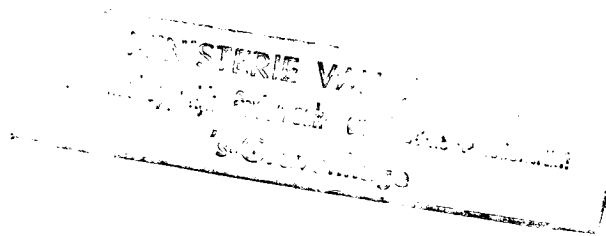


EWB/502095

Gedogen: een verschijnsel van alle tijden en alle plaatsen?

mr. W. Huisman
m.m.v. dr. C.M. Joubert



vrije Universiteit amsterdam



In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek-
(afdeling EWB) namens de minister van Justitie, uitg
Universiteit Amsterdam, vakgroep Criminologie

Ten kan te geenen tijdt by yemant zijn betoogt,
Dat Hebron sonder straf het overspel gedooft.

Cats, 1726, p. 188a

O groote goden... kunt ghij dit gedooghen?

Hooft, 1875, p. 380

... instead of leaving the impression that you're some jumped-up little upstart from an office using the law to tell him what he must do, if you talk to him right, you finish up with leaving him with the view that 'Well, he's a damn good chap. ... I could've been prosecuted for this. I'm breaking the law, but he's obviously going to shoot it under the carpet and let me get away with it.' So ... he does what he has to do, with goodwill, and everybody's happy.

Britse milieuinspecteur in Hawkins, 1984, p. 123

Maar u weet toch wel dat het, zelfs wannéér er in Frankrijk zou worden getolereerd, absoluut on-Frans zou zijn om dat op papier vast te leggen! De mogelijke overtreders moeten vooral niet daarvan op de hoogte worden gesteld!

Fransse Gendarmerie tijdens interview

Ten geleide

Op een zondagmiddag in juli 1996 werd ik opgebeld door mijn promotor prof. dr. H.G. van de Bunt, met de vraag of ik zin had om een paar maanden wat anders te doen. Hij zat namelijk in een projectgroep van het ministerie van Justitie die belast was met het opstellen van een kabinetsnota over gedogen. Deze projectgroep zocht iemand die een onderzoekje wilde doen naar gedogen in het buitenland. Omdat dit verzoek mij wel een uitdaging leek, heb ik ingestemd. Het onderzoek is aldus uitgevoerd door de Vrije Universiteit Amsterdam, vakgroep Criminologie op verzoek van de projectgroep Gedoogbeleid. De opdracht voor het onderzoek is gegeven door het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (afdeling Extern Wetenschappelijke Betrekkingen) namens de minister van Justitie.

Na overleg met de betreffende projectgroep bleek dat ik behalve gedogen in het buitenland, ook de historische achtergrond van gedogen in Nederland in kaart diende te brengen. En dit alles in een tijd van twee maanden! Over de historische achtergrond en gedogen in het buitenland zou op zich een proefschrift geschreven kunnen worden. Dit gaf de noodzaak tot selectie en een efficiënte aanpak.

Ondanks dat was de tijdsdruk uiteraard groot. Deze beperking heeft ongetwijfeld zijn sporen achtergelaten in dit rapport. Ik heb zelf geen historisch materiaal kunnen bestuderen, maar heb mij moeten beperken tot literatuurstudie en gesprekken. Ik heb de onderzochte landen niet alle kunnen bezoeken om daar empirisch onderzoek te doen. Ik heb niet van alle mogelijke beleidsterreinen kunnen nagegaan of gedogen in de onderzochte landen voorkomt. Ik heb dit rapport snel moeten schrijven en geen tijd gehad om het geschrevene nog eens rustig te herzien. Tenslotte is het goed mogelijk dat ik van belangrijke informatie verstoken ben gebleven.

Ondanks dit alles heb ik met heel veel plezier aan dit onderzoek gewerkt en hoop ik dat de bevindingen een bijdrage kunnen leveren aan de kennis van het verschijnsel gedogen en de vorming van beleid daaromtrent.

Bij de start van dit onderzoek werd mij al snel duidelijk dat, gezien de tijdsdruk en mijn beheersing van de Franse taal, het onderzoek naar gedogen in Frankrijk wel eens problematisch zou kunnen worden. Mijn ex-collega OIO aan de VU, mw. dr. C.M. Joubert was net gepromoveerd op een rechtsvergelijkend onderzoek en beheerst de Franse taal heel wat beter dan ik. Ik heb haar daarom verzocht het Franse deel van het onderzoek te verrichten. En hoewel Frankrijk het moeilijkste land was om informatie over te verzamelen, ben ik van mening dat haar dit bijzonder goed gelukt is. Ik ben haar daarvoor dan ook bijzonder veel dank verschuldigd. Daarnaast zijn er een aantal deskundigen die ik in het kader van dit onderzoek heb gesproken. Ik wil hen bedanken voor de bijzonder enthousiaste wijze waarop ze met mij mee hebben gedacht en van informatie en nuttige adviezen hebben voorzien.

Ten eerste is dat natuurlijk mijn begeleider prof. dr. H.G. van de Bunt, hoogleraar Empirische Criminologie aan de VU en hoofd van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, die ik ook bijzonder dankbaar ben voor het feit dat hij mij heeft voorgedragen voor dit onderzoek. Verder heeft prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels, hoogleraar bestuursrecht aan de VU, geheel uit eigen beweging en al in een vroeg stadium de nodige informatie aangedragen. Prof. mr. S. Faber, hoogleraar Nederlandse Rechtsgeschiedenis aan de VU, heeft het historisch deel van het onderzoek meegelezen en waar nodig van commentaar voorzien. Ook mijn collega dr. S. van Ruller, universitair docent Criminologie, heeft me ten aanzien van het historisch deel nuttige tips en adviezen gegeven. Prof. dr. E.R. Blankenburg, hoogleraar Rechtssociologie aan de VU, en dr. D. Opperman van de Universiteit van Hannover bedank ik voor hun informatie over gedogen in Duitsland. Dr. K. Hawkins, director of the Centre for Socio-Legal Studies van de University of Oxford, bedank ik voor zijn informatie over de rol van gedogen in de Britse Handhavingspraktijk. Namens Chantal Joubert bedank ik verder mw. E. Pelsez, liaison-magistraat voor Frankrijk en gedetacheerd bij het Nederlandse ministerie van Justitie, voor de tijd en moeite die zij heeft genomen om informatie te vinden over gedogen in Frankrijk. Verder wil ik ook prof. dr. M.G. Faure, hoogleraar Internationaal Milieurecht aan de Rijksuniversiteit Limburg, bedanken voor zijn onderzoekssuggesties met betrekking tot Frankrijk en dank ik ook prof. dr. C.M. Rüter, hoogleraar Strafrechtswetenschappen aan de universiteit van Amsterdam, voor zijn informatie over gedogend drugsbeleid in Duitsland.

Met nadruk wil ik ook nog bedanken de Nederlandse vakreferenten van het Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, mw. mr. I. van de Reynt en dhr. B. van Hoek, die mij op bijzonder hartelijke wijze hebben ontvangen en wegwijs gemaakt bij het Max Planck Institut in Freiburg. Verder bedank ik mw. mr. H. Waayers-Van Dijk, mijn contactpersoon bij het ministerie van Justitie, en prof. mr. dr. J.H. van Kreveld, voorzitter van de projectgroep Gedoogbeleid en plaatsvervangend hoofd van de directie Wetgeving van het ministerie van Justitie, voor hun ondersteuning van het onderzoek en het lezen van het eerste concept van dit rapport. Ten slotte wil ik alle leden van de projectgroep Gedoogbeleid hartelijk danken dat zij mij de kans hebben geboden dit onderzoek te verrichten.

Amsterdam, oktober, 1996

Wim Huisman

Inhoud

- 1 Inleiding 1**
- 2 De Nederlandse historie van gedogen 3**
 - § 1 Inleiding 3
 - § 2 Historische achtergronden van Nederlandse tolerantie 4
 - § 3 Gedogen ten tijde van de Republiek: enkele voorbeelden 7
 - § 4 Toepassing van Franse wetgeving in Nederland 11
 - § 5 Opportuniteit in de strafrechtspleging na 1813 12
 - § 6 Conclusie 16
- 3 Gedogen in het buitenland 19**
 - § 1 Inleiding 19
 - § 2 Bestuursculturen in Europa 22
 - § 3 Handhaving en gedogen in de Verenigde Staten 24
- 4 Gedogen in Duitsland 27**
 - § 1 Inleiding 27
 - § 2 Gedogen in het strafrecht 27
 - § 2.1 Legaliteit en vervolging 27
 - § 2.2 Gedogend drugsbeleid 29
 - § 3 Gedogen in het bestuursrecht 35
 - § 3.1 Inleiding 35
 - § 3.2 Handhaving van milieurecht 35
 - § 3.3 Handhaving van arbeidsveiligheidsregelgeving 37
 - § 3.4 Gedogen als vorm van informeel bestuursrecht 38
 - § 3.5 Bestuurlijk gedogen 39
 - § 3.6 Verschijningsvormen van bestuurlijk gedogen 41
 - § 3.7 Gedogen in het milieurecht 43
 - § 3.8 Bestuursrechtelijke grondslag en toelaatbaarheid gedogen 46
 - § 3.9 Strafrechtelijke gevolgen van bestuurlijk gedogen 47
 - § 4 Conclusie 50
- 5 Gedogen in het Verenigd Koninkrijk 53**
 - § 1 Inleiding 53
 - § 2 Gedogen in het strafrecht 53
 - § 2.1 Opportuniteit en vervolging 53
 - § 2.2 Drugsbeleid in twee sporen 57
 - § 3 Gedogen in het bestuursrecht 61

§ 3.1	Inleiding	61
§ 3.2	Handhaving van milieurecht	62
§ 3.3	Handhaving van andere bestuursrechtelijke regelgeving	65
§ 3.4	Bestuurlijk gedogen	68
§ 4	Conclusie	71
6	Gedogen in Frankrijk	73
§ 1	Inleiding	73
§ 2	Gedogen in het strafrecht	73
§ 2.1	Inleiding	73
§ 2.2	Gedogen <i>a priori</i> : legaliteit en opportuniteit van de vervolging	74
§ 2.3	Gedogen <i>a posteriori</i> : de theorie van de <i>erreur invincible</i>	76
§ 2.4	Vervolgingspraktijk in vogelvlucht	77
§ 2.5	Drugsbeleid in ontwikkeling	79
§ 3	Gedogen in het administratieve strafrecht	83
§ 4	Conclusie	86
7	Samenvatting en conclusie	89
	Geraadpleegde literatuur	97

Inleiding

Gedogen is het niet handhaven van rechtsregels door de overheid. Tijdens de beraadslagingen met de leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal over de justitiebegroting heeft de minister van Justitie meegedeeld het wenselijk te vinden het bestaande gedoogbeleid in Nederland en de knelpunten daarvan te inventariseren. Met de nota 'Grenzen aan gedogen', die op 18 oktober 1996 aan de Tweede Kamer gepresenteerd wordt, komt zij tegemoet aan deze toezegging. In deze nota wordt gedogen als volgt gedefinieerd:

- 1 *het door een overheidsinstantie, bij constatering van een overtreding, afzien van handhavend optreden, dan wel*
- 2 *het door een overheidsinstantie vooraf verklaren of anderszinds de verwachting wekken dat tegen een overtreding niet zal worden opgetreden*

In de publieke opinie bestaan bepaalde meningen en vooronderstellingen over het verschijnsel gedogen. Zo zou gedogen een typisch Nederlands verschijnsel zijn. Ook zou gedogen passen bij de Nederlandse pragmatische houding ten aanzien van regelgeving. Gedogen zou het gevolg zijn van de stortvloed van naoorlogse, slecht handhaafbare regelgeving. Gedogen zou voortkomen uit de Nederlandse tolerantie en godsdienstvrijheid in de zeventiende eeuw.

De projectgroep van het ministerie van Justitie die de kabinetsnota voorbereidt, heeft mij gevraagd een kort onderzoek te verrichten naar de juistheid van deze vooronderstellingen. De doelstelling van dit korte onderzoek is het verschijnsel gedogen in een ruimere context te plaatsen. Daarbij gaat het om de context naar tijd, plaats en rechts- of beleidsterrein. Het onderzoek beoogt een antwoord te geven op deze bij het publiek en de politiek levende vooronderstellingen en meningen over gedogen. De beantwoording gaat vooraf aan het werkelijk doel van de komende kabinetsnota: het scheppen van duidelijkheid rond de aard en de aanvaardbaarheid van het begrip gedogen en het bieden van oplossingen om onaanvaardbare vormen van gedogen tegen te gaan.

In het onderzoek staan de volgende onderzoeksvragen centraal. Deze vragen hebben betrekking op de culturele en historische context van gedogen.

- 1 Is gedogen een recent verschijnsel of kwam het in Nederland altijd al voor?
- 2 Is gedogen en/of gedoogbeleid inderdaad een typisch Nederlands verschijnsel of komt het in andere landen ook voor?

De breedte van de doelstelling en onderzoeksvragen rechtvaardigen een langdurig en diepgaand onderzoek. Dat gaat in het kader van de nota echter te ver. Dit onderzoek geeft geen minitieuze beantwoording van de onderzoeksvragen, maar conclu-

sies op een meer indicatief niveau. De bevindingen van het onderzoek moeten echter wel sterk genoeg zijn om uitspraken in de nota te kunnen onderbouwen.

