdheden van de politie, waar het hier om te doen is, behoort eigenlijk nadere regulering te vinden in de Ambtsinstructie Politie. Het gaat immers niet om een exclusief strafvorderlijke bevoegdheid. Met een goede reden is de identificatieplicht dan ook opgenomen in het hoofdstuk over de algemene bevoegdheden van de politie in de Politiewet. De andere bevoegdheden uit dit hoofdstuk (geweldgebruik en veiligheidsfouilleren) worden uitgewerkt in de Ambtsinstructie en niet in een aanwijzing. De Ambtsinstructie leent zich alleen niet voor een enuntiatieve opsomming van voorbeelden. Is nadere abstracte normering in de Ambtsinstructie ongewenst of ondoenlijk, dan zou niet naar een aanwijzing als compromis moeten worden gegrepen, om toch het gat te vullen.

Zijn de politieagenten op straat geholpen met de voorbeelden? Waarschijnlijk niet heel veel. Weten zij nu of – om een bekend voorbeeld uit het onderwijs te geven – de ‘hollende kleurling’³⁰ die niet als verdachte mag worden aangemerkt, wel om zijn identificatiebewijs mag worden gevraagd? Voor de ondersteuning van de politiepraktijk bij de uitleg van de redelijke taakuitoefening in concrete situaties lijkt het maken van een goed opleidingsprogramma in overleg met het OM beter. Dergelijke programma’s leiden ongetwijfeld tot vaak impliciete nadere protocollering in het begeleidende studiemateriaal, bij nagespeelde voorbeeldsituaties en in de verbale overdracht van docenten. Het lijkt mij effectiever moeite te doen en toezicht te houden op de ontwikkeling en uitvoering van opleidingsprogramma’s dan te proberen in een aanwijzing die daarvoor niet bestemd is, bij wijze van verder niet toegelichte of beredeneerde voorbeelden, een richting uit te zetten.

3.3 Organisatie en advies

In deze rubriek vallen alle interne kwaliteitsinstrumenten, die in de diverse organisaties, betrokken bij de strafrechtspleging, kunnen worden aangetroffen. Zij zijn soms wel gepubliceerd, maar meestal niet. Zij kunnen onderling aanzienlijk verschillen. Men zou hen langs drie dimensies kun-

30. Hof Amsterdam 3 juni 1977, NJ 1978, 601.

nen onderscheiden, naar vorm, rechtskracht en inhoud. Naar rechtskracht bestaat een variatie van statusloze regels naar regels die intern hiërarchisch zijn opgelegd, zij het met uiteenlopende vrijheidsgraden om ervan af te wijken. Naar inhoud kan men een verloop zien van zuiver intern organisatorische voorschriften tot regelingen, die het externe gedrag of de externe beslissingen van de leden van de betrokken organisatie direct of indirect beïnvloeden. Naar vorm bestaan gradaties van regelingen, die 'hard and fast' zijn via tussenvormen, zoals standaardisatieregels bijv. ten behoeve van automatisering naar handboekachtige toelichtingen, die geen duidelijke regelstructuur meer hebben.

Wat de vorm betreft volsta ik erop te wijzen dat de invloed en betekenis van handleidingen³¹, die geschreven worden als een bijv. op grond van jurisprudentie en literatuur beredeneerde toelichting op bepaalde standpunten, groter is dan soms wordt verondersteld. De fameuze vraag binnen organisaties: 'Is het beleid of is erover nagedacht?' valt niet zelden ten gunste van het zichtbare nadenken uit, als het er om gaat of een opvatting wordt gevolgd.

In de tweede plaats de juridische grondslag. Het rechtskarakter dat de betrokken voorschriften voor de leden van de betrokken organisaties aannemen, lijkt niet steeds leidend voor de feitelijke aanvaarding ervan. Mits door gezaghebbende leden van de organisatie vastgesteld, vinden zij naleving door andere factoren dan door hun werking als juridisch bindend instrument. Zij steunen allereerst veelal op een breed gedragen cultuur en een streven naar een gemeenschappelijke identiteit en kwaliteit van een organisatie. Maar ook op meer prozaïsche overwegingen, zoals de behoefte om te weten waar men aan toe is, de wens dat iedereen ongeveer hetzelfde doet en de wat gelaten gedachte dat het er bij hoort. Ik zou voor de cultuur van de organisatie kunnen verwijzen de gangbare gedragscodes. De Leidraad onpartijdigheid van de rechter³² en de Gedragscode Openbaar Ministerie³³ hebben weliswaar een iets andere grondslag, maar lijken in de praktijk op ongeveer dezelfde wijze te functioneren. De eerste is formeel statusloos, maar vermeldt zelf dat zij wordt onderschreven door de besturen van de gerechten in Nederland, de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en door de Raad van de Rechtspraak. Verder wordt er op gewezen dat aangesloten is bij de relevante verdragsrechtelijke en (grond)wettelijke bepalingen en de juris-

31. Vgl. bijv. *Handboek Opsporingspraktijk*, Sdu, Den Haag (losbladig); G. Dankers, P.C. Velleman, *Handboek Discriminatie*, Openbaar Ministerie/ Landelijk Expertisecentrum Discriminatie, Amsterdam 2006.

32. www.rechtspraak.nl.

33. www.om.nl.

prudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad. De Gedragscode Openbaar Ministerie heeft het karakter van een handleiding, vastgesteld door het College van Procureurs-generaal. De gedragscode is daarmee weliswaar 'descriptief'³⁴, d.w.z. in juridische zin niet zonder meer bindend, maar draagt wel een hiërarchisch stempel. Voor de leden van de rechtsprekende macht en het OM vormen de gedragscodes een bron van lering en houvast, maar het lijkt daarvoor geen verschil uit te maken dat de een in een hiërarchische structuur is vastgesteld en de ander niet. Hetzelfde geldt op een ander terrein en op een andere wijze voor bijv. de kwaliteitssystemen binnen de verschillende organisaties. De toepassing van het INK management model³⁵ heeft bij de politie een wettelijke basis³⁶, bij het OM berust deze op besluitvorming van het College van Procureurs-generaal en bij de rechtspraak – aldaar geheten RechtspraakQ – op vrijwillige aanvaarding door de gerechten op voorspraak van de Raad voor de Rechtspraak. Ik laat graag aan de lezer over te beoordelen op welke combinatie van factoren deze aanvaarding berust. Ten slotte worden in de rechtspraak de aanbevelingen van het Landelijk overleg van voorzitters van de strafsectoren van de gerechtshoven en de rechtbanken (I.OSV) veelal gevolgd. Ik wijs op de 'Aanbeveling behandeling civiele schadevordering in het strafproces (wet Terwee)' en het 'Landelijk Aanhoudingenprotocol'. Zij bevatten concrete regels over te nemen beslissingen op beide terreinen. Dat is nogal ingrijpend, maar ook deze hebben geen formele basis. Nochtans kan men bij de politie en het OM een ontwikkeling naar een versterking van de juridische basis van een aantal regels signaleren. De keuze die ik hiervoor al aanstipte³⁷, om de Forensisch Technische normen van een publiekrechtelijke grondslag te voorzien, is daarvan een voorbeeld.

Ten slotte de inhoud. Het is uiteraard de taak van de betrokken organisaties om de kwaliteit van het eigen functioneren op een zo hoog mogelijk niveau te brengen. Dat gebeurt door het stellen van opleidingseisen aan de toetredende medewerkers, door blijvende bij- en nascholing van de zittende medewerkers, door certificering, door het creëren van gespecialiseerde functies, door het organiseren van tegenspraak, intervisie of 'review' en door het opstellen van afstemmings- en opschalingsprotocollen. Daar blijft het echter niet bij. De wens tot kwaliteitsverhoging en tot efficiencyverbetering blijkt echter aanzienlijk meer noodzakelijk of onvermijdelijk te maken. Dat 'meer' is niet langer van zuiver intern organisatorische aard en manifesteert zich voornamelijk op twee gebieden: de standaardisatie van werkprocessen met de daarbij behorende modellen, al dan niet in samen-

34. Zie hiervoor p. 10.

35. Zie: www.ink.nl.

36. KB 24 juni 1999, Stb. 1999, 288.

37. Zie p. 9.

hang met automatisering, en de protocollering van het handelen van professionals.

Het Programma Versterking Opsporing en Vervolgning, dat is opgesteld door het OM, de politie en het NFI naar aanleiding van het evaluatierapport van de Schiedammer parkmoord³⁸ maakt deze ontwikkeling als geen ander duidelijk. Ik geef een enkel citaat ter illustratie:

*'Binnen de politie zijn in het kader van het Abrio-programma sedert het jaar 2000 vele verbeterinitiatieven uitgewerkt en geïmplementeerd, zoals de inrichting van Teams Grootchalige Opsporing, standaard werkwijze voor het onderzoek op de plaats delict, de inrichting van de landelijke informatieorganisatie en Informatie Gestuurde Politie. Onder de verantwoordelijkheid van het OM-politiebestuur en de Board Opsporing van de Raad van Hoofddcommissarissen worden hulpmiddelen en werkwijzen gevalideerd die, waar dat tot toename van effectiviteit en efficiëntie leidt, meer uniformiteit en standaardisatie brengen.'*³⁹

(...)

