

Een kleine economie van gedogen

► *Wilfred Dolfsma*

*Met name in publieke, maar ook in beleidsdiscussies wordt de wenselijkheid van het uitbannen van gedogen uitgesproken. In deze bijdrage beargumenteer ik dat het om bestuurlijke, maar vooral om economische redenen onmogelijk is om gedogen uit te bannen. Wetgeving dat gedogen poogt te elimineren is niet te handhaven en biedt een grote mate van rechtsonzekerheid die niet past bij een rechtsstaat.*¹

In een recente analyse van Nederland en haar economie verbaasde het Engelse weekblad *The Economist* zich erover dat Nederlanders de praktijk van het gedogen niet langer lijken te gedogen.² Het weekblad zou het pragmatisme dat onder meer tot uitdrukking komt in gedogen juist als voorbeeld willen stellen aan de wereld. Het is een van de dingen die de wereld van Nederland leren kan. Politici langs het hele spectrum geven echter in de meest onomwonden woorden aan dat gedogen over is. Gedogen, volgens de Van Dale 'overheidsbeleid waarbij activiteiten die volgens de wet verboden zijn, binnen zekere beperkingen toegelaten worden', moet uitgebannen worden. Mensen die gedrag vertonen dat onbetamelijk is moeten daar publiekelijk op aangesproken worden, er verantwoording over afleggen bij de geëigende openbare instantie: de rechter.

Niet alleen is gedogen diepgeworteld in de omgangsvormen van ons land, het is ook een belangrijk element binnen ons juridisch systeem in Nederland. Naast het juridische aspect waar de omschrijving van gedogen in de Van Dale op wijst, is er een morele zijde aan gedogen. Juridisch betekent gedogen zo veel als het oogluikend toestaan van handelingen die formeel bij wet verboden zijn, partijen althans niet publiekelijk ter verantwoording roepen. Het opportunitiebeginsel

is een belangrijke leidraad binnen het Nederlandse recht dat expliciet de ruimte laat – in tegenstelling tot het legaliteitsbeginsel zoals dat in Duitsland bijvoorbeeld geldt – om te beslissen níet te vervolgen, te gedogen dus.³ De morele kant aan gedogen wijst eerder in de richting van handelingen die formeel weliswaar toegestaan zijn, maar die in de gedachten van velen in een samenleving niet toegestaan zouden moeten zijn. Dat de wet het eerder moreel getinte rechtsgevoel van een samenleving volgt, is duidelijk, hoe en hoe snel dat gebeurt of gebeuren moet, is een rechtsfilosofische vraag die al lang voor vele verhitte discussies zorgt.⁴

Er zit echter ook een economische kant aan de vraag al dan niet te gedogen. Het is hier waar ik mij, als niet-jurist, in deze bijdrage op richten wil. Welke kosten en baten zou een wijziging in de huidige houding ten opzichte van het gedogen met zich meebrengen? Meer in het bijzonder: wat zou het betekenen wanneer in Nederland niet langer gedoogd zou worden? De problematiek raakt aan discussies in de politieke filosofie, rechtsfilosofie, economische wetenschappen, en de rechtswetenschappen. Daarnaast is het duidelijk dat de discussie over de vraag al dan niet te gedogen al langere tijd centraal staat in maatschappelijke discussies.

Handhaven

Aan niet willen gedogen zitten, louter juridisch bezien, twee kanten: die van het handhaven van bestaande wetgeving en die van het aanscherpen van wetgeving. Los van de maatschappelijke implicaties is het de vraag of het economisch verstandig is wanneer in Nederland politie en justitie