Om de eerste onderzoeksvraag te beantwoorden is een literatuurstudie verricht en zijn een aantal gesprekken gevoerd met deskundigen op het terrein van (straf)rechtsgeschiedenis. De historische context van gedogen wordt in hoofdstuk 2 van dit rapport besproken.

Om de tweede onderzoeksvraag te beantwoorden is onderzocht of gedogen in andere landen voorkomt. Daarbij lag de nadruk op de landen Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Ook verschillen binnen deze landen (bijvoorbeeld tussen deelstaten) zijn bij het onderzoek betrokken. Verder heeft het onderzoek zich toegespitst op enkele beleidsterreinen waar zich in deze landen een mogelijke gedoogproblematiek zich voordoet. De onderzoeksgegevens zijn verkregen door literatuurstudie en gesprekken met deskundigen uit genoemde landen. In hoofdstuk 3 zal eerst de internationale context van gedogen in het algemeen besproken worden, waarbij onder andere de Amerikaanse situatie en de verschillende bestuursculturen in Europa aan de orde komen. In de resterende hoofdstukken wordt in het bijzonder ingegaan op het voorkomen van gedogen in de landen Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk. Het onderzoeksrapport wordt afgesloten met conclusies over de geschets- te ruimere context van het verschijnsel gedogen.

De Nederlandse historie van gedogen

§ 1 Inleiding

Voor een goed begrip van huidige Nederlandse gedoogpraktijken is het goed iets te weten over de historische achtergrond van dit verschijnsel. De reden tot het onderzoek van de historische achtergrond van gedogen is treffend verwoord door Zwanenburg: 'Ergens in de geschiedenis van Nederland als een natie-staat is een praktijk gegroeid die ten voorbeeld heeft gestaan voor de huidige gedoogpraktijken.'¹

Volgens het Woordenboek der Nederlandse Taal van 1889 betekent het werkwoord 'gedoogen' onder andere het vergunnen, veroorloven, dulden, verdragen, toelaten of door de vingers zien van handelingen of gedragingen.² 'Gedoogen' richt zich doorgaans op een persoon, maar kan ook betrekking hebben op de overheid. 'Inzonderheid met God of ene godheid, de overheid of wat deze vertegenwoordigd als subject'. Als voorbeeld wordt gegeven '*Een godsdienst gedoogen*, het openbaar belijden er van dulden, of wel oogluikend toelaten.' Hetgeen gedoogd wordt kan onder andere betreffen 'verkeerdheden, misdaden, wanbedrijven, strafwaardige daden, enz.' Het woordenboek geeft enige voorbeelden van het gebruik van het woord 'gedoogen' uit de Nederlandse literatuur:

'En misselik wort dit bijster onvesant by de godlike majesteit gedooght.'³

'Ik durf twijfelen, of in een welgeregelde staat, dusdanige huwelyken wel behoorden toegelaten en gedooft te worden.'⁴

'Zijne strengste geboden werden eerlang openlijk in den wind geslagen; en hij gedoogde het.'⁵

'In eenige steden... mogen (*de nuchtere kalveren*) niet ter halle komen; in Amsterdam... echter gedooft men dit.'⁶

Bovenstaande voorbeelden geven aan dat het begrip gedogen al lang bekend is. In dit hoofdstuk tracht ik enig licht te werpen op de historische achtergrond van gedogen in Nederland. Ten eerste zal ik in § 2 enige opmerkingen maken over de juistheid van de vooronderstelling dat gedogen voortkomt uit de tolerantie en godsdienstvrijheid ten tijde van de Republiek. Vervolgens probeer ik § 3 enkele concrete voorbeelden van gedoogpraktijken uit deze periode te vinden. Na enkele korte opmerkingen in § 4 over de toepassing van Franse wetgeving in Nederland tussen 1811

1 Zwanenburg, 1995, p. 2627.

2 De Vries (e.a.), 1889, pp. 612-616.

3 De Brune, 1661.

4 Van Effen, 1734, p. 76.

5 Stijl, 1824, p. 216.

6 Le Francq van Berkey, 1786, p. 165.

en 1814, ga ik in § 5 in op de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel in Nederland. Deze ontwikkeling is naar mijn mening relevant voor een goed begrip van aard en omvang van hedendaags gedogen.

§ 2 Historische achtergronden van Nederlandse tolerantie

Van de Nederlandse samenleving wordt vaak gezegd dat deze tolerant en verdraagzaam is. Deze karaktereigenschappen zouden hun oorsprong vinden in de bloeitijd van de Nederlandse republiek in de zeventiende eeuw. Deze tolerantie wordt vaak in verband gebracht met gedogen. Ook in het buitenland heerst veelal de opvatting dat Nederland een gedogende samenleving zou zijn.⁷ In de zeventiende en achttiende eeuw waren buitenlandse bezoekers vaak vol lof over de relatief grote vrijheid hier te lande. En nog steeds staat Nederland in het buitenland bekend om zijn tolerante houding ten aanzien van bijvoorbeeld drugs en zijn milde straffklimaat. Deze observaties van buitenlanders corresponderen sterk met het zelfbeeld dat Nederland van zichzelf heeft. 'These views are increasingly propounded by the Dutch themselves: the image is becoming a self-image.'⁸

Gedogen als typisch Nederlands verschijnsel zou voortkomen uit onze cultuur van verdraagzaamheid en tolerantie. Deze cultuur zou op zijn beurt weer voortkomen uit de godsdienstvrijheid die hier te lande sedert de tachtigjarige oorlog gold. Vrijheid van godsdienst was de inzet geweest van de Opstand tegen Philips II en het katholieke Habsburgse Rijk en de Republiek werd een toevluchtsoord voor mensen die elders om hun geloof werden vervolgd. 'Juist omdat de Nederlandse protestanten hun geloofsvrijheid hadden moeten bevechten, hechtten zij daar meer waarde aan dan elders het geval was. ... Deze godsdienstige verdraagzaamheid wordt wel gezien als de eerste aanzet tot het beginsel van de tolerantie.'⁹

De vraag doet zich echter voor of de Nederlandse tolerantie werkelijk het gevolg is van de godsdienstvrijheid ten tijde van de Republiek. Zo komt volgens Zwanenburg de Nederlandse gedoogpraktijk niet zozeer voort uit de godsdienstvrijheid die in de tachtigjarige oorlog bevochten werd, maar eerder uit de voor de levensvatbaarheid van de heterogene religieuze samenleving noodzakelijke per groep aangepaste toepassingspraktijk van wetgeving. Volgens Zwanenburg is het typisch Nederlandse fenomeen van de verzuiling hiervan een verfijnde ontwikkeling.¹⁰ 'Gedogen kan worden gezien als een transformatie of generalisatie van de bestuurspraktijk in een verzuilde samenleving waarbij de differentiële toepassingspraktijk van een

7 Killias, 1995, p. 15.

8 Downes, 1988, p. 124.

9 Sorgdrager, 1995, p. 10.

10 Dat verzuiling geen typisch Nederlands verschijnsel is, mag blijken uit de beschrijving van de verzuilde samenleving in België van Van Vugt en Boet, 1994.

algemeen (wets-)voorschrift wordt gehanteerd niet alleen voor *groepen* in de samenleving maar ook voor specifieke *problemen* in de samenleving. Gedogen kan dan ook worden aangetroffen daar waar de fundamentele opvattingen van constituerende groepen uiteenlopen: kwesties van zeden (prostitutie), leven (abortus), dood (euthanasie) en gezondheid (vaccinatie en chemisch genot).¹¹ Ook Peters wijst op de betekenis van de verschillende zuilen in de Nederlandse samenleving ten aanzien van de cultuur van tolerantie; omdat geen van de zuilen een absolute meerderheid heeft moet men rekening houden met elkaar.¹²

Peters beargumenteert verder dat de godsdienstvrijheid in de Republiek niet zozeer voortkwam uit religieuze of morele overwegingen, maar eerder een pragmatische opstelling was om de handel niet in gevaar te brengen. 'Although Calvinism enjoyed an official status, the ruling merchant class was careful not to permit religious zealotry to interfere too much with public affairs. Its primary concern was commerce.'¹³ Ook de vroege interesse voor strafrechtshervorming in de republiek, bijvoorbeeld door invoering van het rasphuis en het spinhuis, was het gevolg van de pragmatische benadering van de heersende, handeldrijvende klasse. Ook Gijswijt-Hofstra betoogt dat de stedelijke magistraten allerm minst vervolgingsgezind waren. 'Zij waren niet gediend van oproer en onrust, die hun eigen positie en de handelsbelangen konden schaden.'¹⁴

Naast de vraag of gedogen wel het gevolg is van de godsdienstvrijheid ten tijde van de Republiek, kunnen ook kanttekeningen worden gemaakt bij de godsdienstvrijheid zelf. Godsdienstvrijheid was relatief: andere godsdiensten dan de calvinistische werden hooguit gedoogd. 'Weliswaar betekende de Opstand het eind van de kettervervolg ing, maar daarmee was godsdienstvrijheid, laat staan verdraagzaamheid binnen sekten en kerken, nog allerm inst een feit. Voorlopig moesten de niet-calvinisten het doen met gewetensvrijheid en met eventueel oogluikend toelaten of schoorvoetend toegestane, maar in ieder geval onopvallend en dikwijls heimelijk gehouden godsdienstige bijeenkomsten. Ook gewelddadige vormen van intolerantie waren het calvinistische kamp niet vreemd.'¹⁵ Calvijn was van mening dat er maar één ware religie was en dat kettters dienden te worden vervolgd. Deze mening werd ook door de Nederlandse katholieke kerken uitgedragen. 'Wanneer calvinisten tolerantie bepleitten, manoeuvreerden zij zich in een binnen de kerk onhoudbare positie.'¹⁶ Verder werden niet alle om geloofsredenen gevluchte vreemdelingen even hartelijk ontvangen. Welgestelden werden beduidend soepeler toegelaten dan armlastigen,

11 Zwanenburg, 1995, p. 2627.

12 Peters, 1983, p. 164.

13 Peters, 1983, p. 155.

14 Gijswijt-Hofstra, 1989, p. 15.

15 Gijswijt-Hofstra, 1989, p. 28.

16 Gijswijt-Hofstra, 1989, p. 15.

hetgeen reden is om te spreken van een 'knip-op-de-beurstolerantie'.¹⁷ Ook gold de godsdienstvrijheid niet ten aanzien van alle gelovigen. Zo werden katholieken vaak beschouwd als staatsgevaarlijk en werden dopers in de zestiende eeuw zwaar vervolgd. In Overijssel werden in 1726 zigeuners vogelvrij verklaard en werd er zelfs een premie uitgelooft voor elke gedode zigeuner.¹⁸

Tenslotte valt ook op de spreekwoordelijke Hollandse tolerantie zelf wel wat af te dingen. Van Deursen geeft aan dat de door ons geroemde vrijheid en verdraagzaamheid in de zeventiende eeuw door een buitenlander ook als gemakzucht en desinteresse gezien konden worden.¹⁹ Verder was de vrijheid beperkt: 'Dutch freedom was real but had its limits.'²⁰ Zo beklagde Descartes zich bij een bezoek in 1643 dat de Republiek niet zo 'vrij' was als hij had gedacht. Hoewel de republiek verdraagzaam was ten aanzien van onorthodoxe *ideeën*, gold deze verdraagzaamheid zeker niet voor opvallend, flamboyant of deviant *gedrag*.²¹ Terwijl de huidige Nederlandse tolerantie vooral betrekking heeft op het openlijk uiten van seksuele voorkeuren en het gebruiken van chemische genotsmiddelen, had de zeventiende eeuwse tolerantie alleen betrekking op het beleiden van andere dan de Calvinistische godsdienst. Voor het overige diende de Calvinistische zedenleer strikt te worden gehandhaafd. Ook Gijswijt-Hofstra wijst op deze ontwikkeling: 'Hadden de tolerantie-idealen ten tijde van het *ancien régime* betrekking op het verlenen van vrijheid van geweten en eventueel ook godsdienst, in de twintigste eeuw, en met name na de Tweede Wereldoorlog, hebben tolerantie-idealen een dikwijls ruimere inhoud gekregen.'²²

De Calvinistische zedenleer legde sterke nadruk op kuisheid, bescheidenheid, orde en discipline. De Republiek stond dan wel bekend om zijn vrijheid, 'but the more perspective also noted that this freedom was a complex phenomenon rooted in a deep preoccupation with order and discipline'²³. Een goed voorbeeld van dit complexe karakter van vrijheid is de positie van vrouwen. Nederlandse vrouwen, zelfs jonge en ongetrouwde vrouwen, konden zich in de Republiek veel gemakkelijker en veiliger bewegen dan hun seksegenoten in andere Europese landen. Zij konden deelnemen aan het maatschappelijk leven en zelfs zakelijke betrekkingen hebben. Daartegenover stond dat de vrouwen zich zeer kuis gedroegen en kleedden en zodanig geen aanstoot gaven: 'Dutch society simply would not tolerate the plunging necklines and flaunting of the bosom prevalent, at the time, in France, England, and

17 Gijswijt-Hofstra, 1989, p. 9.

18 Gijswijt-Hofstra, 1989, p. 30.

19 Van Deursen, 1995.

20 Israel, 1995, p. 682.

21 Ook Van Deursen wijst op een verschil in het gedogen van het 'geestelijke' en het 'lichamelijke'. Tolerantie ten tijde van de Republiek had volgens hem vooral betrekking op het geestelijke (Van Deursen, 1995).