*Ook is de politie verantwoordelijk voor de uitvoering van de (de door de officier getoetste) opsporing, inclusief de toegestane dwangmiddelen, bijzondere opsporingsbevoegdheden alsmede bijv. de kwaliteit van onderzoek PD, buurtonderzoek, informatie-inwinning, verhoren verdachten, getuigen, enz. De verantwoordelijkheid omvat ook de ingezette expertise. De teamleider zorgt er voor dat gewerkt wordt volgens vastgestelde aanwijzingen, richtlijnen, protocollen en afgesproken professionele standaarden (studioverhoor, auditieve c.q. audiovisuele registratie, Osloconfrontatie, OT, AT, verhoren met verhoorplan, FT-normen).'*⁴⁰

(...)

38. Met instemming door de Minister van Justitie aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 11 november 2005, Kamerstukken II 30300 VI, nr. 32; www.om.nl.
39. Programma p. 6. ABRIO staat voor Aanpak Bedrijfsvoering, Recherche, Informatie-huishouding en Opleiding. Het is een politiebreed project, dat met medewerking van het OM een breed scala van gestandaardiseerde werkprocesbeschrijvingen en productbeschrijvingen met de bijbehorende hulpmiddelen vervaardigd. Voorbeelden zijn: Referentiekader Werkprocessen Opsporing en Vervolgning (RWOV 1), Politie Regeling Regionale Infodesk, PD-management, Procesmodel CIF, Kwaliteitsinstrument Opsporing en Vervolgning (KOV), Raamregeling Team Grootchalige Opsporing (TGO), Procesdossier, Procesmodel Observeren (Obs) en Informatiegestuurde Opsporing (IGO). Abrio-producten worden vastgesteld door de Raad van Hoofddcommissarissen, 'gevalideerd' door het OM en vervolgens geïmplementeerd door de regiokorpsen. Zie over de stand van zaken: Opsporing bezocht, Rapportage over de eerste fase van het onderzoek naar de kwaliteit van de politieke opsporingstaak, Inspectie Openbare Orde en Veiligheid, Den Haag, maart 2006.
40. Programma p. 16. PD betekent plaats delict, Osloconfrontatie meervoudige confrontatie, OT observatieteam en AT arrestatieteam.

Ten aanzien van reeds bestaande IT-normen zal actie worden ondernomen om deze allemaal nog eens na te lopen op hun werking in de praktijk. Vervolgens zullen de al dan niet bijgestelde normen (opnieuw) door het OM worden vastgesteld als eis aan de opsporing, om aldus consequente naleving in de praktijk te bewerkstelligen.

Deels in het verlengde van de aanbevelingen uit het rapport Posthumus zullen op korte termijn nieuwe IT-normen worden vastgesteld op een aantal gebieden.⁴¹

(...)

Er wordt gestuurd op het gebruik van de protocollen die in PKN per kennisdomein zijn opgenomen, door een normatieve uitspraak te vragen aan het College van PG's en het Korpsheerdersberaad.

Daarmee krijgen de protocollen (indien gevalideerd op minimaal niveau 2) een verplichtende status. Dit betekent dat men in voorkomende gevallen kennis moet nemen van de beschikbare protocollen en die in beginsel moet gebruiken:

Voor professionals die moeten functioneren in een complexe organisatie geldt dat zij een eigen afweging moeten kunnen maken op basis van de situationele context. Het niet gebruiken van een protocol of een werkmethode dient echter te worden gemotiveerd.⁴²

Het zijn slechts een paar bloemen uit een heel boeket. De wassende stroom van, al dan niet verplicht gestelde, gestandaardiseerde werkwijzen roept wel vragen op. Deze rijzen wat mij betreft niet op het punt of standaardisatie en protocollering wel gewenst zijn. Dat zijn zij. Dat bijv. de plaats van een delict in beginsel moet worden bevroren totdat forensische experts deze hebben kunnen onderzoeken, spreekt voor zich. Het is niet bevorderlijk voor een goed onderzoek, wanneer toegesnelde politieagenten hun auto per ongeluk parkeren op de plaats waar zich de bandensporen van de auto of de fiets van de mogelijke dader zouden kunnen bevinden. Het voorschrijven van een vaste werkwijze kan hierbij uitkomst bieden. Er zijn naast goede, ook slechte processen-verbaal, naast goede, ook slechte verhoren. Alles wat gedaan kan worden om de kwaliteit van een proces-verbaal of een verhoor niet uitsluitend afhankelijk te maken van de individuele kwaliteiten van de betrokken opsporingsambtenaren bijv. door protocollering, zou niet moeten worden nagelaten. Knelpunten liggen op het gebied van de kenbaarheid van al deze standaarden, modellen en protocollen en de marges, die zij laten voor afwijking.

Kenbaar voor derden buiten de betrokken organisaties zijn veel gestandaardiseerde werkprocessen nauwelijks. Voor een deel is dat voor de hand liggend. Organisatie en bedrijfsvoering zijn in beginsel interne aangelegenheden. Dat wordt echter anders, indien gestandaardiseerde werkwijzen keuzen impliceren die voor derden van belang zijn omdat zij de aard en de

41. Programma p. 37.

42. Programma p. 61. PKN betekent Politiekennisset.

inhoud van het professionele optreden van de leden van het OM en de politie mede bepalen. Welke eisen worden gesteld aan een proces-verbaal, welke modellen worden gehanteerd, welke 'onorthodoxe' opsporingsmethoden onder welke omstandigheden aanvaardbaar worden geacht, hoe een slachtoffer wordt geïnformeerd, het zijn vragen, die niet uitsluitend intern aan de orde zouden behoren te zijn. De Minister van Justitie merkt in zijn brief over het Programma versterking opsporing en vervolging het volgende op:

*'Het werkproces forensische opsporing is onlangs door de RHC gevalideerd. Hierdoor wordt gekomen tot een zo objectief mogelijke handelwijze die ook voor de verdediging en de rechter eenvoudig toetsbaar is.'*⁴³

Wordt het dan geen tijd dat het werkproces ook wordt gepubliceerd? Hier komt bij dat interne en externe regels soms onlosmakelijk aan elkaar verbonden zijn. Dat geldt niet alleen voor bijv. de samenhang tussen het werkproces forensische opsporing en de Forensisch Technische normen, maar ook elders. In de zo-even genoemde brief stelt de minister een uitvoerige aanwijzing van het College van Procureurs-generaal in het vooruitzicht over de gevallen waarin auditieve of audiovisuele registratie van verhoren zal plaatsvinden.⁴⁴ De keuze voor dit type registratie staat echter niet op zich. Het maakt onderdeel uit van en is van invloed op een verhoorplan. Uit dat oogpunt is het wenselijk dat ook de standaarden voor verhoorplannen tot het publieke domein behoren.

De terughoudendheid om gestandaardiseerde werkwijzen en protocollen te publiceren komt veelal voort uit de wens tegen te gaan dat hetzij hun inhoud als zodanig, hetzij afwijkingen ervan in concrete zaken voorwerp van discussie zouden kunnen worden, met name in de rechtszaal. Over het eerste zou ik denken, het zij zo. Wie meent te werken volgens een professionele standaard, moet het debat over de kwaliteit ervan ook kunnen voeren. Ik wijs er overigens op dat publicatie van een standaard allerminst behoeft mee te brengen dat aan deze daarmee ook externe werking toekomt. De afwijkingsbevoegdheid ligt veel lastiger. Zij creëert een gecompliceerde verantwoordelijkheid voor de individuele professional. Enerzijds wordt zijn of haar vrijheid van handelen door de standaard bewust beperkt. Er mogen geen honderd bloemen bloeien, maar eigenlijk slechts één. Anderzijds wordt daaraan onmiddellijk toegevoegd dat deze beperking maar een richtlijn is en onder omstandigheden terzijde mag worden gesteld, mits dit gemotiveerd wordt. Wat betekent dit eigenlijk? Dat ook het

43. Kamerstukken II, 2005-2006, 30 300 VI, nr. 32, p. 5; RHC staat voor: Raad van Hoofdd commissarissen.

44. B.a. noot 42, p. 7.

spiegelbeeld geldt? Moet onder omstandigheden ook de toepassing van de standaard worden gemotiveerd? En wat houdt de motiveringsplicht in? Duidelijk is dat niet elke motivering genoegzaam is. De redengeving dat onvoldoende tijd bestond om de standaard onverkort na te komen zal meestal niet valide zijn. De individuele professional zal zich daarom hebben te beraden over het karakter, het beoogde werkingsbereik en de redelijke strekking van een standaard. Dat lijkt redelijk, als de standaard daarover zelf uitsluitsel geeft. Dat is echter lang niet altijd het geval.