afwijkend gedrag niet langer door de vingers zien, maar partijen publiekelijk verantwoording willen laten afleggen. In Nederland blijkt dat opvallend vaak een buitenrechtelijke oplossing voor geschillen gevonden wordt waarbij van publiek verantwoording afleggen niet of nauwelijks sprake is (Blankenburg 1994). Ondanks een vergelijkbare demografie, economische en maatschappelijke structuur en 'volksaard' wordt in Nord Rhein-Westfalen vele malen vaker de hulp van de rechter ingeroepen. Het aantal gevallen waarvoor een rechtsgang nodig zou kunnen zijn, is echter vergelijkbaar. Verschil in het beroep dat gedaan wordt op de diensten van rechters, heeft vooral te maken met relevante institutionele verschillen tussen beide regio's. In Nederland zijn instituties in het leven geroepen als de ombudsman, doe-het-zelf ('flits') scheidingsprocedures, sector of groep specifieke raden en convenanten met juridische status waardoor voor handhaving van de wet geen rechter en minimale juridische bijstand van een advocaat nodig is. Arbitrage in het geval van geschillen tussen bedrijven is ook een voorbeeld dat hier thuis hoort. Weliswaar zijn de uitspraken van dergelijke kamers en personen bindend, en dus is niet direct sprake van gedogen, maar het blijft een vorm van geschillen beslechten die buiten de formele paden gaat, en soms ook – zoals bij arbitrage – buiten de openbaarheid plaatsvindt. Dat verzekeringsmaatschappijen, bijvoorbeeld, vrij toegang hebben tot politierapporten over een verkeersongeval bespaart een gang naar de rechter. Dat kosten bespaard worden is prettig en pragmatisch, maar gedogen in de zin van het uitblijven van het afleggen van een publieke verantwoording blijft het.

Een belangrijke reden voor het bestaan van dergelijke mechanismen is dat juridische bijstand alsmede een gang naar de rechter in Nederland relatief duur is in vergelijking tot bijvoorbeeld de kosten in Duitsland. In institutioneel verschillende omstandigheden wordt anders met schaarse financiële middelen omgesprongen. Wanneer niet-gedogen betekent dat de wet in de openbaarheid door justitie gehandhaafd dient te worden, dan zullen velen met hogere kosten voor het oplossen van conflicten en geschillen worden geconfronteerd.

Wetgeving

Gedogen kan ook aan banden worden gelegd door ambigüiteiten uit de wet te bannen, c.q. door de wet aan te scherpen. Wanneer de wet onder alle omstandigheden, over alle eventualiteiten duidelijk aangeeft of een handeling al dan niet

legaal is, dan zou in principe de praktijk van het handhaven van de wet eenvoudiger moeten worden. Bijna onontkoombaar is echter het probleem dat een dergelijk systeem van wetgeving omvangrijk en dus complex zou worden. Het doel is de noodzaak tot interpretatie van wetten, en dus de mogelijkheid andere overwegingen mee te laten spelen bij de beslissing, uit te sluiten. Het gevolg is dat gerezen gebruiken in de omgang tussen personen als rechtsbron niet langer meespeelt.⁵ Handhavers van de wet dienen vervolgens, uiteraard, de nodige (additionele) juridische scholing te krijgen, waarmee kosten gepaard gaan. Groter probleem in het kader van de handhaving is, dat een systeem van de wet geen homogene entiteit is. De ene wet kan met de andere botsen; de strafwetgeving bijvoorbeeld met wetgeving over privacy. Een ander voorbeeld van botsende wetten is de economische mededingingswetgeving en het intellectueel eigendomsrecht (Dijstelbloem & Schuyt 2002). Wanneer wetgeving complex en intern niet altijd consistent wordt, dan is handhaving van de wet moeilijker (en daarmee duurder). De kans op vormfouten neemt toe. De vraag om juridische ruggespraak door handhavers van de wet stijgt. De mogelijkheid om lik-op-stuk te geven neemt af; de kosten stijgen. Dit probleem lijkt op een vergelijkbaar, bekend thema uit de economische theorie: die van de incomplete contracten. Zoals een contract niet alle eventualiteiten kan opnemen, zo kan een wet nimmer vrij zijn van iedere vorm van ambigüiteit – en het is maar goed dat ook dat niet getracht wordt iedere vorm van onzekerheid op dit gebied uit te bannen (Kavka 1990). Zoals vertrouwen in de wederpartij van een contract onontbeerlijk is, zo is vertrouwen van individu in overheid & samenleving in een rechtstaat in het algemeen onontkoombaar. Een economische kosten-baten-argumentatie wijst er op dat er grenzen (zouden moeten) zijn aan de mate waarin ambigüiteit uit de wet wordt gebannen. Immers, er zijn twee mogelijkheden om ambigüiteit uit te bannen. De eerste is wetgeving die alle mogelijkheden voor de toekomst reguleert: praktisch onmogelijk om naar te leven en om te handhaven, zoals ik al eerder aangaf. Een tweede mogelijkheid is om de wet voortdurend aan te passen aan de gerezen omstandigheden en veranderende normen en waarden.⁶ Omdat gedogen zo veel mogelijk uitgesloten moet worden, betekent dit, dat de letter van de wet nauw samenhangt met de aard van de omstandigheden. Wanneer de omstandigheden veranderen, moet de wet onmiddellijk aangepast worden. Aanpassingen in de wet roepen fundamentele vraagstukken op: Wat