22 Gijswijt-Hofstra, 1989, p. 24.

23 Israel, 1995, p. 676.

Italy.²⁴ Ook van de mannen werd verwacht dat ze zich strikt volgens de christelijke moraal gedroegen. Een sterke sociale controle garandeerde dat men zich ook werkelijk zo gedroeg. De sociale controle werd uitgeoefend door vertegenwoordigers van de kerk, burgerwachten en de burens. Zo ontstond er een zeer sterke druk op alle sociale niveaus om zich te onthouden van onbescheidenheid, onzedelijkheid, baldadigheid en dronkenschap. Deze orde en discipline maakte de Nederlandse samenleving niet milder, maar eerder strenger dan elders, zeker wanneer het ging om erotiek, homoseksualiteit en straatprostitutie.²⁵ Tussen 1730 en 1732 was er zelfs sprake van een sterke opleving van de strafrechtelijke vervolging van homoseksuelen. Er werden in die jaren zo'n 300 personen wegens sodomie vervolgd, waarvan er 70 ter dood werden veroordeeld en en iets minder dan de helft bij verstek verbannen.²⁶ In totaal voerden gerechtelijke autoriteiten in Nederland in de achttiende eeuw zo'n zeshonderd processen. In mogelijk iets meer dan honderd gevallen werd de doodstraf uitgesproken.²⁷

Concluderend kan gesteld worden dat het begrip tolerantie ten tijde van de Republiek een veel beperktere betekenis had dan nu. Vroeger had tolerantie alleen betrekking op het dulden van andere geloofsopvattingen. Tegenwoordig gaat het eerder om een breed scala van gedragingen. Het huidige, ruimere tolerantiebepgrip kan niet zonder meer geprojecteerd worden op de tolerantie uit vorige eeuwen. Het verklaren dat de huidige tolerantie voortkomt uit de vroegere tolerantie is dus het vergelijken van appels met peren.

§ 3 Gedogen ten tijde van de Republiek: enkele voorbeelden

Het is in het kader van dit onderzoek niet mogelijk gebleken een enigzins volledig en verantwoord beeld te geven van aard en omvang van gedoogpraktijken ten tijde van de Republiek. Wel zijn er in de literatuur enkele concrete voorbeelden van gedoogpraktijken gevonden. Deze zullen hier dan ook besproken worden.

Prostitutie was wijdverspreid in de Nederlandse samenleving, maar was, in tegenstelling tot andere Europese landen, niet zichtbaar op straat of in duidelijk herkenbare bordelen. Zo was er in Amsterdam geen sprake van een *red light district* zoals we dat nu kennen, maar waren de bordelen verspreid over de stad en gecamoufleerd als plaatsen waar muziek ten gehore werd gebracht. Israel vergelijkt de Nederlandse bordelen van de Gouden Eeuw met de schuilkerken van de katholieken, ze waren niet als zodanig herkenbaar maar veel mensen wisten waar ze waren. Zolang ze opvallend bleven en geen overlast veroorzaakten werden ze stilzwijgend gedoogd.²⁸

24 Israel, 1995, p. 682.

25 Israel, 1995, pp. 677-683.

26 Van der Meer, 1989, p. 165.

27 Van der Meer, 1989, p. 168.

28 Israel, 1995, p. 683.

Van de Pol laat zien dat het Amsterdamse overheidsbestuur prostitutie vanaf de tweede helft van de achttiende eeuw oogluikend toeliet, nadat men vanaf 1578 tevergeefs verschillende vormen van repressie had geprobeerd.²⁹

Een duidelijk voorbeeld van gedogen in het zeventiende-eeuwse boekje *'t Amsterdamsch hoerdom*, dat een beeld geeft van de toenmalige prostitutie in Amsterdam. Hoewel prostitutie een strafbaar feit was, kende Amsterdam vele bordelen en speelhuizen of *musiko's*.³⁰ Slechts incidenteel werd hiertegen opgetreden, om nog enigzins tegemoet te treden aan de bezwaren die in bepaalde kringen tegen de prostitutie bestonden. Zo klaagde bijvoorbeeld de Hervormde Kerkeraad over het groeiend aantal bordelen. Totale uitbanning van de prostitutie wilde het Amsterdamse bestuur echter niet, omdat dit een veel groter kwaad met zich mee zou brengen. De vele zeelieden in de stad zouden zich dan wel eens aan de Amsterdamse eerbare vrouwen en dochters kunnen gaan vergrijpen. De prostitutie werd daarom maar stilzwijgend gedoogd.³¹ Onderzoeken laten zien dat de vervolging van prostitutie in Amsterdam in de achttiende eeuw terugloopt.³² Terwijl er eind zeventiende eeuw nog razzia's werden gehouden en honderden prostitutiees werden gearresteerd, verschoof na 1700 het accent naar de aanpak van de speelhuizen. Men stuurde opgepakte prostitutiees doorgaans met een vermaning naar huis. Faber: 'Uit de literatuur krijgen we de indruk dat het vervolgingsbeleid van de Hoofdofficier en zijn ondergeschikten opportunistisch en de resultante van vele krachten was.'³³ Gezien bepaalde compositiepraktijken suggereert Faber zelfs dat er sprake was van een soort 'reglementering' van de prostitutie, 'in die zin dat gevestigde bordeelhouders aldus voor zekere tijd vergunning konden verwerven hun bedrijf voort te zetten.'³⁴ Faber spreekt hier van vergunning, maar in het licht van dit onderzoek zou de term 'gedoogverklaring' meer op zijn plaats zijn. In de achttiende eeuw veranderde het overheidsbeleid dus van bestraffing naar beheersing.³⁵

Niet alleen prostitutie, maar ook overspel werd door de toenmalige regenten van Amsterdam als onzedelijk en dus strafbaar bevonden. Verhaar en Van den Brink hebben onderzoek gedaan naar de vervolging van overspel in het achttiende-eeuwse Amsterdam.³⁶ In de eerste helft van de achttiende eeuw werden door hen 73 zaken gevonden. In de tweede helft van de eeuw loopt het aantal gevonden zaken terug tot

29 Van de Pol, 1996.

30 Verhaar en Van den Brink, 1989, p. 69.

31 Faber, 1983, p. 78; zie ook Van de Bunt en Leuw, 1995, p. 65.

32 Faber, 1983, p. 78; Van de Pol, 1996.

33 Faber, 1983, p. 78.

34 Compositie betekende dat men verdere vervolging van de zaak afkocht bij de schout, een vorm van transactie dus. Betaalde men niet dan kon de zaak voorkomen voor de Schepenen, de stadsbestuurders die ook recht spraken.

35 Van de Pol, 1996.

36 Verhaar en Van den Brink, 1989.

22 en na 1775 komt vervolging van overspel zelfs helemaal niet meer voor. Bovendien blijkt dat veel zaken werden gecomposeerd en dus nooit voor de Schepenen kwamen. Uit de cijfers van Verhaar en Van den Brink blijkt dus eerst een afname en vervolgens zelfs het verdwijnen van de strafrechtelijke vervolging van overspel. Zij stellen zich de vraag of uit deze terugtrek van de justitiële autoriteiten mag worden afgeleid, 'dat er in de toenmalige samenleving een tolerantere houding tegenover buitenechtelijke seksuele betrekkingen was ontstaan?'³⁷ Een bevestigend antwoord zou betekenen dat overspel in Amsterdam (stilzwijgend) werd gedoogd. In theorie is het denkbaar dat overspel gewoon niet meer voortkwam, maar dit is gezien het feit dat componeren niet verdween en scheidingen op grond van overspel bleven bestaan, niet aannemelijk. Verhaar en Van den Brink veronderstellen dat de verdwijning van overspel uit de strafrechtelijke sfeer, naast nadelen verbonden aan de vervolging van overspel en algemene vervolgingstechnische zaken, te maken heeft met het feit dat bij de vervolging andere prioriteiten werden gesteld. Net zoals ten aanzien van prostitutie, veronderstellen Verhaar en Van den Brink dat de Amsterdamse overheid ten aanzien van overspel de teugels liet vieren. 'Aangezien de vervolging van overspel toch al een tijdrovende en verliesgevende aangelegenheid was, zal de noodzaak prioriteiten te stellen hebben bijgedragen aan het verdwijnen van overspel uit de strafrechtelijke sfeer.'³⁸

Een ander voorbeeld van gedogen om erger kwaad te voorkomen was eveneens te vinden in Amsterdam. In Amsterdam werden regelmatig kinderen te vondeling gelegd. Hoewel dit strafbaar was, leidde dit voor 1770 nauwelijks tot een strafzaak. Terwijl na 1770 het aantal te vondeling gelegde kinderen per jaar toenam, is er vanaf dat jaar zelfs geen enkele strafzaak meer geweest. Volgens Faber bevestigt dit 'dat de Amsterdamse overheid zich op dit terrein van ingrijpen onthield in de – ijdel gebleken – hoop aldus het doden van pasgeboren ongewenste kinderen te voorkomen, althans te doen verminderen.'³⁹

Er waren ook andere argumenten om te gedogen, bijvoorbeeld ten aanzien van bedelaars. Bedelaars waren in de zeventiende, achttiende en negentiende eeuw een bekend verschijnsel in Amsterdam. Bedelaars konden opgepakt en tot geseling, verbanning of het werkhuis veroordeeld worden. Veelal liet men bedelaars echter ongemoeid. Voor dit gedogen konden verschillende redenen zijn. Zo werd het vragen van aalmoezen door invaliden uitdrukkelijk toegestaan. Daarnaast trad men in tijden van oorlog, koude winters of economische crisis uit humanitaire redenen niet op tegen bedelaars. Tenslotte speelde waarschijnlijk een belangrijke rol dat het werkhuis vaak vol zat en men dan uit capaciteitsoverwegingen bedelarij wel moest

37 Verhaar en Van den Brink, 1989, p. 65.

38 Verhaar en Van den Brink, 1989, p. 79.

39 Faber, 1983, p. 72.

gedogen.⁴⁰ Als illustratie hiervan geeft Faber een treffend citaat van de reactie van de Regenten van het Spin- en Werkhuis op uitlatingen van koning Lodewijk Napoleon over de vele bedelaars in de Jodenbuurt in de winter van 1808/1809: 'Regenten konden daartegen weinig doen; behalve de bezwaren van ritueele voeding, zou het huis hoe groot ook, te klein blijken om alle jodenbedelaars op te nemen. Het bedelen in deze buurt was oogluikend toegelaten, te meer ook waar het voor de dienders meermalen levensgevaarlijk was gebleken om daar hun taak te vervullen.'⁴¹ Alleen bedelaars die zich misdroegen door potentiële gevers lastig te vallen of door lichamelijke gebreken voor te wenden, kwamen voor de Schepenen te staan.

Hoewel er in de achttiende eeuw sprake was van een opleving van de vervolging van homoseksuelen, kan toch worden gesteld dat homoseksualiteit doorgaans werd gedoogd. Bij gerechtelijke autoriteiten ontbrak het aan de wil en de middelen voor de systematische jacht op homofielen. Belangrijke reden was daarvoor vaak dat personen uit hogere sociale milieus vaak betrokken waren bij homoseksuele contacten. Zo geeft Van der Meer meer een voorbeeld van een gearresteerde sodomiet die de broer van de Amsterdamse schout en de schoonzoon van een Schepen bleek te zijn.⁴² De heersende klasse voelde er weinig voor hun eigen klasse in discrediet te brengen en zo onrust te zaaien. Sodomie werd daarom meestal stilzwijgend gedoogd.

Faber geeft een voorbeeld waar niet echt sprake is van het gedogen van strafbare feiten, maar waar de wet wel coulanter wordt toegepast dan bedoeld.⁴³ In 1614 hadden de Staten van Holland en Westfriesland een plakkaat uitgevaardigd 'tegens de Dieven, en Dieveryen en Aanhouders van dien'. De wet kwam voort uit de grote maatschappelijke onrust die heerste omtrent diefstal en inbraken. Op grond van dit plakkaat dienden zeer strenge straffen worden opgelegd aan hen die zich schuldig maken aan diefstal. Eenvoudige diefstal, voor de eerste maal gepleegd, kwam te staan op openbare geseling en brandmerking. Bij een tweede diefstal werd daaraan verbanning uit Holland en Westfriesland toegevoegd. Bij een derde overtreding diende de dader ter dood gebracht te worden. Dit was ook mogelijk bij het de eerste of tweede keer begaan van huisbraak, diefstal van vee en zeeroverij. Volgens Faber werd deze wet echter nimmer in volle hevigheid toegepast. In de praktijk werden veel lagere straffen opgelegd dan volgens het plakkaat vereist was. Huisbraak werd lang niet altijd met de dood bestraft en eenvoudige diefstal leidde zelden tot brandmerking. Faber: 'In de praktijk is deze wetgeving, zo zijn we geneigd te concluderen, voor een deel opzijgezet.'⁴⁴ Hoewel het hier niet gaat om gedogen, laat ook dit voorbeeld zien dat de soep niet zo heet werd gegeten als zij werd opgediend.