Mijn conclusie is dat het tijd wordt om meer orde te scheppen in de standaarden, die in hoog tempo worden ontwikkeld, per standaard de aard, het werkingsbereik en de strekking te expliciteren en de standaarden, waar nodig, ook te publiceren.

4 De Oriëntatiepunten Straftoemeting: zoals het niet moet

Wie de website van de rechtsprekende macht raadpleegt⁴⁵ kan daar een overzicht van strafmaten voor een aantal delicten aantreffen. Zij zijn volgens de inleidende toelichting bedoeld ter oriëntatie van de rechter bij de oplegging van de straf en worden daarom oriëntatiepunten voor de straftoemeting genoemd. De toelichting is over de achtergronden van de oriëntatiepunten is verder buitengewoon sober. Veel meer dan de hiervoor weergegeven zin treft men niet aan. Vermeld wordt verder slechts dat het gaat om veel voorkomende delicten die niet transigabel zijn en die leiden tot een straf van meer dan vier jaar. Verder wordt gezegd dat bij de vaststelling van de oriëntatiepunten steeds is uitgegaan van het modale feit en dat de rechter eventuele bijzondere omstandigheden in de daad- of dadercomponent zelf moet meewegen. Ten slotte wordt vermeld dat het Landelijk overleg van voorzitters van de strafsectoren van de gerechtshoven en de rechtbanken (LOVS) in 1998 een eerste aanzet heeft gegeven om te komen tot een consistent landelijk straftoemetingbeleid en in dat verband heeft besloten in de loop van de tijd te komen tot de vaststelling van oriëntatiepunten.

Oriëntatiepunten voor de straftoemeting zijn er niet alleen op landelijk niveau. Meestal in aanvulling op de landelijke oriëntatiepunten worden binnen ressorten en gerechten lijsten met gemiddelde strafmaten voor bepaalde delicten gehanteerd. Op ressortniveau worden zij in navolging van de landelijke vaak ook als oriëntatiepunten aangeduid en zijn zij kenbaar via de websites van de verschillende hoven.

45. www.rechtsspraak.nl.

In de literatuur zijn de oriëntatiepunten niet onbesproken gebleven. Op de historie van de totstandkoming, de institutionele context en de toepassing van de oriëntatiepunten wordt het meest uitvoerig ingegaan door Schoep en Schuyt in een rapport over een onderzoek, in opdracht van de Raad voor de Rechtspraak, naar de (potentiële) effectiviteit van de Databank Consistente Straftoemeting en de oriëntatiepunten voor de straftoemeting.⁴⁶ Schoep en Schuyt concluderen dat de oriëntatiepunten in ruime mate worden toegepast in de straftoemtingspraktijk, naar het zich laat aanzien omdat zij goed aansluiten bij de werkwijze van strafrechters en omdat zij voldoen aan een behoefte tot ondersteuning bij het bepalen van de straf.⁴⁷ Het gebruik van de oriëntatiepunten wordt in toenemende mate ook expliciet verantwoord bij de motivering van de strafmaat.⁴⁸

De oriëntatiepunten zijn een uitloeijsel van de wens niet te rechtvaardigen verschillen in de straftoemeting in vergelijkbare zaken te beperken. Die wens heeft een proces in gang gezet dat door Balkema aldus wordt samengevat:

*'In hun zoektocht naar consistentie in de straftoemeting hebben de Nederlandse strafrechters enkele (niet onbelangrijke) keuzen gemaakt. In de eerste plaats is ervoor gekozen niet te streven naar een ontwikkeling waarin de uitgangspunten voor de straftoemeting niet 'richtlijnigewijs' door de gerechtshoven worden vastgesteld. Rechtbanken en hoven hebben samen gesproken over de in de praktijk bestaande uitgangspunten voor de sanctieoplegging en de resultaten van dat debat vastgelegd. Die constatering, die wel als 'afspraken' worden aangeduid, zijn niet binnenskamers gebleven, maar gepubliceerd.'*⁴⁹

Balkema neemt voorzichtig afstand van het woord afspraken. Het zijn constatering. Het zij zo. Waar het om gaat is of de gezamenlijke vaststellingen een nieuwe leidende of normatieve dimensie toevoegen aan hetgeen daarvoor reeds bestond: de verzameling rechterlijke uitspraken terzake van bepaalde typen delicten, waaruit men een bepaalde gedragslijn zou kunnen afleiden. Is deze dimensie aanwezig en wil men toch het woord afspraken vermijden dan komt men terecht bij wat in mededingingsrecht is gaan heten: 'actions concertées'. Het verschil tussen afspraken en onderling

46. G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij de straftoemeting. Een onderzoek naar de (potentiële) effectiviteit van de Databank Consistente Straftoemeting en de oriëntatiepunten voor de straftoemeting*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2005.

47. A.w. noot 46, p. 70.

48. G.K. Schoep, Oriëntatiepunten straftoemeting in de strafmotivering, *Trema*, Straftoemingsbulletin nr. 2, 2006, p. 13 e.v.

49. J.P. Balkema, Reactie op Oriëntatiepunten in de strafmotivering, *Trema*, Straftoemingsbulletin nr. 2, 2006, p. 17.

afgestemde gedragingen is niet van groot belang. Extern leiden zij tot een gelijk resultaat.

In de jaarvergadering van de NJV van 2002, gewijd aan de herziening van het sanctiestelsel, kwamen de oriëntatiepunten straftoemeting uitvoerig aan de orde. In zijn preadvies betoogt De Hullu dat de aanvaarding van de straftoemetingsvrijheid als nationaal kenmerk van onze strafrechtspleging zich moeilijk laat rijmen met de mogelijkheid dat de rechtsprekende macht deze vrijheid zelf exclusief reguleert en normeert door een stelsel van algemene afspraken over gemiddelde straffen bij bepaalde delictstypen in het leven te roepen.⁵⁰ Hij vraagt zich af, waarom de wetgever dan niet een democratisch fundament aan die normering zou mogen of zelfs mochten geven. Ter vergadering opponeert Vegter⁵¹ tegen deze zienswijze. Het zijn geen afspraken, maar oriëntatiepunten. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat er geen binding is. Bovendien zien de oriëntatiepunten slechts op een beperkte categorie van veel voorkomende delicten, waarvan rechters een redelijk omlind beeld hebben. Naar zijn opvatting gaat het in wezen om gevalsvergelijking. Rechters gaan na welke straf in een gewoon geval wordt opgelegd en stellen dat op schrift. De ervaring kan daarmee worden overgedragen. Daaraan bestaat ook grote behoefte met name bij niet zeer ervaren rechters, die in politierechterzaken worden geconfronteerd met een vergroting van de straftoemetingsruimte en toenemende werkdruk.

De tegenstelling is evident. Normering versus feitelijke informatiever-schaffing door gevalsvergelijking. Over beide valt een enkele opmerking te maken. In de eerste plaats de feitelijke informatiever-schaffing. Zijn de oriëntatiepunten niet meer dan een aggregaarde vaststelling van de uitgangspunten die strafrechters bij de straftoemeting van bepaalde typen delicten met name ten aanzien van de daadcomponent hebben aangehouden? Zeker niet uitsluitend. Het probleem van de straftoemeting ligt immers niet alleen in eventuele inconsistenties in de tijd – gelden vandaag dezelfde uitgangspunten als gisteren? –, maar ook in inconsistenties tussen de beoordelingen van de verschillende individuele rechters, meervoudige kamers en gerechten, die ieder voor zich heel wel in de tijd consistente uitgangspunten kunnen hanteren. Wie inconsistenties in spreiding bijv. landelijk wil beperken, ontkomt niet aan het maken van keuzen. Zeker zal men trachten door overtuiging op één lijn te komen, maar uiteindelijk zullen ook knopen moeten worden doorgehakt. Deze keuzen moeten leiden tot uitgangspunten, die voor sommige rechters of gerechten nieuw zijn of

50. Zie: J. de Hullu, *Enkele suggesties voor herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel*, HNJV 2002-1, Kluwer, Deventer 2002, p. 75 e.v.

51. Zie P.C. Vegter, Referaat vraagpunt 3, HNJV 2002-2, Kluwer Deventer 2003, p. 53 e.v.

anders dan zij gewend waren. Dat de gang van zaken moeilijk een andere kan zijn, blijkt ook uit hetgeen Schoep en Schuyt noteren over de totstandkoming van de landelijke oriëntatiepunten. De praktijk blijkt zelfs nog weerbarstiger dan de leer.