te doen bijvoorbeeld met bestaande gevallen? In andere, meer economische termen: gaan er kosten gepaard met het doorvoeren van wijzigingen in maatschappelijke verhoudingen die noodzakelijk worden door het (frequent en/of fundamenteel) aanpassen van wetten?

Overgangsregelingen om partijen die in een verleden overeenkomsten zijn aangegaan of actie hebben ondernomen met consequenties in heden en toekomst niet te treffen passen niet bij de wens gedogen uit te bannen. Overgangsregelingen compliceren de wet en introduceren bovendien ambiguïteit. Wanneer, om de eenduidigheid in wet en handhaving te houden, geen overgangsregelingen worden getroffen, dan creëert een wetgever echter rechtsonzekerheid. Een wet aanpassen zonder overgangsregeling te treffen betekent, dat een veelheid van partijen met nieuwe omstandigheden geconfronteerd wordt, omstandigheden in het licht waarvan zij hun overeenkomst wellicht willen aanpassen. Transactiekosten in maatschappelijk en economisch verkeer nemen toe, terwijl enkele transactie zelfs afgebroken worden. Een duidelijke rem op de economie. In een rechtstaat zoals de Nederlandse zal dat (terecht) aanleiding zijn tot vele rechtszaken. Er zijn dus duidelijke, institutioneel-economische grenzen aan de mate waarin langs juridische weg gedogen aan banden kan worden gelegd (vgl. Komesar 2001).

De juridische industrie

Mochten juristen nu menen dat zij althans zullen kunnen profiteren wanneer minder gedoogd zou worden, dan konden zij nog bedrogen uit komen. Er zal uiteraard meer vraag ontstaan naar hun diensten. Om twee redenen zouden economische mechanismen ertoe kunnen leiden dat hun voordeel niet zo groot is als wel verwacht. Wanneer meer vraag zou ontstaan naar juridische bijstand, daar zal de wijze waarop juristen zich organiseren nader onder de loep komen te liggen. Aandacht groeit voor de wijze waarop aanbod van juridische diensten georganiseerd is. De rol van de Nederlandse Orde van Advocaten zal niet onbelicht blijven. Zij eist op grond van de advocatenwet van juristen dat zij na hun universitaire studie

een omvangrijk pakket aan cursussen volgen. Naar het voorbeeld van de gilden moet dat onder begeleiding van een patroon plaatsvinden die slechts in hoge uitzondering niet werkzaam is op het kantoor van de aspirant-advocaat. Het is een systeem dat afhankelijkheden creëert. Afgestudeerde juristen werkzaam bij een bedrijf of elders zijn de jure en zeker de facto niet in staat partijen voor de rechter te vertegenwoordigen. Nu geeft de Orde

aan dat “de advocatuur geen vaste tarieven kent”⁷, maar door de bijzondere structuur van deze bedrijfstak wordt concurrentie op prijs langs informele weg ontmoedigd. Nu in Nederland een op Europese leest geschoeide mededingingswet van kracht is, ligt de bewijslast bij de partij die verdacht wordt van concurrentievervalsing. Deze partij moet bewijzen dat zij niet bij concurrentiebeperkende praktijken betrokken is. Na het opleidingsprogramma doorlopen te hebben, dient een aspirerend advocaat eerst bij de Raad van Toezicht van het arrondissement op audiëntie te gaan.