40 Faber, 1983, p. 74.

41 Faber, 1983, p. 75.

42 Van der Meer, 1989, p. 168; Van der Meer, 1995, p. 67; Faber, 1993, p. 80.

43 Faber, 1983, p. 215.

44 Faber, 1983, p. 216.

Van Deursen tenslotte laat een aardige vergelijking zien tussen het huidige beleid ten aanzien van soft drugs en het zeventiende eeuwse beleid ten aanzien van verboden boeken.⁴⁵ In de zeventiende eeuw was het verboden boeken uit te geven die de fundamenten van het christelijk geloof aantastten. Het bezit van deze boeken was echter niet strafbaar. Net als nu met soft drugs, verbood men dus wel de produktie, maar niet het particuliere bezit van aanstotelijke boeken!

§ 4 Toepassing van Franse wetgeving in Nederland

Gedurende de Franse bezetting werd in 1811 de Franse wetgeving ook in Nederland ingevoerd: een nieuwe rechterlijke organisatie en voor het strafrecht de Code Pénal en de Code d'Instruction Criminelle. Na de bevrijding in 1813 bleef de Code d'Instruction Criminelle van kracht tot 1838. De Franse strafwetgeving werd gekenmerkt door centralisme en legalisme. 'Het oog van justitie moest namelijk overal kunnen toezien, omdat het doel van de wet was dat elke regelovertreding opgespoord, be-recht en vervolgd zou worden.'⁴⁶ De Franse wetgeving was sterk beïnvloed door beginselen van de Verlichting, waaronder het idee van de strikte machtenscheiding. De Officier van Justitie mocht niet op de stoel van de wetgever gaan zitten, maar moest als een misdadmachine elke wetsovertreding opsporen en vervolgen. Bovendien bestond er volgens de Code d'Instruction Criminelle voor burgers een algemene meldingsplicht voor alle misdrijven en wanbedrijven. Volgens Van Ruller en Faber kenmerkte de Franse houding ten aanzien van opsporing en vervolging van wetsovertreding zich als *panoptisme*: het ideaal van de totale zichtbaarheid van de samenleving vanuit één punt: het openbaar ministerie.⁴⁷ Duidelijk is dat vanuit deze visie op rechtshandhaving, het gedogen van strafbare feiten ondenkbaar is. (Wat natuurlijk niet wil zeggen dat het niet voorkwam.)

In 1838 werd een nieuw Nederlands Wetboek van Strafvordering ingevoerd, dat grote gelijkenissen vertoonde met de oude Code d'Instruction Criminelle. Ook al betekende dit nieuwe wetboek een zekere liberalisering ten opzichte van het absolute en legalistische karakter van de Franse wetgeving, in de praktijk bleek het door de vele dwingende regels slecht werkbaar.⁴⁸

Ook het karakter van het Franse Wetboek van Strafrecht, de Code Pénal, bleek na 1813 niet goed te passen in de strafrechtspleging in Nederland. Er zijn dan ook verschillende wegen bewandeld om de strengheid van dit wetboek in de toepassing te omzeilen. Zo werd er, om onder de verplichte doodstraf bij geringe feiten uit te komen, vaak gratie verleend en werd de interpretatie van *favorabele omstandigheden*

45 Van Deursen, 1995, p. 44.

46 Van Ruller en Faber, 1995, p. 34.

47 Van Ruller en Faber, 1995, p. 36.

48 Van Ruller en Faber, 1995, p. 40.

sterk opgerekt om tot lagere straffen te komen. Mildheid in de toepassing blijkt ook uit cijfers.⁴⁹ Van Ruller en Faber concluderen: 'Uit deze gegevens is op te maken dat er achter de strenge gevel van de Code Pénal in Nederland een geheel eigen werkelijkheid schuil ging, namelijk een van individualisering door middel van ruime gebruikmaking van alle vluchtwegen die de wet bood.'⁵⁰ Dit voorbeeld van coulantere toepassing van wetgeving die in de praktijk te streng wordt bevonden, is vergelijkbaar met de in § 3 besproken toepassing van het Criminele Plakkaat van 1614 in Holland en Westfriesland. Weliswaar is hier nog geen sprake van gedogen in de betekenis die wij er heden ten dage aan toe kennen, maar deze flexibele toepassing van de wet getuigt wel van een houding ten aanzien van regelgeving die ook aan gedogen ten grondslag ligt. Er wordt naar buiten toe een façade opgehouden van strenge normering en bestrafing, terwijl in de praktijk deze façade te streng wordt bevonden en van de normering en bestrafing wordt afgeweken.

§ 5 Opportuniteit in de strafrechtspleging na 1813

Sinds 1838 geeft art. 4 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie het Openbaar Ministerie de opdracht tot 'de vervolging van alle strafbare feiten'. Gedurende de Franse periode kenmerkte de strafrechtspleging zich door een hoge mate van legalisme. Alle wetsovertredingen die ter kennis kwamen van het Openbaar Ministerie dienden opgespoord en vervolgd te worden. Dit legaliteitsbeginsel was echter niet als zodanig in de wetgeving vastgelegd. Pas in 1926 werd de tegenhanger van het legaliteitsbeginsel in art. 167 van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering opgenomen. Volgens dit opportuniteitsbeginsel heeft het Openbaar Ministerie de keuze om al of niet tot vervolging over te gaan. Het is de vraag welk beginsel in de Nederlandse vervolgingspraktijk vóór die tijd werd toegepast en hoe met het opportuniteitsbeginsel in de alledaagse rechtpraktijk werd omgegaan. Deze vraag is van belang voor het onderwerp van dit onderzoek. Gedogen in het strafrecht betekent immers het niet strafrechtelijk vervolgen van wetsovertredingen. Het gehanteerde vervolgingsbeginsel bepaalt de ruimte daartoe.

Van Ruller en Faber geven aan dat voor 1870 het opportuniteitsbeginsel in de juridische literatuur nog niet was aanvaard. Wel was er in 1838 en 1847 door De Bosch Kemper, advocaat-generaal bij het Noord-Hollandse gerechtshof, betoogt dat het Openbaar Ministerie om redenen ontleend aan het algemeen belang van vervolging kon afzien. 'Loodzwaar zoude het juk der Wet op het maatschappelijk leven drukken, wanneer elke overtreding der Wet opgespoord en vervolgd werd.'⁵¹ Er zijn zelfs aanwijzingen dat voor 1838 in de praktijk het opportuniteitsbeginsel werd gehuldigd.⁵²

49 Zie Van Ruller en Faber, 1995, p.44.

50 Van Ruller en Faber, 1995, p. 44.

51 De Bosch Kemper, 1847, p. 30; zie ook Van Ruller en Faber, 1995, p. 52.

52 Van Ruller en Faber, 1995, p. 61.

Van Ruller en Faber gaan er van uit dat het na 1870 nauwelijks meer betwist is dat in Nederland het opportuniteitsbeginsel gelding had. Corstens stelt dat 'in ieder geval vanaf de jaren tachtig van de negentiende eeuw het opportuniteitsbeginsel in de praktijk werd toegepast.'⁵³ Het onderzoek van Van Ruller en Faber laat zien dat het aantal septs in Amsterdam in 1880 en 1910 relatief nauwelijks lager was dan heden ten dage: ongeveer veertig procent van alle bij het arrondissementsparket ingeschreven zaken.⁵⁴ De onderzoekers leiden uit het veelvuldig ontbreken van de redenen voor septot in de registers af, dat capaciteitsgebrek om alle zaken te vervolgen eerder reden tot septot was dan het oordeel over de aard van de betreffende zaken en de daarbij betrokken verdachten en slachtoffers.⁵⁵

Zeer kenmerkend voor de Nederlandse invulling van het opportuniteitsbeginsel is wel dat al sedert de jaren tien van de negentiende eeuw richtlijnen gehanteerd werden die voorzagen in het vieren van de teugels in het geval van overtredingen van nieuwe ordeningswetgeving, bijvoorbeeld inzake uniformisatie en centralisatie van maten en gewichten. 'De soep van de nieuwe eenheidsstaat kon nu eenmaal niet zonder meer zo heet worden gegeten als zij in de wet werd opgediend, maar het uiteindelijke doel was toch steeds dat de betreffende wetsovertredingen "zonder eenige verdere oogluiking" zouden worden vervolgd.'⁵⁶ In 1824 ging het Openbaar Ministerie in een geheime interne circulaire veel verder met de aanbeveling 'om wegens geringe wanbedrijven en overtredingen, voor welke de beleedigde personen zelve zich niet tot civiele partijen gesteld hebben, en waarvan de proceskosten alzo door 's lands kas moeten worden voorgeschoten, niet te lichtvaardig tot vervolging d'office over te gaan, maar om veeleer te dien opzichte naar gelang van zaken en omstandigheden met gepaste onderscheiding te werk te gaan.'⁵⁷ In 1893 stelde de minister van Justitie in een circulaire de leden van het Openbaar Ministerie in kennis van zijn 'verwachting, dat zij, meer dan door sommigen in den laatste tijd pleegt te geschieden, zullen te rade gaan met de wenschelijkheid om in sommige gevallen, vooral waar het nietigheden, meer eene persoonlijke gevoeligheid dan een algemeen belang, veeleer eene verschoonbare daad dan een strafwaardig feit betreft, niet strafrechtelijk te vervolgen.'⁵⁸ Deze twee richtlijnen laten duidelijk zien dat het beleid om uit pragmatische redenen en kostenbeheersing bepaalde feiten niet te vervolgen, reeds een lange traditie kent.

Vastgesteld dat in Nederland het opportuniteitsbeginsel geldt, is het vervolgens de vraag hoe dit beginsel in de Nederlandse situatie werd geïnterpreteerd. Wordt er in

53 Corstens, 1974, p. 15.

54 Van Ruller en Faber, 1995, pp. 67-69. Opvallend is ook de ontdekking van Van Ruller en Faber dat, hoewel in Amsterdam werd gesproken van 'seponeren', er in de arrondissementen Assen, Heerenveen, Leeuwarden, Groningen, maar ook in Haarlem, gesproken werd van 'deponeren'.

55 Van Ruller en Faber, 1995, p. 76.

56 Van Ruller en Faber, 1995, p. 78.

57 In Van Ruller en Faber, 1995, p. 79.

58 In Van Ruller en Faber, 1995, p. 80.

principe vervolgd, uitgezonderd wanneer het maatschappelijk belang zich hiertegen verzet? Of wordt er alleen vervolgd wanneer dat vanuit het oogpunt van het maatschappelijk belang gewenst is? De eerste variant betreft de negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, de tweede variant de positieve interpretatie.⁵⁹

't Hart verdeelt de ontwikkelingen in Nederland in verschillende fasen.⁶⁰ De periode voor 1926 zou volgens hem gekenmerkt worden door de wettelijke gelding van het legaliteitsbeginsel en de feitelijke hantering van een voornamelijk negatieve vorm van het opportuniteitsbeginsel. Het eerste element in deze opvatting is echter onjuist: het legaliteitsbeginsel was niet vastgelegd in de wet. Als tweede fase van noemt 't Hart de periode na 1926, waarin de bestaande praktijk was gelegaliseerd door de invoering van het negatief geformuleerde opportuniteitsbeginsel in het Wetboek van Strafvordering. De derde fase trad volgens 't Hart in na 1970, toen een radicale verandering in het denken de positieve opvatting van het legaliteitsbeginsel tot de heersende leer maakte.

Bovengenoemde richtlijnen geven inderdaad aan dat in de negentiende eeuw uitgegaan werd van een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Strafbare feiten diende vervolgd te worden, uitgezonderd de in de richtlijnen genoemde gevallen. 't Hart toont aan dat deze opvatting ook na de invoering van art. 167 Wetboek van Strafvordering bleef gelden. Ook de Motie van Toelichting bij dit wetsartikel wees op een negatieve interpretatie. Eind jaren zestig kwam er echter steeds meer kritiek op een te beperkte toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Verschillende auteurs waren van mening dat nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen om een ruimere ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel vroegen.⁶¹ Een doelmatige vervolging zou vragen om een grotere beleidsruimte dan een incidentele uitzondering op het vervolgingsmechanisme. Volgens Moons bestaat er geen principieel verschil tussen een sepotbeslissing in een incidenteel geval en een sepotbeslissing voor een type delict, bijvoorbeeld eenvoudige winkeldiefstallen.⁶² In het eerste jaarverslag van het Openbaar Ministerie over 1970 werd deze positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel overgenomen, met als redengeving de mogelijkheid om zo tot werkelijke beleidsvoering te komen. 't Hart stelt vast dat door de overname in het jaarsveslag van het Openbaar Ministerie, de positieve opvatting van het opportuniteitsbeginsel vanaf 1970 heersende leer was geworden.⁶³ Het algemeen belang werd daarmee van een uitzondering op de algemene plicht om te vervolgen, een extra voorwaarde om überhaupt tot vervolging over te kunnen gaan.

59 Zie ook 't Hart, 1994, p. 181-121; Van Ruller en Faber, 1995, p. 54.

60 't Hart, 1994, p. 126.

61 't Hart noemt onder andere Hulsman, Van Veen en Moons ('t Hart, 1994, pp. 120-122).

62 Moons, 1969.

63 't Hart, 1994, pp. 124-125.