*'Allereerst de belangrijke veronderstelling dat de oriëntatiepunten een weergave vormen van de gangbare praktijk. In de startnotitie van de Commissie Straftoemeting werd nog gesteld dat van de oriëntatiepunten een zekere normerende werking uitgaat omdat zij de weerslag vormen van de weergave van een min of meer vaste praktijk. Het is ons niet gebleken dat deze aanspraak terecht was. Uit het onderzoek blijkt dat sommige oriëntatiepunten tot stand kwamen op basis van lijstjes van minder dan de helft van het aantal gerechten. Bij een dergelijk klein aantal reacties, waarvan bovendien een aantal bestond uit de mededeling dat voor het desbetreffende delict geen strafmaatlijstjes werden gehanteerd, kan in ieder geval worden getwijfeld aan de empirische juistheid van de bewering.'*⁵²

Vervolgens de gevalsvergelijking. Gevalsvergelijking is een methode van rechtsvinding.⁵³ Zij berust op de gedachte dat de rechter die zich gesteld ziet voor de beslissing in een geval, waarvoor zich geen evidente maatstaf opdringt, die maatstaf kan ontwikkelen door het te beoordelen geval te vergelijken met gevallen, waarin de beslissing niet of minder twijfelachtig is. Kernpunt daarbij is dat de vergelijking en de daaraan ontleende maatstaven of gezichtspunten worden verantwoord. Aan die structuur voldoen de oriëntatiepunten in geen enkel opzicht. Het zijn lijsten met uitkomsten van gemiddelde strafmaten voor bepaalde delicten. Op welke gevallen deze uitkomsten berusten, waarin de evidentie van de beslissing in deze gevallen is gelegen en welke onderliggende gezichtspunten of maatstaven zijn gehanteerd, wordt niet vermeld. De oriëntatiepunten dienen zich aan als statistische informatie over rechterlijke beslissingen in het verleden. Het maakt een analyse van of een discussie over de in de oriëntatiepunten besloten liggende uitgangspunten vrijwel onmogelijk. Het leidt er ook toe dat de oriëntatiepunten in de tijd buitengewoon inflexibel zijn. Dat de oriëntatiepunten bedoeld zijn als bakens voor de discussie ter terechtzitting en in de raadkamer⁵⁴ moge zo zijn, maar bakens moeten ook kunnen worden verzet. Als niemand weet waarom zij liggen op de plaats, waar zij liggen, anders dan dat deze plaats bepaald is door niet nader toegelichte 'bewerte Lehre', is dit ondoenlijk.

Ten slotte het begrip normering. Het lijkt mij onjuist de begrippen normering en binding te identificeren. Ook van 'constatering' door het LOVS

52. A.w. noot 46, p. 71.

53. Zie hierover bijv. de monografie van: G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, derde druk, Tjeenk Willink, Zwolle, 1988, p. 132 e.v.

54. In die zin: J.P. Balkema, a.w. noot 49.

die de rechter niet binden kan voor de rechtstoepassing een belangrijke normerende werking uitgaan. In de wetenschap dat elke vergelijking tot zekere hoogte mank gaat toch het volgende voorbeeld. Nederland kent niet de 'stare decisis'-regel in de strenge Angelsaksische zin. Dit betekent dat het de rechter in formeel juridische zin in beginsel vrijstaat terug te komen op dragende rechtsbeslissingen uit eerdere uitspraken en dat, even formeel geredeneerd, de lagere rechter niet gebonden is aan de rechtsoordelen van de hogere rechter. Niettemin spelen arresten van de Hoge Raad een belangrijke, zo niet wezenlijke rol in de rechtspleging. Men kan dit verschijnsel uiteraard zuiver feitelijk proberen te verklaren door te verwijzen naar de uiteindelijk mogelijke vernietiging in cassatie waaraan rechterlijke uitspraken blootstaan, die niet congrueren met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Maar die verklaring beantwoordt niet aan de juridische realiteit. Aan de rechtsoordelen van de Hoge Raad komt, ook rechtstheoretisch, geen bindende, maar wel een normatieve werking toe.⁵⁵ Hoeveer deze gaat zal wel steeds punt van discussie blijven, maar zij bestaat onmiskenbaar. Nu terug naar de oriëntatiepunten. Het LOVS is de Hoge Raad niet. De verschillen zijn groot, al was het slechts omdat de Hoge Raad als cassatierechter een eigen taak, functie en verantwoordelijkheid heeft in de rechtspraak zelf en het LOVS niet. Het LOVS is echter door de persoon en de functie van zijn leden wel een gezaghebbend gremium binnen de rechterlijke organisatie. Er bestaat ongetwijfeld een 'préjugé favorable' ten aanzien van de vaststellingen van een dergelijk gezelschap. Daar komt nog een gezichtspunt bij. Consistente straftoemeting is een wezenlijk element van een goede rechtsbedeling. De rechter die de oriëntatiepunten links zou willen laten liggen, moet rekening houden met de aanmerkelijke kans dat zijn of haar collega's in den lande dat niet doen. Het wegwuiven van de oriëntatiepunten wordt daarmee niet alleen een mogelijke inbreuk op de collegiale loyaliteit, maar ook op de goede rechtsbedeling. Daaraan moet de rechter zich wel iets gelegen laten liggen. Dat leidt tot een vorm van normatieve werking.

De vraag is echter of tegen de vaststelling van oriëntatiepunten door het LOVS bezwaar zou moeten bestaan, ook al gaat van de oriëntatiepunten wel degelijk een normatieve werking uit. De wetgever schept voor de rechter een aanzienlijke beoordelingsvrijheid bij de strafoplegging. Zeker bij veel voorkomende delicten, resulterend in even zovele strafzaken, zijn

55. Zie: J. Drion, *Stare decisis. Het gezag van precedents*, oratie Leiden 1950, Verzamelde geschriften van J. Drion, Universitaire Pers, Leiden 1968, p. 142 c.v.; H.U. Jessurun d'Oliveira, *De meerwaarde van rechterlijke uitspraken*. Nederlands Vereniging voor rechtsvergelijking, nr. 10, Kluwer, Deventer, 1973; R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent: over de plaats en functie van rechtersrecht in een gecodificeerd rechtstelsel*, diss. Rotterdam, Gouda Quint, Arnhem, 1986.

algemene kaders voor de invulling van die beoordelingsvrijheid bijna onmisbaar, wil men niet in willekeur vervallen. Rechterlijk beleid bij de straftoemeting komt dan ook niet uit de lucht vallen. Dat blijkt alleen al uit het bestaan van de informele straftoemetingslijstjes, die in enigerlei vorm al veel langer binnen gerechten circuleren. Waarom zouden de gerechten dan niet met elkaar in overleg mogen treden en tot afstemming mogen proberen te komen, nu niet te rechtvaardigen regionale verschillen in de straftoemeting in de zich steeds verder verdichtende Nederlandse samenleving niet langer aanvaardbaar worden geacht? Voor een positieve beantwoording van die vraag moeten nogal wat horden worden genomen. De eerste is gelegen in het ontbreken van een publiekrechtelijke grondslag. Aan de rechtelijke organisatie is door de wetgever een eigen taak bij en verantwoordelijkheid voor de bevordering van de uniforme rechtstoepassing en van de juridische kwaliteit toegekend, zoals onder meer blijkt uit art. 94 Wet RO. Deze taak en verantwoordelijkheid liggen bij de gerechten, in het bijzonder de sectoren, zoals Schoep en Schuyt met een beroep op de wetsgeschiedenis terecht betogen.⁵⁶ De rol van de Raad voor de Rechtspraak is ondersteunend en hoe men het ook keert of wendt het LOVS komt in deze geen bijzondere, expliciet of impliciet door de wetgever erkende, positie toe. Zelfs indien men aanneemt dat de voorzitters van de strafsectoren bij de vaststelling van de oriëntatiepunten met het volledig mandaat van de rechters uit hun sectoren opereren, blijft nog kwetsieus of rechters gegeven het wettelijk stelsel over hun bevoegdheden in het kader van de straftoemeting op deze wijze zouden mogen beschikken. De rechtsprekende macht is een publiekrechtelijk lichaam bij uitstek. Laat ik voorzichtig zeggen dat wat meer houvast en duidelijkheid wenselijk ware in de lange Nederlandse traditie dat de uitoefening van dit type bevoegdheden een wettelijke grondslag behoeft. Met goede grond heeft de Hoge Raad dan ook ontkend dat de oriëntatiepunten recht in de zin van art. 79 Wet RO kunnen zijn.⁵⁷

Ook indien men deze hobbel zou passeren met de stelling dat voor zachte normeringen als die voortvloeiend uit de oriëntatiepunten ('niet bindend') geen publiekrechtelijke grondslag noodzakelijk is, dan nog is men er niet. Elke stap in de richting van het landelijk beleggen van taken en verantwoordelijkheden op het gebied van de rechtseenheid in de straftoemeting binnen de rechterlijke organisatie roept tenminste vier problemen op die buitengewoon lastig zijn. Het zijn: a) de afbakening ten opzichte van de rol van de wetgever in ons constitutionele bestel, b) de afbakening ten opzichte van het rechtsmiddelenstelsel, waarbij ook de positie van de Hoge Raad, die als cassatierechter de waarborging van de rechtseenheid in portefeuille heeft, aandacht behoeft, c) de afbakening van de vrijheidsmarge, die de

