This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

G. van Oenen (red.), Ongeregelde orde. Gedogen en de omgang met wilde praktijken, Amsterdam: Boom 2002, 251 p.; M. van Dijck, Gedogen. Over vermogen en onvermogen tot handhaving van wet en recht (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, 495 p.

Het verschijnsel 'gedogen' is voor juristen kort te karakteriseren als een (tijdelijk) afzien van rechtshandhaving in een concreet geval of situatie. Twee publicaties over dit verschijnsel staan hier ter bespreking. De eerste is het proefschrift van Maarten van Dijck, getiteld *Gedogen, Over vermogen en onvermogen tot handhaving van wet en recht* (2003). De tweede is de bundel onder redactie van Gijs van Oenen, getiteld *Ongeregelde orde, Gedogen en de omgang met wilde praktijken* (2002). Eerst zeg ik iets over de opzet en inhoud van beide publicaties. Daarna geef ik mijn commentaar.

Het proefschrift van Van Dijck is een kloek boek van bijna vijfhonderd bladzijden. Kijkt men naar de inhoudsopgave dan is sprake van een goed gestructureerde opzet. Na de verantwoording van de onderwerpskeuze, worden de argumenten voor en tegen gedogen besproken. Deze argumenten zijn door middel van een literatuurstudie gevonden (hoofdstuk 2 en 3). De verschillen van mening over een omschrijving van het verschijnsel gedogen liggen vooral bij de definitieproblemen. Daarom gaat Van Dijck op zoek naar de mogelijkheid om een passende definitie te vinden (hoofdstuk 4). Vervolgens confronteert hij zijn geselecteerde materiaal met leerstukken uit het strafrecht (wederrechtelijkheid en opportuniteit) en brengt die met 'gedogen' in verband (hoofdstuk 5 en 6). Daarna doet hij hetzelfde met leerstukken uit het constitutionele recht (hoofdstuk 7). Voordat hij tot zijn conclusie komt (hoofdstuk 10) werkt hij nog twee 'case-studies' uit in relatie tot gedogen (euthanasie en drugsbeleid, hoofdstuk 8 en 9).

Alvorens ik mij verder over Van Dijcks proefschrift uitlaat, schets ik eerst de inhoud van de bundel die Van Oenen samenstelde. Hoewel de bedoelde bundel over 'gedogen' gaat, wil Van Oenen een ander doel dienen dan

Van Dijck. De laatste is in zijn proefschrift overigens ook met Van Oenen in debat.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Van Oenen ziet in gedogen de mogelijkheid om informele rechtsordes te creëren en in stand te houden. Gedoogpraktijken ziet hij als 'weerbaarheidsbevorderende praktijken' ten behoeve van burgers. Van Oenen ontvouwt zijn gedachten in de eerste twee hoofdstukken van de bundel. Daarna biedt hij ruimte aan zeven andere auteurs, allen specialisten op hun vakgebied. Achtereenvolgens leest men over gedoogbeleid in relatie tot de multiculturele samenleving (Paul van den Berg), de wijken (Jan Willem Duyvendak), de farmaceutische industrie en beoefenen van wetenschap (Marli Huyer), de bestuurlijke vernieuwing (Willem Trommel), de illegaal (Peter van Krieken), de illegale migratie (Godfried Engbersen en Joanne van de Leur) en de prostitutie (Guus Meershoek). Tot slot formuleert Van Oenen een nawoord en geeft enkele visies op de weerbare burger.

Het grootste deel van de auteurs van de bundel ziet weinig of niets in gedogen. Hun bijdragen zijn van zeer ongelijksoortige aard. Voor deze bespreking concentreer ik mij op de teksten van Van Oenen. Voordat ik mij daar nader over uitlaat, keer ik eerst terug naar het proefschrift van Van Dijck.

Het merkwaardige is dat Van Dijck wel iets zegt over zijn onderzoeksopzet, maar dat hij geen verantwoording voor de gehanteerde methode van onderzoek geeft. Het is alsof hij met een dubbel spel kaarten speelt. Het ene spel betreft de beantwoording van de twee geformuleerde onderzoeksvragen en het selecteren uit de literatuur van vijf argumenten voor en vijf argumenten tegen gedogen. Met het andere spel wil hij aantonen dat wat Paul Scholten ooit heeft geleerd, ook heden nog actueel is (vooral via het *Algemeen Deel*, eerste druk 1931). Tot dat spel kaarten behoort zijn claim dat de 'juridisch-hermeneutische traditie' heden ten dage het recht en rechtsdenken beheerst (p. 151).