't Hart spreekt inmiddels zelfs van een vierde fase en een vijfde fase in de ontwikkeling van het opportunitieitsbeginsel in Nederland.⁶⁴ De vierde fase betreft de uitbreiding van de werkingssfeer van het positieve opportunitieitsbeginsel naar het stadium van de opsporing en verbalisering door de politie. De vijfde fase is de noodzaak tot prioriteitsstelling in de jaren tachtig als gevolg van de problemen van overbelasting en capaciteitstekort van politie en justitie. Naast de bestaande eisen van wettelijkheid en maatschappelijk belang voor vervolging kwam die van de prioriteit. Vervolging moest binnen de grenzen van de wet en het maatschappelijke wenselijke, ook nog in het beleid prioriteit hebben gekregen.⁶⁵ In deze prioriteitsstelling komt ook tot uiting dat justitie niet als enige verantwoordelijk is voor rechtshandhaving. In het beleidsplan *Samenleving en criminaliteit* van 1985 werd benadrukt dat het bestuur en ook burgers zelf veelal een eerstelijns verantwoordelijkheid hebben ten aanzien van rechtshandhaving en dat justitieel optreden daarvan het sluitstuk behoort te zijn. Hier wordt de prioriteitsstelling van politie en justitie op aangepast.

Van Ruller en Faber hebben de indruk dat de ontwikkeling van het opportunitieitsbeginsel een slingerbeweging te zien geeft. In de jaren tachtig ontstond volgens hen een neiging om de ontstane toegeeflijkheid aan banden te leggen.⁶⁶ De toename van het aantal strafzaken en de positieve uitleg van het opportunitieitsbeginsel hadden geleid tot stelselmatig gebruik van het beleidssepot. 'Door de toename van het aantal regels, de ingewikkeldheid en het technisch-specialistische karakter van sommige regels, de overtrekking van het beroep op het strafrecht, de stijging van de criminaliteit en de bezuinigingen op overheidsuitgaven zou op sommige terreinen de zorgwekkende situatie van een "tekort aan rechtshandhaving" zijn ontstaan.'⁶⁷ Deze ontwikkelingen leidden tot wat 't Hart ziet als de zevende fase in de ontwikkelingen van het opportunitieitsbeginsel: het streven naar het garanderen van een redelijk niveau van rechtshandhaving.⁶⁸ In de de memorie van toelichting bij de justitiebegroting over 1984 werd weliswaar de heersende leer betreffende het positieve opportunitieitsbeginsel opnieuw bekrachtigd, er werd echter ook gesteld dat het strafrechtelijk optreden niet onder een zekere benedengrens mag zakken. Het beleidsplan *Samenleving en Criminaliteit* kondigde aan dat het aantal beleidssepots voor 1990 met de helft werd teruggebracht en stelde dat de normbevestigende functie van het strafrecht versterkt moest worden. Ook het daaropvolgende beleidsplan *Recht in beweging* van 1990 kondigde een strakkere bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving aan. Deze laatste ontwikkeling betekent geen volledige terugkeer naar het negatief geformuleerde opportunitieitsbeginsel, maar wel een verschuiving van maatschappelijke belangen die bij de vervolgingsbeslissingen op grond het

64 't Hart, 1995, pp. 128-129.

65 't Hart, 1994, p. 130.

66 Van Ruller en Faber, 1995, p. 55.

67 't Hart, 1994, p. 137.

68 't Hart, 1994, p. 137.

positieve opportuniteitsbeginsel worden genomen. Het is mede vanuit deze ontwikkeling dat wij de huidige aanpak van het gedogen moeten begrijpen.

§ 6 Conclusie

In deze paragraaf is geprobeerd de historische context van het verschijnsel gedogen te schetsen. Allereerst is ingegaan op de veronderstelling dat gedogen voortkomt uit de tolerantie en godsdienstvrijheid in de Nederlandse samenleving ten tijde van de Republiek. Op deze veronderstelling valt wel wat af te dingen. Ten eerste kan worden betoogd dat gedogen niet zozeer voortkomt uit tolerantie als gevolg van godsdienstvrijheid, maar eerder vanuit de verzuiling van de Nederlandse samenleving als gevolg van die godsdienstvrijheid. Het bestaan van verschillende groepen in de samenleving maakt een gedifferentieerde toepassing en handhaving van wettelijke voorschriften noodzakelijk. Ook wijzen sommige auteurs erop dat de tolerantie en verdraagzaamheid uit pragmatische overwegingen voortkwam. De Republiek was voor haar economische welvaart en voortbestaan afhankelijk van de handel en men wilde dan ook de handelsbelangen niet in gevaar brengen door een onverdraagzame en fundamentalistische bejegening van anders denkkenden. Ten tweede kende ook de godsdienstvrijheid zijn beperkingen, zij gold niet overal en niet voor iedereen. Tenslotte kan er op worden gewezen op het beperkte karakter van de zeventiende en achttiende eeuwse tolerantie. Tolerantie betrof voornamelijk het beleid van godsdienst en gold zeker niet voor de vele gedragingen waar de hedendaagse tolerantie betrekking op heeft. Ten onrechte wordt het meeromvattende hedendaagse tolerantiebegrif van toepassing verklaard op het verleden. Er kan dan ook niet zonder meer gesteld worden dat gedogen voortkomt uit de tolerantie en godsdienstvrijheid ten tijde van de Republiek.

De concrete voorbeelden van het gedogen van bepaalde strafbare feiten gedragingen laten zien dat gedogen ten tijde van de republiek wel voorkwam. De gegeven voorbeelden laten zien dat er ook toen voornamelijk praktische redenen waren om te gedogen. Er werd gedoogd om erger kwaad te voorkomen, vervolging werd niet opportuun geacht of de opvattingen over de strafwaardigheid van het gedrag waren veranderd. Het is echter op basis van deze voorbeelden niet mogelijk te zeggen in welke gebieden, op welke terreinen en in welke omvang gedogen in Nederland voorkwam.

Hetzelfde geldt voor Nederland na 1813. De aard van dit onderzoek maakte het niet mogelijk aard en omvang van gedogen te kunnen bestuderen. Wel was het mogelijke aan de hand van de literatuur enige opmerkingen te maken over het vervolgingsbeleid en toepassing van het opportuniteitsbeginsel na 1813. De beschrijving van de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel vanaf 1813 is relevant voor een goed begrip van het verschijnsel gedogen. De interpretatie van dit beginsel bepaalt de ruimte om af te zien van vervolging van strafbare feiten. Vervolgingsrichtlijnen uit de negentiende eeuw laten zien dat toen al in bepaalde gevallen nadrukkelijk van ver-

volging diende te worden afgezien. Het bestaan van beleid waarin vervolging niet alleen wettelijk toegestaan en maatschappelijk gewenst moet zijn, maar ook nog eens prioriteit moet hebben, brengt met zich mee dat veel niet vervolgd wordt. Omdat bewust voor de prioriteitsstelling wordt gekozen, wordt ook min of meer bewust gekozen alles wat daarbuiten valt te gedogen. Men kan dus stellen dat de ontwikkeling van een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel aan het begin van de vorige eeuw tot het positieve opportuniteitsbeginsel in de tweede helft van deze eeuw de ruimte voor het bewust gedogen (binnen het strafrecht) heeft vergroot. Dat wil uiteraard niet zeggen dat naleving van rechtsnormen onder een negatief opportuniteitsregiem beter hoeft te zijn.

Gedogen in het buitenland

§ 1 Inleiding

In de kabinetsnota *Grenzen aan gedogen* wordt duidelijkheid geschapen over het voorkomen en de toelaatbaarheid van gedogen door overheidsorganen in Nederland. Het ministerie van justitie achtte het in dat kader van belang te weten of gedogen een typisch Nederlands verschijnsel is, of dat het in het buitenland ook voorkomt. Kennis over handhavingsbeleid en opvattingen over het afzien van handhaving van wettelijke regels in het buitenland plaatst het Nederlandse beleid in een internationale context. Bovendien kan het helpen het Nederlandse beleid inzake gedogen aan het buitenland uit te leggen.

Over verschillen tussen gedogen in Nederland en het buitenland zijn verschillende opvattingen te belezen en te beluisteren, maar er is nooit empirisch onderzoek naar verricht. Zo heeft de minister van Justitie tijdens het congres *Crisis in de gedoogcultuur?* in oktober 1995 geopperd dat er een verschil is in de Noord-Europese en Zuid-Europese manier van denken ten aanzien van regelgeving. Wanneer de norm niet in alle gevallen rechtvaardig of praktisch uitvoerbaar is, is men in Noord-Europa volgens de minister bereid de norm te veranderen of nader te nuanceren. De Zuid-Europese benadering laat de norm, hoe onrechtvaardig of onpraktisch ook, bij voorkeur intact, terwijl overtredingen ervan regelmatig door de vingers worden gezien, evenwel zonder daarover te praten. Sorgdrager: "Hypocrisie" zou je dat kunnen noemen.⁶⁹ Hoewel er dus overall regelovertredingen door de vingers worden gezien, gebeurt dat in Nederlands 'openlijk en actief, waardoor er sprake is van een *beleid* ten aanzien van gedogen. 'Wij zien niet door de vingers, maar hebben de hele hand voor onze ogen weggehaald.'⁷⁰

Ook andere schrijvers wijzen op het unieke karakter van het Nederlandse gedoogbeleid. Blankenburg en Bruinsma stellen dat de Nederlandse benadering van slachtofferloze delicten als euthanasie, alcoholisme, drugsverslaving, prostitutie en pornografie dualistisch is. In de wet wordt de symbolische afwijzing van dergelijk gedrag gehandhaafd, maar 'the law in action formulates a *beleid* of non-enforcement.'⁷¹ Zwanenburg spreekt van het particularistische en unieke karakter van het Nederlandse drugsbeleid. Typerend van de Nederlandse benadering van recht is volgens hem dat er eerst door de wetgever een norm wordt gesteld en vervolgens lagere

69 Sorgdrager, 1995, p. 9.

70 Sorgdrager, 1995, p. 9.

71 Blankenburg en Bruinsma, 1994, p. 64.

overheden vaststellen dat tegen overtreding van deze norm niet wordt opgetreden. 'Als je dit aan een buitenlander probeert duidelijk te maken, blijkt uit het onbegrip hiervoor hoe uniek nederlands deze gedoogpraktijk is.'⁷² Volgens Zwanenburg is Nederland waar het controversiële beleidsvormen betreft een eiland en is het Nederlandse drugsbeleid een 'lokaal fenomeen dat beperkte export toelaat'. Hij stelt dat met Nederland vergelijkbare gedoogpraktijken alleen dáár te verwachten zijn waar de samenleving met de Nederlandse te vergelijken is. Als voorbeeld noemt hij het gesegmentariseerde Zwitserland waar nu ook gedogen, partiële decriminalisering en verstrekking van alternatieve drogerende stoffen plaats vindt.⁷³

De doelstelling van dit korte onderzoek is het vinden van empirische gegevens over het voorkomen van gedogen in het buitenland. Daarnaast zal worden onderzocht of er met betrekking tot gedogen in het buitenland ook beleid is gevormd. 'Het buitenland' is echter een te ruime aanduiding, die nadere invulling behoeft. Verschillende, en op zich heel interessante, gezichtspunten zijn daarbij mogelijk: een vergelijking tussen Noord- en Zuid-Europa, een vergelijking tussen westerse en niet westerse landen, een transatlantische vergelijking, bestudering van de buurlanden of een vergelijking tussen verschillende EU-lidstaten. In overleg met de projectgroep Gedoogbeleid van het ministerie van Justitie is ervoor gekozen de landen Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk bij dit onderzoek te betrekken. Deze landen zijn naast buurlanden (behalve Frankrijk) en belangrijke EU-lidstaten, landen waarvan de politieke relatie met Nederland in het kader van het onderwerp van dit onderzoek relevant is.

Van deze landen is getracht een rechtsvergelijkende studie te maken, waarbij enerzijds is gekeken naar de handhavingspraktijk en anderzijds naar het officiële beleid inzake rechtshandhaving. Daarbij is geprobeerd met een niet al te Nederlandse bril naar *gedogen* en *beleid* te kijken. Deze verschijnselen hoeven in het buitenland immers niet op dezelfde wijze als in Nederland te zijn geconceptualiseerd.⁷⁴ Gekeken is naar met gedogen vergelijkbare verschijnselen. Vooraf is geen uitsluitende keuze gemaakt voor een of meerdere beleidsterreinen waartoe het onderzoek zich zou beperken. Afhankelijk van waar gedogen in genoemde landen voorkomt, zou een keuze worden gemaakt voor een of meer beleidsterreinen. Het was echter niet mogelijk in de gegeven onderzoekstijd om in alle drie gekozen landen op alle beleidsterreinen na te gaan of gedogen voorkomt. Daarbij bleek het al snel dat de meeste informatie over handhaving en (eventueel) gedogen betrekking had op dezelfde beleidsterreinen als die waar in Nederland de discussie rond gedogen zich op toespitst. Om die reden richt het onderzoek zich voornamelijk op enerzijds regelgeving en beleid

72 Zwanenburg, 1995, p. 2627.

73 Zwanenburg, 1995, p. 2628.

74 Blankenburg en Bruinsma merken terecht op: 'It may be hard to translate the concept of *beleid*, it is even harder to translate its extending and at the same time contradictory version *gedoogbeleid*.' (Blankenburg en Bruinsma, 1994, p. 73).

inzake drugs en anderzijds de handhaving van ordeningswetgeving. Ten aanzien van de handhaving van ordeningswetgeving wordt met name aandacht besteed aan het milieurecht.