56. A.w. noot 46, p. 12.

57. IIR 3 december 2002, NJ 2003, 570.

rechter bij de beoordeling van het individuele geval behoort toe te komen en d) de afbakening met de rol van het OM dat in zijn strafvorderingsbeleid en -beslissingen mede behoort te betrekken hetgeen uit maatschappelijk en politiek oogpunt wenselijk wordt geacht. Het zou naar mijn mening onjuist zijn te menen dat deze problemen niet rijzen in de betrekkelijk informele structuur die nu voor de oriëntatiepunten is gekozen. Zij kunnen ook niet naar behoren worden opgelost zonder genoegzaam wettelijk kader. Het lijkt mij niet afdoende deze problemen tegemoet te treden met veelgehoorde argumenten als: de wetgever heeft de straftoemingsvrijheid voor de rechter terecht geschapen, verdergaande interventie van de wetgever zal leiden tot nieuwe onevenwichtigheden en tot onbillijkheden in de straftoemingspraktijk; er wordt niet meer gedaan dan de collectieve traditie en ervaring van rechters voor iedereen kenbaar vast te leggen; de rechtbanken volgden altijd al het straftoemingsbeleid van hun hoven, terwijl de Hoge Raad bij de straftoemeting slechts marginaal betrokken is, omdat de bepaling van de strafmaat een beslissing van feitelijke aard is; de rechter is bij de beslissing in een individueel geval niet aan de oriëntatiepunten gebonden; en het OM moet de rechter volgen en niet de rechter het OM.

Het zou veel te ver voeren om op deze problemen in deze context in te gaan. Hier moet de vraag beantwoord worden of met de introductie van de oriëntatiepunten voor de straftoemeting een weg is ingeslagen, die aantrekkelijker, effectiever of beter is dan de traditionele alternatieven: verdere uitwerking van straftoemingscriteria door de wetgever – het Duits stelsel⁵⁸ – of verdere uitwerking, verfijning en verbetering van het strafvorderingsbeleid van het OM.⁵⁹ Zoals de oriëntatiepunten er nu uit zien, naar mijn mening niet. Dat zou anders zijn wanneer de oriëntatiepunten naar karakter, structuur en inhoud zouden worden gewijzigd: van kale ‘constateringen’ van klaarblijkelijke gemiddelden naar een beredeneerd en naar behoren onderbouwd indicatief overzicht van gezichtspunten en criteria, die bij de straftoemeting van bepaalde delicten een rol zouden kunnen spelen, van de wijze waarop zij in een concreet geval ten opzichte van elkaar gewogen zouden kunnen worden en hoe het resultaat van de weging in de uitspraak zou kunnen worden neergeslagen. Op de vergadering van de NJV van 2002 werd dan ook het vraagpunt: ‘Kan de zittende magistratuur beter stoppen met het maken van straftoemingsafspraken’ voorlopig terecht, zij het met een kleine meerderheid, bevestigend beantwoord.

58. Zie daarover: J.W. Fokkens & M.J.A. Duker, Straftoemeting als rechtsvinding, *Trema*, Straftoemingsbulletin nr. 1, 2006, p. 1 e.v.; P.J.P. Tak, Straffen en bestraffen in Duitsland, *Trema*, Straftoemingsbulletin nr. 1, p. 6 e.v.

59. In die zin J. de Hullu, a.w. noot 50, p. 77 e.v.; B.F. Keulen, Herziening van het sanctiestelsel, *NJB* 2002, p. 1099; J.W. Fokkens & M.J.A. Duker, a.w. noot 58, p. 4.

5 De richtlijn ‘palliatieve sedatie’: grenzen van normaal medisch handelen

Het jaarverslag van de regionale toetsingscommissies euthanasie 2005 beschrijft de volgende casus als één van de gevallen, waarin een arts het leven van een patiënt op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen in overeenstemming met de zorgvuldigheidseisen opzettelijk heeft beëindigd.⁶⁰ Bij de patiënt, een man van 73 jaar, werd na het optreden van spraak- en slikstoornissen, loopstoornissen en verlammingen links en rechts het Operculumsyndroom vastgesteld. Het is een zeldzaam syndroom optredend bij multiple vasculaire laesies in de hersenen, waarvoor geen enkele vorm van therapie bestaat. Het ziektebeeld verergerde snel. Na een zeker moment was betrokkene vrijwel geheel bedlegerig, ADL-afhankelijk⁶¹ en voor de verzorging geheel afhankelijk van hulp. Hij was niet meer in staat te zitten, zijn rechterkant was ernstig verlamd en de functie van zijn linkerkant ging snel achteruit. Hij verkeerde in de onmogelijkheid nog te eten of te drinken. Hij had moeite met ademen en hoesten en leed aan ernstige benauwdheid. Zijn spraakvermogen was geheel weggefallen. Communicatie was alleen nog mogelijk door gebaren en door het moeizaam intikken van woorden op een laptop. Zijn lijden kon niet worden verlicht. Toen de functie van de linkerhand van de patiënt zover was weggefallen dat het typen op de laptop vrijwel niet meer mogelijk was – de patiënt had aangegeven dat het lijden daarmee ondraaglijk was geworden – besloten de verpleeghuisarts en de consultatiearts zijn euthanasiewens te honoreren. De verpleeghuisarts voerde de levensbeëindiging uit door de patiënt 1500 mg. thiopental intraveneus toe te dienen. De patiënt overleed tijdens het injecteren daarvan.

De casusbeschrijving gaat in op meer details dan hiervoor zijn weergegeven en ongetwijfeld bevat het oorspronkelijk dossier nog meer gegevens. Het laat zich aanzien als een klassiek geval waarin euthanasie binnen de huidige Nederlands wettelijke grenzen gerechtvaardigd is. De betrokken artsen gingen bepaald niet over een nacht ijs. De casusbeschrijving bevat echter een bijzondere opmerking, waar het mij hier om te doen is. Het is deze:

‘Voor patiënt was dit lijden ondraaglijk. Er waren geen mogelijkheden meer om het lijden te verlichten. Patiënt wees de mogelijkheid van een verstervingsproces van circa twee weken door het stoppen van de sondevoeding via de PEG-sonde en sedatie van het bewustzijn af. Hij vond een periode van circa twee weken te lang en vond dit niet passen bij zijn manier regie over zijn leven te willen houden.’

60. Regionale toetsingscommissies euthanasie, Jaarverslag 2005, april 2006, beschikbaar via www.toetsingscommissies euthanasie.nl, p. 20.

61. ADL: Algemene Dagelijkse Levensverrichtingen.

Opvallend is hoe dicht de mogelijkheden van sedatie en euthanasie elkaar in een concreet geval kunnen naderen. De sedatie wordt enerzijds voorgesteld als een reële optie, waardoor van euthanasie geen sprake had behoeven te zijn. Anderzijds lijkt het wel alsof de weigering van de sedatie door de patiënt, wat overigens stellig zijn goed recht is, gaat functioneren als een bijkomend argument om de euthanasie te billijken. Wat is de verhouding tussen beide typen medische ingrepen? Onder palliatieve of terminale sedatie wordt in medische kring verstaan, zoals ook uit de casus blijkt, het toedienen van middelen waardoor de patiënt in diepe sedatie of coma wordt gebracht, terwijl wordt afgezien van het toedienen van voedsel en/of vocht. Het verstervingsproces dat op deze wijze wordt ingezet moet, indien volgehouden, hoe dan ook leiden tot het overlijden van de patiënt. Hierbij maak ik om misverstanden te voorkomen een enkele kanttekening. In de eerste plaats verdient aandacht dat de inzet van palliatieve sedatie allerm minst behoeft te betekenen dat de doodsoorzaak van de patiënt ook daarin is gelegen of dat zijn overlijden daardoor wordt versneld. Dat hangt in hoge mate af van de omstandigheden waaronder en het tijdstip waarop tot palliatieve sedatie wordt besloten. Afgezien daarvan kan zich de situatie voordoen dat de symptomen waaraan een patiënt lijdt zo ernstig zijn dat een arts geen andere mogelijkheid heeft dan althans tijdelijk een diepe coma te veroorzaken om het lijden te verlichten, waarna de vraag kan rijzen of het kunstmatig toedienen van voedsel en vocht nog als een medisch zinvolle handeling kan worden beschouwd. Ten slotte: palliatieve sedatie is ook denkbaar en wordt ook toegepast buiten verzoek of instemming van een patiënt. Die situatie leidt tot eigen vragen en problemen die hier niet aan de orde zijn. Het gaat nu om de vraag of palliatieve sedatie, toegepast in overleg met de patiënt, onder omstandigheden een vorm van euthanasie kan zijn.