Nu kunnen de ‘strong ties’ die het gevolg zijn zorgen voor korte lijnen, meer informatie-uitwisseling en meer kans op een buitengerechtelijke oplossing van het geschillen (Granovetter 1973). De ‘strong ties’ zijn echter sterk gestoeld op informele gedragsregels, en kunnen bijdragen tot een situatie waar het zelfreinigend vermogen van een (beroeps-) groep verminderd. Anderzijds kan kunnen ‘strong ties’ gaan knellen, en wordt de speelruimte voor afwijkend gedrag – bijvoorbeeld concurreren op prijs – beperkt.

Toetredingsbarrières tot het beroep van advocaat worden aldus aanmerkelijk verhoogd met een verwijzing naar een noodzaak tot kwaliteitshandhaving. Inderdaad is voor vele klanten de waarde van de dienst die een advocaat bieden zal op voorhand moeilijk in te schatten. Kan de zuiverende kracht van het reputatiemechanisme niet op een andere wijze worden ingeroepen?

Tot slot

De praktijk van het gedogen uitbannen is economisch zowel als bestuurlijk⁸ onzinnig. Niet alleen betekent het dat een belangrijk fundament van het Nederlandse recht aangepast moet worden, het drijft de samenleving op hoge kosten en maakt

*Mochten juristen nu menen
dat zij althans zullen kunnen
profiteren wanneer minder
gedoogd zou worden, dan
konden zij nog bedrogen uit
komen.*

een land onbestuurbaar. Ook juristen zijn terecht niet overmatig enthousiast. Een waterdicht geformuleerde wetgeving en een compromisloze handhaving zijn geen substituut voor wederzijds respect en verdraagzaamheid in een samenleving. Gedogen kan als praktijk niet anders dan gedoogd worden.

Referenties

- E. Blankenburg (1994) "The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation" *Law & Society Review* 28(4): 789-808
- H. Dijkstra & C.J.M. Schuyt red (2002) *De publieke dimensie van kennis*. WRR voorstudies en achtergronden v110, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- M. Granovetter (1973) "The strength of weak ties" *American Journal of Sociology* 78(6).
- G.S. Kavka (1990) "Some Social Benefits of Uncertainty" in: P.A. French, T.E. Uehling jr. & H.K. Wettstein (red.) *Midwest Studies in Philosophy* Vol. XV, Notre Dame: University of Notre Dame Press, pp. 311-326.
- N. Komesar (2001) *Law's Limits – the rule of law and the supply and demand of rights*. New York: Cambridge University Press.
- C.W. Maris & F.C.L.M. Jacobs, red. (1997) *Recht, Orde en Vrijheid*. Groningen: Wolters-Noordhoff.

Noten

1. Met dank aan van Renate van der Hoeft, Wim Keuvelaar, A.P.M.G. Schoenmaeckers, Wietske Timmermans, en S.W. Couwenberg voor hun commentaar en opmerkingen. Verantwoordelijkheid voor de tekst ligt uiteraard uitsluitend bij de auteur.
2. The Economist "Model Makers – A survey of the Netherlands" 4 mei 2002.
3. Ik dank de heer Couwenberg voor deze opmerking.
4. Voor een overzicht vanuit een rechtsfilosofisch perspectief, zie Maris & Jacobs (1997).
5. Voor deze laatste argumenten dank ik mr. Schoenmaeckers.
6. Zo was het besturen van een auto in kennelijke staat in het verleden een overtreding, maar tegenwoordig een misdrijf.
7. www.advocatenorde.nl
8. Zie verschillende bijdragen in het tijdschrift *Binnenlands Bestuur*, met name vol. 22 (2001), nummers 33/4, 44 en 48.