Van Dijck heeft zijn tekst letterlijk geklemd tussen uitspraken van Scholten. Overal duiken deze in Van Dijcks tekst op. De verwijzing naar Scholten zelf geldt dan vooral als gezagsargument en diens citaten figureren veelal als bezweringsformules. Daarmee wil ik geenszins zeggen dat een of meerdere teksten van Scholten geen onderwerp van studie kunnen zijn. Bruggink promoveerde er in 1983 zelfs op. Ook de hermeneutische filosofie is onderwerp van studie geweest, zoals bij Vranken in zijn proefschrift van 1978. Er is echter gerede twijfel mogelijk of Scholten een hermeneuticus is te noemen (vergelijk de bespreking van Brugginks tekst bij Klanderman in *Recht en Kritiek*, 1985, nr. 3, p. 299-309). Maar Van Dijck dekt zich in. Hoewel hij Scholten herhaaldelijk zonder meer een hermeneuticus noemt, lijkt hij toch te twijfelen door te zeggen dat 'die (met

enige goede wil) tot de pionier in de traditie van de hermeneutiek kan worden beschouwd' (p. 149). Hetzelfde zegt hij overigens ook met betrekking tot Wittgenstein.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Van Dijcks tekst staat bol van het gebruik van de term 'hermeneutisch'. Men vindt echter geen afdoende behandeling van de hermeneutiek, die zou kunnen rechtvaardigen waarom er bij herhaling op moet worden gewezen, dat er sprake is van een hermeneutische visie. In plaats daarvan blijft Van Dijck de essentialist die hij vermoedelijk al was. Hoe kom ik bij dat vermoeden?

Van Dijck is op zoek naar de *kern*, naar het *wezen* van iets (gedogen, de rechtsstaatgedachte). Aan het wezen van gedogen wordt zelfs een paragraaf besteed (onder die titel, zie par. 4.3.2). Daarvoor was al de kern van het gedoogbegrip aangeduid, want die is te vinden in de analyse van de verhouding tussen gedogen en de strafrechtelijke opportuniteit (p. 141). Later treffen we het onveranderlijke wezen van de rechtsstaatsgedachte aan: het tegengaan van machtsmisbruik, uitgeoefend in naam van het recht (p. 321).

Hoe dring je tot de kern door, hoe vind je het wezen? Dat is toch een activiteit die deels door intuïtieve en deels door ervaring ingegeven selectie van feiten wordt beheerst, weet Van Dijck (p. 187). Die activiteit van een inwendige schouw vormt onderdeel van een methodische analyse. De ervaring leert, zegt Van Dijck, dat veel mensen beschikken over een intuïtieve notie over wat 'gedogen' betekent. 'Het is mede op deze intuïtie dat ik een beroep doe ter verificatie van eigen proposities', zegt hij (p. 151).

Alles lijkt bij Van Dijck mogelijk. Naast het beroep op intuïtie neemt hij voor zijn methodische analyse van gedogen als vertrekpunt ook het dagelijkse taalgebruik. Hij sluit zich daarbij mede aan bij Wittgensteins inzicht dat woorden hun betekenis ontlenen aan het gebruik ervan. Intuïtie en Wittgenstein worden plotseling verlaten voor een 'trouvaille': Het Woordenboek der Nederlandse Taal! Wie had daar ooit aan gedacht: het wezen van gedogen opzoeken in een woordenboek. Over hoe zich dit nu verhoudt met Wittgensteins inzicht geen woord meer.

De zoektocht naar *de* definitie van gedogen (de titel van hoofdstuk 4) loopt vast in een moeras. De vraag van paragraaf 4.2.1 'Is een definitie van gedogen nodig?' wordt niet beantwoord. Wel wordt antwoord gegeven op de daar niet gestelde vraag of een definitie van gedogen mogelijk is. Zijn antwoord luidt ontkennend. Het stipuleren van een definitie voor gedogen is tot mislukken gedoemd, onder meer door het discursieve karakter van de termen die in zo'n definitie zullen voorkomen (recht / norm / handhaven) (p. 142 en 183).