Bij de bestudering van de genoemde beleidsterreinen in de drie landen keren een aantal aspecten telkens terug. Ten aanzien van de strafrechtelijke handhaving wordt nagegaan welk vervolgingsbeginsel het land kent en hoe dit beginsel wordt geïnterpreteerd. In Europa hanteren tien landen het opportuniteitsbeginsel, waaronder naast Nederland ook Frankrijk. 21 landen, waaronder Duitsland, hanteren legaliteitsbeginsel.⁷⁵ Uit onderzoek van Tak blijkt echter dat in de praktijk de verschillen tussen beide systemen minder groot zijn dan men vanuit de theoretische uitgangspunten zou denken. Met name in landen die het legaliteitsbeginsel hanteren zijn in de loop van tijd veel uitzonderingen op de vervolgingsplicht gecreëerd.⁷⁶ Wat Nederland onderscheidt van andere landen is de combinatie van een vervolgingsmonopolie met een positief geïnterpreteerd opportuniteitsbeginsel.⁷⁷ Zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet is het gehanteerde vervolgingsbeginsel en de uitleg daarvan, bepalend voor de mogelijkheden af te zien van strafrechtelijke vervolging en dus relevant voor het voorkomen van gedogen. In het verlengde hiervan wordt ook aandacht besteed aan vervolgingsrichtlijnen en het gebruik van sepot.

Ten aanzien ordeningswetgeving in Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk wordt gekeken naar de wijze waarop de deze wetgeving wordt gehandhaafd en de eventuele rol van gedogen. Daarbij zijn met name van belang de handhavingssijl die handhavende instantie in de praktijk hanteren en de discretionaire bevoegdheid die een handhavend ambtenaar heeft om al dan niet tot handhaving over te gaan.

Alvorens in de volgende hoofdstukken tot de bespreking van gedogen in Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk over te gaan, zal ik in dit hoofdstuk nog enkele opmerkingen maken die ten aanzien van gedogen in het buitenland van belang zijn. Ten eerste zal ik kort stilstaan bij de verschillende 'bestuursculturen' in Europa. Daar een uitgebreid onderzoek naar bestuursculturen in de gegeven onderzoekstijd niet mogelijk was, baseer ik het geschrevene vooral op het werk van Van Vugt en Boet.⁷⁸ Ten tweede worden enkele opmerkingen gemaakt over gedogen in de Verenigde Staten. Hoewel de Verenigde Staten niet tot de drie te onderzoeken landen behoort, vond ik er toch het een ander over in de literatuur en biedt de weergave hiervan een aardige vergelijking met de in dit onderzoek centraal staande Europese landen.

75 Tak, 1986, p. 33. Onder deze 21 bevinden zich ook verschillende Oost-Europese landen die ten tijde van het onderzoek van Tak nog tot het Oostblok behoorden. Het is mij niet bekend in hoeverre deze landen heden ten dage nog steeds het legaliteitsbeginsel kennen. Daarnaast werd ook in het voormalig Yoegoslavië het legaliteitsbeginsel gebruikt. Of dit nu ook geldt voor de nieuwe landen is mij niet bekend.

76 Tak, 1986.

77 Van Ruller en Faber, 1995, p. 58.

78 Van Vugt en Boet, 1994.

§ 2 Bestuursculturen in Europa

Het kijken of gedogen ook in het buitenland voorkomt is gedogen in een culturele context plaatsen. Daarbij gaat het in het bijzonder om de publieke bestuurscultuur van een land. Het verschijnsel bestuurscultuur is relevant voor dit onderzoek, omdat het iets zegt over de opvattingen en de houding ten aanzien van regelgeving en de handhaving daarvan binnen verschillende landen. Het helpt ons hypothesen te formuleren in welke landen gedogen voor zal komen. Analoog aan Hofstede onderscheiden Van Vugt en Boet drie dimensies van cultuur: machtsafstand, collectivisme en onzekerheidsvermijding. Naar aanleiding van deze dimensies maken Van Vugt en Boet een indeling van de verschillende Europese landen wat betreft bestuurscultuur.⁷⁹ In het kader van dit onderzoek naar gedogen zijn vooral de dimensies machtsafstand en onzekerheidsvermijding relevant.

Onder machtsafstand verstaat Hofstede de mate waarin de minder machtige leden van instituties of organisaties in een land verwachten en accepteren dat de macht ongelijk verdeeld is. Nederland, Duitsland en Groot-Brittannië zijn volgens Van Vugt en Boet landen met een kleine machtsafstand. In deze landen is er niet zo'n sterke hiërarchische relatie tussen ondergeschikten en superieuren. Er bestaat een voorkeur voor overleg en informeel contact. Voorbeelden van landen met een grotere machtsafstand binnen het bestuur zijn België en Frankrijk. In een dergelijke cultuur bestaan sterke hiërarchische verhoudingen, gaat macht voor recht en benadrukken de heersende ideologieën de machtsstrijd. Volgens Hofstede kennen Romaanse landen een duidelijk grotere machtsafstand dan Germaanse. Romaanse landen maakten deel uit van het Romijnse Rijk dat centraal vanuit een machtscentrum werd geregeerd, terwijl in de Germaanse landen vooral stamverbanden heersten. Van Vugt en Boet wijzen ook op de rol van de Rooms-Katholieke kerk in Romaanse landen, die een beduidend grotere interne machtsafstand kent dan de meeste protestant-christelijke kerken.⁸⁰

De dimensie onzekerheidsvermijding wijst op de mate waarin leden van een cultuur zich bedreigd voelen door onzekere of onbekende situaties. Deze onzekerheid leidt tot een behoefte aan voorspelbaarheid door formele en informele regels. Volgens Hofstede leidt onzekerheidsvermijding niet zozeer tot het beperken van risico's, maar tot het reduceren van onduidelijkheid. Voor wat betreft de dimensie onzekerheidsvermijding scoren in Europa Griekenland en Portugal extreem hoog, maar ook België, Frankrijk, Spanje en Italië scoren hoog.⁸¹ Opvallend is dat dit vooral de Romaanse landen betreft. In landen met een sterke onzekerheidsvermijding is een sterke behoefte aan wetten en regels. Deze regelgeving heeft een sterke symbolische

79 Hofstede, 1991; Van Vugt en Boet, 1994.

80 Van Vugt en Boet, 1994, p. 39.

81 Van Vugt en Boet, 1994, p. 40.

functie, het doet er minder toe dat ze soms ineffectief of contraproductief zijn. Van Vugt en Boet verbinden hieraan de consequentie dat het niet naleven van wetten dan ook oogluikend toe zal worden gelaten en het omzeilen van regelgeving als normaal beschouwd zal worden. Niet-naleving van regelgeving in landen met een grote onzekerheidsvermijding zal dus vaak voorkomen. Mijns inziens zal dit echter niet snel erkend worden. Gedogen als het bewust niet optreden tegen regelovertreding staat haaks op de grote behoefte aan onzekerheidsvermijding. Gedogen vermindert immers de duidelijkheid en voorspelbaarheid van regelgeving.

Volgens Van Vugt en Boet scoren landen als Duitsland, Nederland, Groot-Brittannië, Ierland en Denemarken (Germaanse landen!) duidelijk lager voor wat betreft onzekerheidsvermijding. In deze landen gaat men ontspannender om met afwijkende gewoonten en denkkaders en zijn de opvattingen hierover ruimer. Men heeft in deze landen zelfs eerder een emotionele afkeer van formele regels, ze worden slechts gehanteerd voorzover nodig. In een dergelijke cultuur worden regels ook eerder gewijzigd wanneer duidelijk is dat mensen zich er niet aan houden. Van Vugt en Boet stellen dat regels in deze landen echter wel beter worden nageleefd. Hoewel niet-naleving van regelgeving dus minder grootschalige vormen zal aannemen als in landen met een hoge onzekerheidsvermijding, zal dit wel opener en bewuster gebeuren. Gedogen als het bewust afzien van optreden door het bestuur zal in deze landen dan ook eerder voorkomen.

Na de algemene vergelijking van de dimensies van bestuursculturen in diverse Europese landen, gaan Van Vugt en Boet dieper op de bestuursculturen van buurlanden België en Duitsland. De Nederlandse cultuur karakteriseren Van Vugt en Boet als zeer individualistisch, met een relatief lage onzekerheidsvermijding en een geringe machtsafstand. Duitsland is met een iets hogere onzekerheidsvermijding vergelijkbaar, maar vooral België wijkt af met een veel hogere machtsafstand en een veel grotere onzekerheidsvermijding. In België is er ook een grote kloof tussen politici en ambtenaren. De onderlinge laatdunkendheid tussen deze twee groepen is in België veel groter dan in Duitsland. Net als Nederland kent België het opportuniteitsbeginsel, waardoor de Procureur der Konings eindverantwoordelijk is voor de beslissing al dan niet strafrechtelijk te vervolgen. Volgens Van Vugt en Boet wordt van deze mogelijkheid om zaken *zonder gevolg te classeren*, op grond van persoonlijke contacten met betrokkenen, regelmatig gebruik gemaakt. Eén van de door hen geïnterviewden stelde zelfs: 'Elke verkiezingscampagne is het toekomstig toedekken van misdaden.'⁸²

De Duitse samenleving is van oudsher bijzonder *staatsgericht* geweest. Daarbij heeft het land een legalistische inslag; er wordt sterk aan wet- en regelgeving gehecht. De ambtelijke bureaucratie wordt volgens Van Vugt en Boet gekenmerkt door formalisme, legalistische taakuitoefening en hiërarchische verhoudingen. 'De com-

binatie van een kleinere machtsafstand en toch een vrij behoorlijke onzekerheidsvermijding in Duitsland verklaart de nadruk op regelhandhaving zonder aanzien des persoons.⁸³ In Duitsland wordt meer aangifte gedaan van strafbare feiten dan in Nederland en België. Daarnaast geldt er een strenge ambtelijke beroepscode ten aanzien van de vervulling van het ambt en staan er (strafrechtelijke) sancties op overtreding van zogenaamde *Berufsverbote* en nalatig in het werk, bijvoorbeeld in de controle op de naleving van wettelijke voorschriften. Dit alles roept de verwachting op dat gedogen in Duitsland minder snel zal voorkomen. Of dit werkelijk zo is, zal hieronder blijken.

§ 3 Handhaving en gedogen in de Verenigde Staten

In het literatuuronderzoek naar het voorkomen van gedogen in het Verenigd Koninkrijk, kwam ik diverse malen ook informatie tegen over handhaving en gedogen in de Verenigde Staten. Over handhaving van regelgeving in de Verenigde Staten is heel veel geschreven. Zonder een uitputtende analyse te willen geven van handhaving en gedogen in de Verenigde Staten, maak ik hieronder toch enkele opmerkingen over hetgeen ik gevonden heb.

Over het algemeen is de Amerikaanse stijl van handhaving van rechtsregels zeer strikt en formalistisch. Handhaving heeft een voornamelijk repressief karakter. Er worden strenge normen gesteld en op overtreding staan hoge straffen. Bekend voorbeeld hiervan is de *War on drugs*, maar bijvoorbeeld ook op het terrein van milieurecht en arbeidsveiligheidsrecht wordt strikt gehandhaafd. Deze striktheid geldt echter vooral op niveau van normstelling en vaststelling van handhavingsbeleid. In de praktijk wordt de soep echter niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend.⁸⁴

Ten eerste is er sprake van het zogeheten *enforcement gap*. Strikte handhaving door strenge controles en hoge boetes komt wel voor, maar lang niet altijd en overal. Daarvoor ontbreekt het aan de mensen en de middelen. Met name in de jaren tachtig is er fors bezuinigd op het budget van de *Environmental Protection Agency* (EPA) en de *Occupational Safety and Health Agency* (OSHA). Zo ging de EPA ertoe over administratieve beschikkingen uit te vaardigen waarin bedrijven extra tijd werd gegund om tot naleving te komen of waarin het werd toegestaan 'to cut a few corners by installing controls of marginal effectiveness.'⁸⁵ Deze beschikkingen betekenden in de praktijk 'a variance mechanism excusing widespread non-compliance.'⁸⁶

Ten tweede heeft veel regelgeving in de Verenigde Staten een met name symbolische betekenis en is door te ambitieuze doelstellingen niet goed handhaafbaar. Zo be-

83 Van Vugt en Boet, 1994, p. 57.

84 Zie hierover onder andere Vogel, 1986; Bardach en Kagan, 1984 en Kelman, 1981.

85 Vogel, 1986, p. 168.

86 Vogel, 1986, p. 168.

paalde de *Clean Water Act* van 1972 dat al het oppervlaktewater van de Verenigde Staten in 1985 'swimmable and fishable' moest zijn. Handhaving van de *Clean Air Act* zou betekenen dat vele bedrijven stilgelegd moesten worden. Handhaving van de *Toxic Substance Control Act* van 1976 zou betekenen dat de EPA het gebruik van tienduizenden mogelijke milieuschadelijke stoffen zou moeten controleren. Strikte handhaving van deze bepalingen zou buitensporig grote inspanningen van handhavende instanties verlangen. Ook de maatschappelijke kosten van volledige handhaving zijn bij dergelijke doelstellingen te hoog. 'There are limits to the amount of economic disruption the citizens of any democratic nation will tolerate: the law ends precisely when the costs of compliance become excessive.'⁸⁷ In de praktijk wordt daarom veelal niet gehandhaafd.