In het evaluatieonderzoek van de toetsingsprocedure euthanasie in opdracht van de Ministeries van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en van Justitie uit 2003 wordt het volgende vastgesteld:

*'Het blijkt dat in de zorg voor stervende patiënten terminale sedatie vrij frequent wordt toegepast. In bijna 4% (sterfgevallenonderzoek) tot 10% (artseninterviews) van alle sterfgevallen werden patiënten (diep) geseedeerd voorafgaand aan het overlijden, terwijl tevens werd besloten voeding en/of vocht niet (meer) kunstmatig toe te dienen. Bespoediging van het levenseinde was in een derde van de gevallen niet het doel van de arts bij het toepassen van terminale sedatie; in de helft van de gevallen was bespoediging van het levenseinde mede het doel naast verlichting van pijn en andere symptomen. In 21% van de gevallen was bespoediging van het levenseinde het uitdrukkelijke doel: in 16% betrof dat het besluit om af te zien van voeding en/of vocht en in 5% de sedatie.'*⁶²

62. Zie: G. van der Wal, A. van der Heide, B.D. Onwutaka-Philipsen, P.J. van der Maas, *Medische besluitvorming aan het einde van het leven*, De Tijdstroom, Utrecht 2003, p. 185.

Het is heel wel mogelijk dat artsen onder intentionele bespoediging van het levenseinde iets anders verstaan dan juristen onder opzettelijke levensbeëindiging. Het aantal gevallen waar het om gaat, of ging, is echter toch te groot om deze op voorhand te kunnen of mogen wegschrijven.

Al vele malen is gesignaleerd dat de terminologie en de categorisering rond de medische beslissingen bij het einde van het leven bij voortduring aanleiding geven tot discussie en verwarring, niet alleen tussen artsen en juristen, maar ook binnen beide beroepsgroepen.⁶³ Voor wat betreft de mogelijkheid van palliatieve sedatie in de hiervoor beschreven casus is uit juridisch perspectief op het eerste gezicht slechts van belang of sprake is van, zoals art. 293 lid 1 Sr. het uitdrukt, opzettelijke levensbeëindiging van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen. Dat is een strafbaar feit, bedreigd met een maximum gevangenisstraf van twaalf jaar, behoudens wanneer zich de rechtvaardigingsgrond van art. 293 lid 2 Sr. voordoet. Niet strafbaar is de arts die bij de levensbeëindiging voldoet aan de zorgvuldigheidseisen, bedoeld in de Wet toetsing levensbeëindiging en hulp bij zelfdoding en hiervan mededeling doet aan de gemeentelijke lijkschouwer in overeenstemming met art. 7, lid 2 Wet op de lijkbezorging. Dit laatste impliceert dat de arts geen verklaring van (natuurlijk) overlijden afgeeft, maar een formulier en een beredeneerd verslag indient over de wijze waarop hij voldaan heeft aan de zorgvuldigheidseisen. Medische categorieën lijken bij dit alles niet rechtstreeks aan de orde, maar dat is slechts schijn. Uit het woord opzettelijk vloeit voort, zo zegt de memorie van antwoord op het wetsvoorstel toetsing levensbeëindiging aan de Eerste Kamer, 'dat sprake moet zijn van de intentie om te doden. Deze intentie ontbreekt bij het niet instellen of staken van een behandeling op verzoek van de patiënt, het afzien van medisch zinloos handelen en het bestrijden van pijn of symptomen, ook als de arts er rekening mee houdt dat dit het levenseinde van de patiënt bespoedigt.'⁶⁴ In het opzetbegrip ligt de medische exceptie besloten. Of het juridisch-technisch een verstandige keuze is de medische exceptie in het opzetbegrip te betrekken en niet daarbuiten een plaats te geven, laat ik in het midden. Het is nu eenmaal de keuze van de wetgever. Normaal medisch handelen rond het levenseinde is niet strafbaar, is geen euthanasie en is dus ook niet onderworpen aan maatschappelijke

63. Zie recent: G. van der Wal, A. van der Heide, B.D. Onwuteaka-Philipsen, P.J. van der Maas, *Medische besluitvorming aan het einde van het leven*, De Tijdstroom, Utrecht 2003, p. 194 e.v.; D. van Tol, *Grensgeschieden. Een rechtssociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen aan het einde van het leven*, diss. Groningen, 2005; J. Legemaate, *Levensbeëindiging of stervensbekorting*, *RMTh*, 2006, p. 13 e.v.

64. Kamerstukken I, 2000-2001, 26 691, nr. 137b, p. 18.

lijke toetsing,⁶⁵ ook al moet een arts ermee rekening houden dat zijn handelen kan leiden tot het overlijden van de patiënt. Het probleem van het geval uit de casus lijkt daarmee te zijn beantwoord. Het kunstmatig toedienen van voedsel en/of vocht is een medische handeling. Wanneer een ongeneeslijk zieke patiënt die wil sterven van zijn behandelend arts verlangt dat de kunstmatige voedsel- en vochttoediening wordt gestaakt, zal de arts daarop, zeer bijzondere omstandigheden daargelaten, moeten ingaan. Het kan evenzeer medisch geïndiceerd zijn de patiënt in samenhang daarmee te sederen. Van een overlap tussen euthanasie en palliatieve sedatie is in dit licht geen sprake.

Maar hoe moet men het geval appreciëren dat een patiënt nog wel in staat is zelfstandig voedsel en vocht tot zich te nemen en de arts in overleg met de patiënt uit het oogpunt van stervensbekorting besluit tot palliatieve sedatie? Hierop kan men op twee manieren reageren. De eerste is een rigoureuze. De gedachte is afkomstig van Van Tol. Hij stelt voor het begrip 'opzettelijke levensbeëindiging', althans voor wat artsen betreft, te beperken tot de gevallen, waarin een dodelijk euthanaticum, d.w.z. een middel dat uitsluitend bestemd en geschikt is de dood te veroorzaken, is toegepast.⁶⁶ Is een euthanaticum gegeven, dan en alleen dan is sprake van een niet natuurlijke dood. Is geen euthanaticum gegeven, dan gaat het om een natuurlijke dood. Het moge zo zijn dat de discussie over de overeenkomsten en verschillen tussen euthanasie en palliatieve sedatie aldus definitief tot het verleden behoort, deze opvatting lijkt mij naar huidig recht moeilijk verdedigbaar. Zij is niet in overeenstemming met de wetsgeschiedenis, noch met het doel en de strekking van de Wet toetsing levensbeëindiging. De tweede mogelijkheid is de zoektocht te ondernemen naar wat in het verband van de palliatieve sedatie als normaal medisch handelen moet worden beschouwd. Deze kan van geval tot geval worden gevolgd, hetzij door melding van een palliatieve sedatie via de gemeentelijke lijkschouwer aan een euthanasiecommissie,⁶⁷ hetzij door ingrijpen van de Inspectie voor de Gezondheidszorg en/of het OM. Dat lijkt voor artsen een wel buitengewoon weinig aantrekkelijke weg. Begrijpelijk en terecht heeft de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst

65. Levensbeëindiging op verzoek als zodanig, ook al is de levenbeëindiging medisch geïndiceerd en 'lege artis' uitgevoerd, valt buiten de medische exceptie, zie: HR 21 oktober 1986, NJ 1986, 607. Het is medisch handelen, maar geen normaal medisch handelen. Vgl. ook: Nadere Memorie van Antwoord, Kamerstukken I, 2000-2001, 26 691, nr. 137e, p. 22.

66. A.w. noot 61, p. 243.

67. Blijkens het jaarverslag 2005 van de Regionale toetsingscommissies euthanasie (zie: noot 59) is dit in 2005 eenmaal gebeurd. De betrokken euthanasiecommissie heeft zich in dat geval onbevoegd verklaard, omdat het naar haar oordeel geen euthanasie betrof, maar normaal medisch handelen.

voor een andere optie gekozen. In december 2005 heeft een landelijke richtlijn palliatieve sedatie het licht gezien.⁶⁸ Het is een goed afgewogen en onderbouwd document. Een enkel citaat uit de samenvatting:

'Palliatieve sedatie is 'het opzettelijk verlagen van het bewustzijn van een patiënt in de laatste levensfase'. Het doel is het verlichten van lijden. Het verlagen van bewustzijn is een middel om dat te bereiken. Het uitgangspunt is dat palliatieve sedatie een vorm van normaal medisch handelen is. Het is van groot belang dat palliatieve sedatie op juiste indicatie, proportioneel en adequaat wordt toegepast.

(...)