Het lijkt me dat je als promotor en medelezer soms radeloos wordt van zo'n tekst. Bij herhaling vindt Van Dijck wel iets op de kritiek die hij van

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

medelezers ongetwijfeld heeft gekregen. Natuurlijk heeft iemand hem bijvoorbeeld wel gevraagd wat Scholten met gedogen te maken heeft. 'Het antwoord: niets en tegelijkertijd alles!' (p. 17).

Een ander punt van kritiek heeft te maken met zijn systematiek. Om zijn analyse van het gedoogdebat te maken, selecteert hij zes dimensies van het recht. Paarsgewijs vormen zij drie spanningsvelden in dat debat. Een voorbeeld vormt het spanningsveld 'functionaliteit van het recht' met als twee dimensies instrumentaliteit en rechtsbescherming.

Een analyse van het gedoogdebat brengt de drie genoemde spanningsvelden aan de oppervlakte (p. 39). De drie spanningsrelaties beheersen de discussie over gedogen. Zij bevatten de *sleutel* tot een nader inzicht in gedogen (p. 42). Dat wil ik van hem aannemen. Maar dan? Is het opvoeren van deze spanningsrelaties onderdeel van de hermeneutisch-juridische methode? Indien zo, hoe dan? Of heeft deze 'manoeuvre' een heuristische zin, zoals Van Dijck zegt met betrekking tot het innemen van een metastandpunt in de analyse van het gedoogdebat? Het komt me allemaal als retoriek voor en daar ronkt het van bij Van Dijck.

Nadat hij de dimensies en spanningsvelden heeft besproken gaat hij over tot de behandeling van de literatuur waaraan de argumenten voor en tegen gedogen worden ontleend. Vervolgens herformuleert Van Dijck die argumenten voor en tegen in een 'alternatieve reconstructie'. Hij doet dat om een beter beeld te geven van die argumentaties. Dit vind ik legitiem om te doen. Het laat zich bijvoorbeeld denken dat de argumenten een zodanige herformulering vereisen, dat ze operationeel worden bij de ontsluiting van juridische literatuur.

Voor de alternatieve reconstructie van de argumenten tegen gedogen wordt een viertal alternatieve argumenten ontwikkeld (die overigens ook 'perspectieven' worden genoemd, zie p. 71). Waarom hij hier niet de zes dimensies van recht gebruikt (die vormen immers naar zijn zeggen de *sleutel* tot nader inzicht), is een raadsel. Want ten behoeve van de alternatieve constructie van argumenten vóór gedogen worden de verschillende argumenten, zonder nadere toelichting omtrent het verschil in behandeling, wèl vertaald naar de verschillende dimensies van het recht (p. 124).

Van Dijck zelf vindt zijn werk een doortastende poging om het gedogen zo scherp mogelijk te omlijnen. Hij wil duidelijk maken hoezeer gedogen is verbonden met het juridisch norm- en handhavingsbegrip (p. 142). Maar doortastend is de poging met vijfhonderd bladzijden tekst niet en scherp omlijnd, neen dat is het ook al niet geworden.

Ondertussen ben ik het wel met Van Dijck eens, dat niet alles wat maar te bedenken is onder de noemer 'gedogen' moet worden gebracht. Die kritiek treft de tekst van Van Oenen. Wat houdt de laatste bezig?

In zijn voorwoord bij de bundel geeft Van Oenen aan dat strikte regel-

handhaving in een aantal situaties niet mogelijk, niet wenselijk, of zelfs contra-productief is. Nodig zijn 'omgangsregelingen met wildheid'. Dat wil zeggen: een repertoire van verhoudingen en praktijken dat er niet op is gericht om wildheid te temmen of te marginaliseren, maar om een sociaal verantwoorde oplossing te vinden die kan gelden als een vorm van 'informele rechtsorde' (p. 7). Zijn deze informele rechtsordes, zo vraag ik mij af, te vergelijken met de 'semi-autonomous social fields' die de rechtssociologe Sally Falk Moore onderzocht? (zie *Recht en Kritiek*, 1984, nr. 3, p. 264-283). Het is mij niet duidelijk. Wel is duidelijk dat Van Oenen het voor bestaanbaar houdt dat, onder bepaalde voorwaarden, actoren in staat zijn zelfregulerende en zelfbeperkende praktijken te realiseren.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Die praktijken worden door Van Oenen beschouwd als in hun sociale effecten superieur aan beschikbare alternatieven. En nu komt het verband met gedogen. Soms, aldus Van Oenen is rekkelijke of informele rechtshandhaving, bijvoorbeeld in de vorm van gedogen, te verkiezen boven strikte rechtshandhaving (p. 10). Gedogen past dan in een vormgeving van politiek, waarin de nadruk relatief sterk ligt op burgerschapsvermogens. Gedogen kan daarom volgens hem beknopt worden omschreven als *burgerschap contra legem* (p. 11).