Hoewel er in de Verenigde Staten dus officieel strikt wordt gehandhaafd, wordt de handhavingspraktijk veelal gekenmerkt door onderhandelingen, compromissen en gedogen. In Amerikaanse rechtssociologische literatuur staat wat wij verstaan onder gedogen, het bewust afzien van handhaving door de overheid, bekend als *forbearance*. Forbearance houdt volgens Bardach en Kagan in: '(1) overlooking violations that pose no serious risk under the circumstances; (2) not enforcing regulatory requirements that would be especially costly or disruptive in relation to the additional degree of protection they would provide; (3) granting reasonable time to come into compliance and accepting measures that would provide substantial if not literal compliance; and (4) making allowance for good faith efforts on the part of the regulated enterprise.'⁸⁸ Sommige Amerikaanse handhavingsinstanties hebben vormen van gedogen zelfs vastgelegd in hun beleid. Zo hanteert het ministerie van landbouw bijvoorbeeld ten aanzien van kleine vleesverwerkende bedrijven een richtlijn als een 'step-by-step guide to achieving a sufficient degree of compliance to satisfy the department, even though they would not be achieving the strict letter-of-the-law compliance required of larger firms.'⁸⁹ Ook de *Food and Drug Division of the California Department of Health* hanteert een soepele aanpak. De inspecteurs van deze instantie onderhandelen met overtreders over de termijn en voorwaarden waaronder overtredingen ongedaan moeten worden gemaakt en zijn bereid rekening te houden met externe omstandigheden wanneer de gevaren beperkt zijn en de overtreder in goed vertrouwen handelt. Ook de OSHA, een instantie die wettelijk gehouden is strikt te handhaven, hanteert lange termijnen om tot regelnaleving te komen, met name wanneer de kosten van regelnaleving hoog zijn.⁹⁰

Naast de roep om repressieve handhaving, is er in het Amerikaanse bestuursrecht de laatste jaren steeds meer nadruk gekomen op zelfregulering. Voor de beslissing om

87 Vogel, 1986, p. 166.

88 Bardach en Kagan, 1982, p. 134.

89 Bardach en Kagan, 1982, p. 137.

90 Bardach en Kagan, 1982, p. 137.

milieurechtelijke overtredingen te vervolgen, heeft het ministerie van Justitie van de Verenigde Staten in 1991 een richtlijn opgesteld. De richtlijn beoogt 'to describe the factors that the Departement of Justice considers in deciding whether to bring a criminal prosecution for a violation of an environmental statute, so that such prosecutions for a violation do not create a disincentive to or undermine the goal of encouraging critical self-auditing, self-policing, and voluntary disclosure.'⁹¹ De richtlijn geeft de openbare aanklager een kader voor de beslissing om een bepaalde overtreding al of niet te vervolgen. Factoren die daarbij meegewogen worden zijn de vrijwillige verstrekking van informatie, de medewerking bij controles, het treffen van preventieve maatregelen en 'compliance programs' door de overtreder. Wanneer een overtreder aan al deze criteria voldoet, kan er afgezien worden van strafrechtelijke vervolging en wordt een overtreding dus gedoogd. 'The greater the showing of good faith, the more likely it will be met with leniency. Conversely, the less good faith shown, the less likely that prosecutorial discretion will tend toward leniency.'⁹²

91 U.S. Departement of Justice, 1991, p. 1.

92 U.S. Departement of Justice, 1991, p. 14.

Gedogen in Duitsland

§ 1 Inleiding

Duitsland is een bondsrepubliek en kent thans 16 deelstaten. Deze *Länder* bezitten ten aanzien van het maken van regelgeving en de uitvoering daarvan een grote mate van autonomie. De deelstaten hebben alle wetgevende bevoegdheden, voorzover deze niet uitdrukkelijke aan de bond toegekend zijn. Op bestuurlijk gebied zijn de deelstaten grote bevoegdheden verzekerd, daar berust in beginsel de uitvoerende macht. Op sommige terreinen zijn echter zowel bond als land bevoegd.

In dit hoofdstuk zal worden besproken welke rol gedogen speelt bij de rechtshandhaving in Duitsland. In § 2 zal allereerst worden ingegaan op de rol van gedogen in het strafrecht. Daarbij zal met name het vervolgingsbeleid ten aanzien van drugs in de bondsrepubliek als geheel en in verschillende deelstaten aan de orde komen. In § 3 wordt ingegaan op gedogen in het Duitse bestuursrecht. Daarbij zal duidelijk worden dat bestuurlijk gedogen geen onbekend fenomeen is bij onze oosterburen. Naast de betekenis van gedogen in het Duitse bestuursrecht en de verschillende verschijningsvormen, wordt met name ingegaan op gedogen in het Duitse milieurecht.

§ 2 Gedogen in het strafrecht

§ 2.1 *Legaliteit en vervolging*

In het Duitse strafrecht wordt de vervolging van strafbare feiten beheerst door het legaliteitsbeginsel. De Duitse officier (*Staatsanwalt*) is verplicht alle hem ter kennis gekomen strafbare feiten te vervolgen. Het legaliteitsbeginsel is al in 1877 vastgelegd in art. 152 van het wetboek van *Stafprozeßordnung* (StPO). Art. 152 StPO luidt:

- I Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwalt berufen.
- II Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.'

Hoewel het legaliteitsbeginsel in het Duitse strafrecht nog steeds centraal staat, zijn er in de loop der jaren diverse wettelijke uitzonderingen op gemaakt. Voorbeelden daarvan zijn de artikelen 153, 153a, 154c en 154d StPO. In het kader van dit onderzoek is art. 153 StPO het belangrijkste. Art. 153 StPO bepaalt dat:

'Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts

von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichts bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind.' De officier van justitie kan derhalve zonder voorafgaande toestemming van de rechter afzien van vervolging van een strafbaar feit, wanneer hij van oordeel is dat het om een zeer gering feit gaat. Zoals hieronder zal blijken kan ook het bezit van een geringe hoeveelheid verdovende middelen voor eigen gebruik een dergelijk gering feit zijn.

De uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel hebben in de rechtspraak zo'n ruime toepassing gekregen, dat men kan stellen dat het legaliteitsbeginsel enigszins is geërodeerd.⁹³ Er is in Duitsland eigenlijk een gemengd systeem ontstaan, waarbij het legaliteitsbeginsel alleen geldt voor zware delicten en het opportuniteitsbeginsel geldt voor de lichtere delicten.⁹⁴ Behalve de wettelijke uitzondering op het legaliteitsbeginsel, hebben een aantal andere ontwikkelingen hiertoe bijgedragen.

Het *Bundesjustizministerium* kan richtlijnen uitvaardigen ten aanzien van de vervolging van strafbare feiten door de Staatsanwaltschaften van de deelstaten. Van deze mogelijkheid wordt echter weinig gebruik gemaakt. Overigens zijn federale richtlijnen over het algemeen kort en vrij algemeen geformuleerd, waardoor zij ten aanzien van het vervolgingsbeleid een weinig sturende werking hebben. Daarnaast kan het *Staatsanwaltsgeschaft* (openbaar ministerie) van een deelstaat zijn eigen vervolgingsrichtlijnen opstellen. Deze richtlijnen wijken in de praktijk nogal eens af van de bondsrichtlijnen.

Hoewel er door de toepassing van het legaliteitsprincipe in beginsel in de gehele bondsrepubliek een uniform vervolgingsbeleid is, bestaan er in de praktijk nog al wat verschillen tussen de lidstaten. Volgens Fionda zijn deze verschillen terug te voeren op de verschillende rechtsculturen van de deelstaten. Deze culturen bestaan al van oudsher en worden door de verschillende generaties officieren doorgegeven. Zo hebben sommige gebieden, zoals Frankfurt am Main, een zeer liberale rechtscultuur. Andere gebieden hebben een veel strikter legalistische traditie, zoals bijvoorbeeld Beieren in het conservatievere zuiden van het land.⁹⁵ De cultuur binnen het Staatsanwaltschaft heeft een grote invloed op het vervolgingsbeleid en de toepassing van het legaliteitsbeginsel. Over het algemeen kan gesteld worden dat de noordelijke deelstaten een liberale rechtscultuur en een ruimere toepassing van de uitzonderingen van het legaliteitsbeginsel kennen, terwijl de zuidelijke deelstaten een veel legalistischer inslag hebben en daardoor een strakker vervolgingsbeleid. Deze twee-

93 Fionda, 1995, p. 167.

94 Tak, 1986, p. 27.

95 Fionda, 1995, p. 165.

deling vinden we duidelijk terug bij het in de volgende paragraaf te behandelen drugsbeleid.

Niet alleen de wettelijke uitzonderingen, de invoering van richtlijnen en de vervolgingscultuur van deelstaten hebben geleid tot een erosie van het legaliteitsprincipe, maar ook de eenwording van Duitsland in 1990 heeft hiertoe bijgedragen. In dat jaar zijn alle Oost-Duitse officieren van justitie ontslagen en zijn officieren van justitie uit West-Duitsland uitgeleend aan de Oost-Duitse parketten om daar het werk te doen. Hierdoor is er in het hele land een tekort aan officieren van justitie om de toenemende hoeveelheid zaken af te kunnen doen. Als gevolg daarvan wordt veel gebruik gemaakt van de mogelijkheden om zaken niet te vervolgen.⁹⁶

Hoewel de formulering van art. 152 StPO zich richt op de Staatsanwalt, geldt het legaliteitsbeginsel ook voor de politie. De politie is verplicht alle strafbare feiten aan te brengen bij de Staatsanwalt en heeft wat dat betreft in theorie geen enkele discretie. Ook ten aanzien van de in art. 153 StPO genoemde geringe feiten is de politie verplicht alle informatie door te geven aan de Staatsanwalt. Alleen deze kan immers ingevolge art. 153 StPO beslissen om van vervolging af te zien. De politie heeft in Duitsland dan ook niet de filterende werking die de politie in Nederland (en zoals hieronder zal blijken het Verenigd Koninkrijk) wel heeft. In de praktijk zal de politie echter wel invloed hebben op de vervolging van strafbare feiten. Door aan de vervolging van bepaalde strafbare feiten prioriteit te geven bepaalt zij toch welke strafbare feiten aan de aandacht en dus de vervolging van de Staatsanwalt ontsnappen.

§ 2.2 Gedogend drugsbeleid

De belangrijkste wet met betrekking tot verdovende middelen in Duitsland is de *Betäubungsmittelgesetz* (BtMG). Deze wet stelt strafbaar het produceren, invoeren, uitvoeren, doorvoeren, verwerken, verhandelen en bezitten van verdovende middelen. De wet maakt geen onderscheid tussen soft en hard drugs. In de praktijk kent men in Duitsland wel het onderscheid tussen *weiche* en *harte* drugs.

Oorspronkelijk voert Duitsland een louter repressief beleid ten aanzien van drugs, waarbij op grond van het legaliteitsbeginsel alle overtredingen van de BtMG vervolgd dienen te worden. De sterke toename van het drugsgebruik in de jaren zeventig leidde echter tot een overbelasting van het justitieel apparaat. Ook zijn de maatschappelijke opvattingen over met name het gebruik van soft drugs veranderd, met name in de noordelijke deelstaten. In de jaren tachtig is men gaan zoeken naar alternatieven voor de strafrechtelijke vervolging van met name drugsgebruik.⁹⁷ Daarbij heeft vooral het Nederlandse drugsbeleid als voorbeeld gediend.⁹⁸ In het huidige drugs-

96 Fionda, 1995, p. 168.

97 Meier, 1996, pp. 20-22.

beleid wordt een onderscheid gemaakt tussen de handel in drugs, wat vooral een justitieel probleem is, en het gebruik van drugs, dat vooral een probleem van volksgezondheid is. Centraal in het Duitse beleid ten aanzien van druggebruik staat het principe *Hilfe vor Strafe*.

Hoewel de drugswetgeving door de bondsregering wordt vastgesteld, zijn de deelstaten verantwoordelijk voor de uitvoering hiervan. Vanaf 1989 zijn verschillende Duitse deelstaten, met name in het Noorden van het land, zich op een drugsbeleid naar Nederlands model gaan oriënteren.⁹⁹ Zij gingen daartoe over door invoering van het opportuniteitsbeginsel voor drugsdelicten. Volgens de Duitse grondwet beslissen de deelstaten zelf over sepotrichtlijnen en daarmee over de mate van drugsbestrijding.¹⁰⁰

De mogelijkheid tot het afzien van vervolging van het bezit van kleine hoeveelheden drugs is in 1992 vastgelegd in art. 31a BtMG.¹⁰¹ Doel van deze wettelijke bepaling is de Duitse justitie te ontlasten met de vervolging van kleine criminaliteit, zodat men zich kan concentreren op de bestrijding van de (georganiseerde) drugshandel. Art. 31a BtMG is daarmee een *lex specialis* van art. 153 StPO. Art. 31a BtMG bepaalt: '... so kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre, kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht und der Täter lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge anbaut, herstellt, einführt, ausführt, durchführt, erwirbt, sich sonstiger Weise Verschafft oder besitzt.'