De indicatie voor palliatieve sedatie wordt gevormd door het bestaan van één of meer onbehandelbare ziekteverschijnselen (refractaire symptomen), welke leiden tot ondraaglijk lijden van de patiënt. Een symptoom is refractair als geen van de conventionele behandelingen (voldoende snel) effectief zijn en/of de behandelingen gepaard gaan met onaanvaardbare bijwerkingen.

(...)

Naast het bestaan van refractaire symptomen (indicatie) is het een voorwaarde voor diepe en continue sedatie dat het overlijden op redelijk korte termijn, dat wil zeggen binnen één tot twee weken wordt verwacht. In die situaties kan de arts besluiten te starten met palliatieve sedatie en dit in principe voort te zetten tot het overlijden. De commissie gaat er hierbij vanuit dat er bij diep en continu sederen, geen vocht kunstmatig wordt toegediend. Bij een levensverwachting langer dan één tot twee weken zal diep en continu sederen het moment van overlijden beïnvloeden.⁶⁹

Hoewel men de richtlijn te kort doet door een enkel citaat uit de samenvatting over te nemen moet hiermee worden volstaan. De commissie benadrukt bij herhaling dat palliatieve sedatie in de zin van de richtlijn, die 'lege artis' wordt toegepast, geen sluiproute is en kan zijn om hetzelfde doel te bereiken als euthanasie. Zo wijst zij erop dat de sedatie in principe omkeerbaar moet zijn, dat de inzet van opioïden (bijv. morfine) met als impliciet of expliciet doel sedatie te bewerkstelligen oneigenlijk gebruik van deze middelen is en dat een patiënt met een levensbedreigende ziekte, maar zonder refractaire symptomen niet kan kiezen voor sedatie, bijv. omdat hij zijn stervensmoment niet bewust wil meemaken of als alternatief voor euthanasie. De vraag, die ik hiervoor opwierp, te weten of een patiënt uit het oogpunt van stervensbekorting in overleg met zijn arts kan kiezen voor palliatieve sedatie wordt in de richtlijn dan ook negatief beantwoord.

68. Commissie landelijke richtlijn palliatieve sedatie, KNMG-richtlijn palliatieve sedatie, Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der geneeskunst, december 2005, www.knmg.nl.

69. A.w., noot 65, p. 5.

Naar mijn opvatting vormt de richtlijn een juiste, gelukkige en hopelijk geslaagde interventie in de zich ontwikkelende medische praktijk. Ik gebruik het woord interventie omdat de richtlijn meer is dan een loutere beschrijving van een reeds bestaande, alom toepaste medische praktijk, hoewel sommigen dit graag anders willen voorstellen. Het lijkt mij menselijkerwijs uitgesloten dat de arts die zich integer en verantwoord binnen de grenzen van de richtlijn beweegt, te vrezen heeft voor een strafrechtelijke reactie. In zoverre is het ook een goed voorbeeld van alternatieve regelgeving die een juridisch norm, te weten de norm die besloten ligt in het begrip opzettelijke levensbeëindiging, mede invult. Ik heb mij afgevraagd of het aanbeveling zou verdienen om het juridisch effect van de richtlijn – en daarmee de rechtszekerheid van artsen – te versterken door een ondersteunende uitspraak daarover van het College van Procureurs-generaal, bijv. in een aanwijzing.⁷⁰ Het zou neerkomen op een soort ‘ruling’, die in de belastingwereld niet ongebruikelijk is. Ik heb deze vraag ook voorgelegd aan een aantal studenten. Hun reactie was over het algemeen negatief. Motivering daarvoor was veelal dat de richtlijn terugvalt op achteraf moeilijk objectief te verifiëren criteria als levensverwachting en refractaire symptomen. Een tweede oordeel ter versterking van de verificatie is niet voorhanden omdat palliatieve sedatie wordt aangemerkt als normaal medisch handelen. Uit dien hoofde wordt het doorlopen van een consultatieprocedure in het normale geval van een behandelend arts niet verlangd. Dat zou voor mij niet doorslaggevend zijn. Voor heel veel gevallen van normaal medisch handelen geldt op dit moment dat men de arts achteraf over de symptomen van een patiënt, de diagnose en de afwegingen bij zijn handelen gedeeltelijk op zijn woord moet geloven. Mijn eerste zorg zou zijn dat een dergelijke uitspraak van het College van Procureurs-generaal politiek overleg van de Minister van Justitie met de Tweede Kamer noodzakelijk zou maken. Ook indirecte politieke toetsing strookt niet met het karakter van de richtlijn. Een politiek debat over de vraag welk handelen ten aanzien van een lijdende terminale patiënt medisch normaal en verantwoord is – en daar gaat de richtlijn over – lijkt mij ongelukkig. Het zou bovendien kunnen leiden tot een vorm van bevrozing van de richtlijn. Wat met politieke instemming tot stand is gebracht, ook indirect, kan veelal niet dan met politieke instemming worden gewijzigd. Of dit wenselijk is waag ik ook te betwijfelen.

70. Vgl. in dit verband de Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake actieve levensbeëindiging op verzoek (euthanasie en hulp bij zelfdoding), 9 december 2003, *Stert.* 2003, 248.

6 De gedragsregels van advocaten: tussenkomst van de overheid

Ministers kunnen hun opvattingen soms onverholen op tafel leggen. De Minister van Justitie vormt daarop geen uitzondering. In een brief aan de Tweede Kamer van 23 december 2004 reageerde de minister op een door de Tweede Kamer aangenomen motie De Vries⁷¹, waarin gevraagd werd om een analyse van de rol en positie van de advocaat in de rechtstaat en de rechtsorde. Daarin schrijft hij onder meer:

*'De wijze waarop enkele strafrechtadvocaten misbruik hebben gemaakt van hun kennis van strafdossiers heeft veel stof doen opwaaien. Ik ben van oordeel dat de advocaat die gegevens uit een strafdossier (dat bedoeld is voor gebruik in een strafrechtprocedure in de rechtzaal) in de publiciteit brengt, in beginsel geen gerechtvaardigd belang heeft (hetzelfde geldt overigens voor de officier van justitie). Alleen zeer zwaarwegende en urgente verdedigingsbelangen kunnen de advocaat ontstaan van zijn verplichting de processtukken alleen binnen de rechtszaal te gebruiken. De door hem te maken afweging van belangen van cliënt, van derden en van het verloop van het strafproces moet hij voor de tuchtrechter kunnen verantwoorden. De huidige regelgeving laat mijns inziens nog veel ruimte voor een eenzijdige benadrukking van het belang van de cliënt. De Nederlandse Orde van Advocaten heeft aangegeven haar regelgeving te willen preciseren, waarmee enige tijd is gemoeid. Afhankelijk van de voortvarendheid van de Orde overweeg ik wetswijziging om een afdoende normstelling voor de omgang met strafdossiers in de wet te verankeren.'*⁷²

Naar het zich laat aanzien reageert de minister ook op een uitspraak van de Raad van Discipline Amsterdam.⁷³ Een advocaat gaf in een zaak die landelijk aandacht had getrokken (het meisje van Nulde), gedeelten van het strafdossier ter inzage aan journalisten van een krant. De deken maakte bezwaar tegen de gang van zaken omdat hij het van belang vond dat de tuchtrechter in het algemeen de grenzen zou aangeven waaraan een advocaat zich bij afgifte van en inzage in (gedeelten van) een strafdossier zou dienen te houden. In haar uitspraak stelt de raad voorop dat de advocaat in strafzaken grote vrijheid heeft bij het bepalen en invullen van het verdedigingsbelang en dat de wijze waarop de advocaat van deze vrijheid gebruik maakt tuchtrechtelijk slechts marginaal kan worden getoetst. Het verdedigingsbelang kan naar het oordeel van de raad meebrengen dat de advocaat de stukken die hij op grond van art. 51 Sv. heeft verkregen aan de pers ter beschikking stelt of daarvan aan de pers inzage verleent. Daaraan verbindt de raad drie voorwaarden. 1. Het handelen van de advocaat moet de instemming van zijn cliënt hebben. 2. Enig rechtens redelijkerwijs te respec-

71. Kamerstukken II, 2003-2004, nr. 7.

72. Kamerstukken II, 2004-2005, 29 279, nr. 20, p. 7.

73. Raad van Discipline Amsterdam 14 april 2003, *Advocatenblad* 2004, p. 667.

teren belang van de cliënt moet met de handelwijze van de advocaat zijn gediend. 3. De advocaat moet in zijn afweging betrekken of het opsporingsbelang zo zwaar weegt dat een uitzondering op zijn vrijheid moet worden gemaakt en of belangen van derden door publicatie van de aan de pers verstrekte stukken niet onnodig worden geschaad. Probleem van de uitspraak van de raad is dat het verdedigingsbelang zo breed en monolithisch wordt voorgesteld. Ik zou menen dat andere of meer genuanceerde gezichtspunten zouden kunnen worden gehanteerd naarmate men zich van de strafvorderlijke kern van het verdedigingsbelang (in relatie tot de politie, het OM en ten overstaan van de rechter) af beweegt naar de randen daarvan: de woordvoering ten behoeve een cliënt ten overstaan van en de informatievoorziening aan de media.