'Wildheid' en de notie 'wilde praktijken' blijken geïnspireerd op de 'unruly practices', een term die eind jaren tachtig is gelanceerd door een Amerikaanse politicologe en die samenhangt met de feministische theorie (p. 11). 'Wild' verwijst naar 'ongeregeld'. De bundel beoogt een grondige doordenking van de consequenties voor politiek en rechtsstaat van het gegeven van de ongeregeldheid van regels.

Ik voel sympathie voor de wens om te komen tot een andere opzet van de sociaal-politieke omgeving dan de bestaande. Maar ik zie niets in de wijze waarop deze volgens Van Oenen tot stand zou moeten worden gebracht, namelijk via het gedogen. Het vragen om gedogen van zaken als voorgesteld en de daarop volgende verlening ervan zit dicht in de buurt van wat in de 'wilde jaren' (jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw) *repressieve tolerantie* heette. Toen betrof het een systeem van evenwicht tussen machtigen die iets toestonden of gaven aan mindermachtigen om hun eigen belangen te beschermen. Tegenwoordig krijgt de term repressieve tolerantie, zoals ook Duyvendak in zijn bijdrage opmerkt, een andere betekenis: 'er is sprake van tolerantie, zij het dat aan de grenzen hiervan zonodig stevig de hand wordt gehouden' (p. 111-112).

Van Oenen heeft een 'sociaal-politiek programma' willen schrijven en voor de realisering daarvan voorgesteld om het juridisch geconnoteerde 'gedogen' te benutten. Daarvoor moet die term danig worden verbreed. Heeft het dan nog wel zin om hem te gebruiken? Dat is ook wat Van Dijck zich in zijn proefschrift afvraagt. Bovendien leveren diverse bijdragen in

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Van Oenens eigen bundel het negatieve antwoord op die vraag. Van Oenen zal dus meer kleur moeten bekennen. Hij moet zich afvragen of de term gedogen en de term wildheid niet te veel afleiden van wat hij als sociaal programma voorstaat.

In een luchtig boek van de inmiddels bejaarde Franse geleerde A. Jacquard, *Tentatives de lucidité* (Parijs, 2004) trof ik in verband met het voorgaande een aardige paragraaf aan over 'ordre et désordre'. In het dagelijks leven, zegt Jacquard, is het de orde die ons op ons gemak moet stellen. Maar wij zouden deze geruststelling moeten wantrouwen. Zij kan namelijk leiden tot onderdanigheid. De gemeenschap moet zich, zo roept hij op, toerusten met 'forces du désordre' om een tegenwicht te bieden aan de 'forces de l'ordre'. Wat die 'forces du désordre' inhouden legt hij verder niet uit.

Past Van Oenens verwijzing naar de praktijk van 'wildheid' misschien in de idee van de 'forces du désordre'? Ik betwijfel het. Want wat hij wil bereiken moet uiteindelijk leiden tot internalisatie van rechtswaardigheid door burgers en door ambtenaren en overheid (p. 249). In dat geval hebben we het over inpassing in de 'forces de l'ordre'. Hoewel het bij Van Oenen vanwege een terminologie als 'wildheid' en 'wilde praktijken' lijkt te gaan om een uitdagende ingreep in de huidige samenleving, blijft het allemaal tamelijk rustig. Hij wil dat er 'gedoogd' wordt. Daarvan zal niemand wakker liggen.

Mijn afsluitende conclusie met betrekking tot hetgeen ik heb gelezen in beide besproken teksten? Het is vooral belegen en braaf. Dat past wel bij gedogen.

Thom Holterman (Urciers, Frankrijk)