Hoe dit ook zij, op 1 december 2005 keurde het College van Afgvaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten⁷⁴ een wijziging goed van regel 10 van de gedragsregels 1992. Daarin staat nu:

'1. Bij het verstrekken van informatie aan derden over een zaak die hij hem in behandeling is of is geweest, neemt de advocaat, behalve de belangen van zijn cliënt, tevens de gerechtvaardigde andere belangen in acht. De advocaat verstrekt geen informatie zonder toestemming van de cliënt en vermijdt misverstand over de hoedanigheid waarin hij optreedt.

*2. In een strafzaak verstrekt de advocaat geen afschrift van processtukken aan de media. De advocaat is terughoudend met het geven van inzage in die stukken.'*⁷⁵

Het contrast met het oordeel van de Raad van Discipline, dat ik hierboven weergaf, is onmiskenbaar. Het geven van inzage in en het verstrekken van afschriften van processtukken is aan de algemene afweging over informatieverstrekking aan derden in het kader van het verdedigingsbelang onttrokken. Er worden geen afschriften van processtukken meer aan de media verstrekt en het geven van inzage gebeurt met terughoudendheid.

De Algemeen Deken van de Nederlandse Orde van Advocaten verdedigde de ingreep in haar jaarrede⁷⁶ met het betoog dat er de Orde veel aan gelegen is in eigen huis ondubbelzinnige normen te stellen. Elders heeft de wijziging ook instemming gevonden. In het rapport 'Een maatschappelijke Orde', dat is uitgebracht in opdracht van een door de Minister van Justitie ingestelde commissie (De Commissie Advocatuur onder voorzitterschap van P.C.E. van Wijmen) om advies uit te brengen over de positie die advo-

74. Zie voor de besluitenlijst: *Advocatenblad* 2006, nr. 2, p. 88.

75. Voor de gedragsregels 1992, zoals sindsdien aangevuld en gewijzigd, zie: www.advocatenorde.nl.

76. E. Unger, Jaarrede 2006, *Advocatenblad* 2006, p. 677.

caten in het maatschappelijk bestel en de inrichting van het rechtsbestel behoren in te nemen, wordt de nieuwe gedragsregel 10 toegejuicht als een overtuigende concrete vertaling van de bijzondere rol van de advocaat en van zijn fundamentele beroepsverantwoordelijkheden en beroepswaarden.⁷⁷ Mols omhelst op zijn beurt zowel gedragsregel 10 als de instemming van de Commissie Advocatuur:

*'De instemming door de commissie advocatuur met de zelfregulering op het stuk van de publiciteit biedt hoop voor de toekomst. De wijze waarop een en ander thans geregeld is doet recht aan de verschillende belangen die een rol spelen, niet in de laatste plaats het belang van de cliënt.'*⁷⁸

Ik wil geen spelbreker zijn, maar ik vraag mij af of dit alles het subtiële evenwicht waarin de Gedragsregels 1992 functioneren, niet verstoort. Traditioneel vormen de gedragsregels de uitdrukking van de normen en gewoonten die in de kring van de advocatuur bij de uitoefening van het beroep van advocaat in acht worden genomen. Zij zijn bedoeld als richtlijn voor de advocaat voor zijn handelen bij de uitoefening van de praktijk, maar niet meer. Zij zijn niet in een verordening neergelogd en in die zin voor advocaten ook niet bindend.⁷⁹ Soms staan bepaalde gedragsregels ook ter discussie. In het Statuut voor de raadsman in strafzaken wordt betoogd dat regel 16 lid 2 Gedragsregels 1992 - het verbod om getuigen van het OM vooraf te horen - moet worden geschrapt.⁸⁰ Dat is ook nodig, want gedragsregels moeten zich ook kunnen ontwikkelen. Elke patroon zal echter een stagiaire in de advocatuur voorhouden dat een al te vrijmoedige bejegening van de gedragsregels ongewenst is. Elke ervaren advocaat zal zich in een bijzondere situatie slechts met uiterste voorzichtigheid tot een afwijking van de gedragsregels laten verleiden. De gedragsregels binden de tuchtrechter evenmin. Deze toetst aan de algemene normen van art. 46 Advocatenwet en niet aan de gedragsregels.⁸¹ Voor de tuchtrechter zijn de gedragsregels een belangrijke kenbron van de normen die door de beroepsgroep breed worden gedragen. Maar een kenbron is iets anders dan een rechtsbron. De tuchtrechter verwijst dan ook veelal naar de strekking van

77. Een maatschappelijke Orde, 24 april 2006, rapport van de Commissie Advocatuur, Kamerstukken II, 2005-2006, 30 300, VI, nr. 144. Zie ook: www.justitie.nl. Vgl. voor de kabinetsreactie: Kamerstukken II, 2006-2007, 30 800, VI, nr. 13.

78. G.P.M.F. Mols, Regelgeving, *Strafblad* 2006, p. 362.

79. Zie daarover de inleiding bij de Gedragsregels 1992; zie verder: T. Spronken, *Verdediging, Een onderzoek naar de normering van advocaten in strafzaken*, Diss. Maastricht 2001, p. 493 e.v.; F.A.W. Bannier, N.A.M.E.C. Fanoy, Beroep: advocaat, In de ban van de Balie, Kluwer, Deventer 2005, p. 140 e.v.

80. Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten, Statuut voor de raadsman in strafzaken 13 november 2003, p. 17, www.nvsa.nl.

81. Zie bijv. Hof van Discipline 28 augustus 1998, *Advocatenblad* 1990, p. 418.

een gedragsregel en niet naar de gedragsregel zelf.⁸² In theorie behoeft de Raad van Discipline Amsterdam zich niets aan te trekken van de wijziging van gedragsregel 10 en kan hij zijn in de hiervoor aangehaalde uitspraak ingezette lijn voortzetten. Dat zal echter waarschijnlijk niet gebeuren. Zo wordt het evenwicht in stand gehouden.

Met het kwetsbare, maar redelijk functionerende stelsel van de gedragsregels is moeilijk in overeenstemming te brengen dat daarin wijzigingen worden aangebracht, die niet zozeer het product zijn van evoluerende opvattingen binnen de advocatuur, maar eerder van externe, bijv. politieke, oordelen hoe de advocatuur zich moet gedragen. De gedragsregels lenen zich niet goed voor 'top down' opgelegde normering. Zou de ontwikkeling die is ingezet met de wijziging van gedragsregel 10 welke onmiskenbaar onder druk van de minister tot stand is gekomen, worden bestendigd, dan zou moeten worden omgezien naar een andere vorm van gedragsregulering binnen de advocatuur. Misschien zou de oude maar tot nog toe steeds verworpen gedachte om de gedragsregels in een verordening neer te leggen nog eens tegen het licht moeten worden gehouden. Dan kan het gat dat de gedragsregels zowel ten aanzien van de individuele advocaat als ten aanzien van de tuchtrechter tot zekere hoogte laten, worden gedicht. Er is in dat geval in de huidige wettelijke structuur tenminste nog sprake van zelfregulering. Wie dit niet wil, moet of de politiek overtuigen zo niet met de strafrechtadvocatuur om te springen, of wetgeving accepteren.

7 Conclusie

Wie mij in het voorgaande nog heeft kunnen volgen, zal duidelijk geworden zijn dat naar mijn opvatting nog heel wat werk aan de winkel is, wil alternatieve regelgeving een duidelijke en goed omschreven plaats in de strafrechtelijke context toekomen. Zij bestaat, althans in de nogal losse omschrijving waarvan ik mij bediend heb, zeker. Soms ook op grote schaal. Te vaak gaat het echter om regulering, die haastig in het leven lijkt te zijn geroepen, die onvoldoende beredeneerd en gefundeerd is (de oriëntatiepunten straftoemeting), die het gevolg is van een te snel gesloten compromis (regel 10 Gedragsregels 1992), waarvan de aansluiting op het wettelijk stelsel of de beleidsregels niet duidelijk is, zo het wettelijk stelsel of de beleidsregels zelf al consequent zijn vormgegeven (maatregelen in het belang van het onderzoek), die extern niet kenbaar is, terwijl dit wel noodzakelijk is (protocollen en modellen) of die verwachtingen oproept over haar toepassing, die de gebruikers moeilijk waar kunnen maken (ongedefinieerde afwijkingsbevoegdheden). Misschien is het maken van alternatieve regelgeving wel net zo moeilijk als het maken van echte wetgeving.

82. S. Boekman, *Advocatentuchtrecht*, derde druk, bewerkt door D.H. Steenmetser-Bakker en L.H.A.J.M. Quant, Kluwer, Deventer 2003, p. 168.