Dus volgens art. 31a Betäubungsmittelgesetz kan de Staatsanwalt van vervolging afzien indien er sprake is van geringe schuld van de dader, het openbaar belang geen strafvervolging vereist en de dader de drugs alleen voor het eigen gebruik in geringe mate produceert, invoert, uitvoert, doorvoert, verwerkt of zich op andere wijze verschafft of bezit. Art. 31a BtMG geldt zowel voor soft drugs als voor hard drugs.

Over de precieze begrenzing van het bestanddeel *geringe Menge* is in de jurisprudentie en de rechtspraak veel discussie gevoerd.¹⁰² Deelstaten hanteren verschillende grenswaarden (zie hieronder). Vaak wordt uitgegaan van drie *consumenteenheden*. Als ondergrens waarbij in elk geval van vervolging wordt afgezien hanteren de mees-

98 Körner, 1994, p. 1018.

99 Ook binnen deelstaten zijn op lokaal niveau initiatieven tot versoepeling van het drugsbeleid genomen. Naar voorbeeld van Amsterdam en Zürich, heeft de stad Frankfurt in de deelstaat Hessen haar drugsbeleid in 1989 sterk gewijzigd. Er is nu een methadonprogramma voor 800 mensen en er zijn crisiscentra en gedoogruimten gekomen. Als gevolg van dit beleid is de aan drugs gerelateerde criminaliteit sterk gedaald en is het aantal drugsdoden met de helft verminderd.

100 Rüter, 1996, p. 86.

101 Als voorbeeld voor deze wettelijke regeling diende de Nederlandse praktijk van het gedogen van het bezit van kleine hoeveelheden drugs voor eigen gebruik, aldus Körner, 1994, p. 1018.

102 Zie de noot van Böllinger bij de uitspraak van het Bundesgerichtshof van 20 december 1995, Strafverteidiger, 1996, pp. 317-321.

te deelstaten het bezit van 6 gram cannabis (hash of marihuana). Daarnaast wordt doorgaans een bovengrens gehanteerd waarbij *kan* worden afgezien van vervolging.¹⁰³ Grenswaarden voor geringe Menge gelden alleen als richtlijn, ook bij overschreiding van deze grenswaarden kan onder omstandigheden van strafvervolging worden afgezien. Ten aanzien van het bestanddeel geringe schuld wordt een onderscheid gemaakt tussen verslaafde en niet-verslaafde daders. Bij een niet verslaafde dader is geringe schuld sprake bij een eerste overtreding, maar kan ook bij herhaalde overtreding worden aangenomen. Bij drugsverslaafden wordt bij bezit van drugs voor eigen gebruik eigenlijk altijd uitgegaan van geringe schuld.¹⁰⁴ Het bestanddeel *kein öffentliche Interesse an der Strafverfolgung* kan doorgaans worden aangenomen. Het openbaar belang vraagt alleen om strafvervolging wanneer door druggebruik 'der Rechtsfrieden über den Lebenskreis der von der Tat Betroffenen hinaus gestört wird und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist.'¹⁰⁵ Hiervan is alleen sprake wanneer drugs worden gebruikt tijdens deelname aan het verkeer, bij de bediening van machines, of in de nabijheid van kinderen of hulpbehoevenden (bijvoorbeeld in klaslokalen, schoolpleinen, sporthallen of -velden en ziekenhuizen).

Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* heeft van het gedogen van kleine hoeveelheden drugs bestemd voor eigen gebruik zelfs een grondwettelijke plicht gemaakt. Dit constitutionele gerechtshof besliste in haar inmiddels legendarische arrest van 9 maart 1994 dat bezit, teelt, invoer, enz. van een bescheiden hoeveelheid cannabis wel strafbaar mag worden gesteld, maar dat op basis van het proportionaliteitsbeginsel 'die Strafverfolgungsorgane von der Vervolgung (dieser) Straftaten grundsätzlich abzu- sehen haben'¹⁰⁶. Terwijl art. 31a BtMG voorheen een *Kannvorschrift* was, is art. 31a BtMG na de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht een *Sollvorschrift*: de Staatsanwalt heeft niet langer een keuze maar moet onder beschreven omstandigheden van vervolging afzien.¹⁰⁷ Het Bundesverfassungsgericht maakte daarmee de wettelijke *mogelijkheid* tot het afzien van strafvervolging, tot een grondrechtelijk *gebot*. Vervolging van kleine hoeveelheden drugs die bedoeld zijn voor eigengebruik is volgens het hof in strijd met het *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* en het *Übermaßverbot*. Verder riep het Bundesverfassungsgericht de deelstaten op om te komen tot

103 Een voorbeeld hiervan is de richtlijn van Saarland, die stelt dat enerzijds 'so sieht die Staatsanwalt von der Vervolgung nach Q 31 a BtMG ab, wenn sich die Tat auf eine Bruttomenge von nicht mehr als 6 Gramm Haschisch oder Marihuana bezieht' en dat anderzijds 'Die Staatsanwaltschaft kann aus anderen den das Ermittlungsverfahren gemäß § 31 a BtMG einstellen, wenn sich die Tat auf den Umgang mit Haschisch oder Marihuana zum ausschließlichen Eigenverbrauch in einer Bruttomenge von nicht mehr als 10 g bezieht', *Richtlinien zur Anwendung des § 31 a Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes und zur Bearbeitung von Ermittlungsverfahren in Strafsachen gegen Betäubungsmittelkonsumenten*, van 7 maart 1995, Gemeinsames Ministerialblatt Saarland, 17 mei .

104 Körner, 1994, p. 1022.

105 Körner, 1994, p. 1022.

106 Bundesverfassungsgericht, 9-03-1994, Neue Juristische Wochenschrift, 1994, p. 1577.

107 Körner, 1994, p. 1018.

een 'bundeseinheitliche Angleichung der staatsanwaltlichen Einstellungspraxis bei Cannabisgelegenheitskonsumenten'.

Ondanks de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht, is van eenheid in beleid tussen de deelstaten geen sprake. *Oberstaatsanwalt* Körner van Frankfurt am Main spreekt van een 'weitgehenden uneinheitlichen Einstellungs- und Sanktionspraxis'.¹⁰⁸ Minister van Justitie Klingner van Sleeswijk-Holstein stelt zelfs: 'Das tatsächliche Bild zeigt eine buntscheckige Landschaft.'¹⁰⁹ Met name tussen Noord- en Zuid-Duitsland bestaan verschillen in de toepassing van art. 31a BtMG. In het zuiden wordt het begrip geringe Menge beperkter geïnterpreteerd en wordt dus minder snel van strafvervolging afgezien dan in het noorden. Vooral ten aanzien van de vervolging van het bezit van hard drugs lopen de meningen sterk uiteen. Volgens het *Protokoll der Sitzung des Strafrechtsausschusses* 'geht ein Teil der Länder hierbei davon aus, daß ein Absehen von der Strafverfolgung nach § 31a BtMG bei harten Drogen grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Ein anderer Teil hält eine Anwendung des § 31a BtMG auch beim Umgang mit harten Drogen in geringen Mengen zum Eigenverbrauch für geboten, wobei unterschiedliche Auffassungen über die Bestimmung der Grenzwerte bestehen.'¹¹⁰ Behalve het beleid verschilt ook de drugsproblematiek tussen landen. Zo is er in de vijf voormalige DDR-deelstaten veel eerder een alcoholproblematiek dan een drugsproblematiek. Drugs zijn in deze deelstaten moeilijker te verkrijgen en worden minder gebruikt. De noodzaak om te komen tot vervolgingsrichtlijnen ten aanzien van drugsdelicten wordt in deze landen dan ook niet zo sterk gevoeld als in het westen.

Inmiddels hebben verschillende Duitse deelstaten richtlijnen inzake de vervolging van drugsdelicten.¹¹¹ Deze richtlijnen schrijven voor bij welke hoeveelheden drugs van vervolging dient te worden afgezien. Centraal staat daarbij de invulling van het bestanddeel 'geringe Menge' uit de delictomschrijving van art. 31a van de *Betäubungsmittelgesetz*. De meeste richtlijnen volgen een tweesporenbeleid: beneden de ondergrens van 6 gr cannabis wordt in elk geval niet vervolgd en daarboven wordt naar de omstandigheden van het geval bij *geringer Schuld* en ontbreken van *öffentliche Interesse* ook bij grotere hoeveelheden van strafvervolging afzien.

Het volgende overzicht is ontleend aan Rüter en betreft hoeveelheden verdovende middelen, waarvan het eigen gebruik niet meer wordt vervolgd.¹¹² Het gaat daarbij

108 Körner, 1994, p. 1017.

109 Klingner, 1994, p. 2978

110 Geciteerd in Klingner, 1994, p. 2978.

111 Deze richtlijnen zijn doorgaans opgesteld door de minister van justitie van de deelstaat (zoals Baden-Württemberg). Soms zijn daar ook de ministers van binnenlandse zaken (Noordrijn-Westfalen) en/of de minister van volksgezondheid (Sleeswijk-Holstein) bij betrokken. De richtlijnen van Hamburg zijn opgesteld door het Staatsanwaltschaft van die deelstaat.

112 Rüter, 1996, p. 86. Zie voor een vergelijkbaar overzicht Klingner, 1994, p. 2978.

niet alleen om bezit, maar ook om andere handelingen, zoals invoer, uitvoer, vervoer, produktie, e.d.

<i>deelstaat</i>	<i>hash</i>	<i>heroïne</i>	<i>cocaïne</i>
Bremen	10 gr	1 gr	2 gr
Hamburg ¹¹³	30 gr	1 gr	1 gr
Hessen	30 gr	1 gr	1 gr
Nedersaksen	15 gr	1 gr	1 gr
Noordrijn-Westfalen ¹¹⁴	10 gr	0,5 gr	0,5 gr
Rijnland-Pfalz	10 gr		
Saarland ¹¹⁵	10 gr		
Sleeswijk-Holstein	30 gr	1 gr	5 gr

De richtlijn van de deelstaat Brandenburg spreekt niet van grammen, maar van drie consumenteenheden. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen soft en hard drugs. In de richtlijn van Baden-Württemberg wordt alleen gesproken van geringe Menge, zonder differentiatie naar grammen of consumenteenheden.¹¹⁶ De richtlijn van Sachsen-Anhalt spreekt van 3 consumenteneenheden, wat volgens de richtlijn in de regel ongeveer 6 gram is. Bij andere soorten drugs hangt het af van de omstandigheden van het geval. Volgens de richtlijnen van Hamburg dient te worden afgezien van vervolging wanneer de verdachte een geringe hoeveelheid drugs in bezit heeft die niet voor handel of andere levering bestemd is. Deze bepaling heeft betrekking op alle soorten drugs. Van een geringe hoeveelheid drugs voor eigen gebruik is volgens de richtlijn sprake bij 1 gram of 5 tot 8 *Briefchen* heroïne, bij 1 gram of 5 tot 8 *Kügelchen* cocaïne, en bij een hoeveelheid hash of marihuana ter grootte van een lucifersdoosje. Ten aanzien van drugsverslaafden wordt al snel geringe schuld aangenomen, ook wanneer men al vaker opgepakt is wegens bezit van drugs. Bij niet-verslaafde druggebruikers wordt van een geringe schuld gesproken bij de eerste en tweede overtreding.

Blijkens een uitspraak van het *Bayerisch Oberstes Landesgericht*, wordt ook in de deelstaat Beieren aangenomen dat sprake is van een geringe Menge, wanneer de hoeveelheid drugs niet meer is dan drie consumenteenheden.¹¹⁷ Het Bayerisch Oberstes Landesgericht legt de grens ten aanzien van hash echter bij 6 gram. Hiermee wijkt Beieren sterk af van de ontwikkelingen in de andere deelstaten. Terwijl de andere

113 *Richtlinien des leitenden Oberstaatsanwalts der Staatsanwaltschaft bei dem Landesgericht Hamburg zum Absehen von der Verfolgung gemäß § 31a BtMG* van 10 november 1992, Strafverteidiger, 1993, p. 279.

114 *Vorläufige Richtlinien zur Anwendung des § 31 a Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes*, van 13 mei 1994, Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen, 15 juni 1994, pp. 133-135.

115 *Richtlinien zur Anwendung des § 31 a Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes und zur Bearbeitung von Ermittlungsverfahren in Strafsachen gegen Betäubungsmittelkonsumenten*, van 7 maart 1995, Gemeinsames Ministerialblatt Saarland, 17 mei 1995, pp. 150-151.

116 Klingner, 1994, p. 2978.

117 BayObLG, 14-2-1995, Strafverteidiger, 1994, pp. 529-533.

deelstaten 6 gram als ondergrens hanteren, gebruikt Beieren deze hoeveelheid als bovengrens. Oberstaatsanwalt Körner van Frankfurt am Main stelt in zijn noot dat de uitspraak in strijd is met de in het arrest van het Bundesverfassungsgericht voorgeschreven Verhältnismäßigkeitsgrundsatz en Übermaßverbot.¹¹⁸

Een belangrijke vraag is natuurlijk of het in de verschillende deelstaten gehanteerde gedoogbeleid tot beleid voor de gehele bondsrepubliek kan worden gemaakt. Sinds de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht is volgens minister van justitie Klingner van Sleeswijk-Holstein de onenigheid over het afzien van vervolging van bezit van geringe hoeveelheden drugs eerder toegenomen dan afgenomen.¹¹⁹ In 1992 pleitte de deelstaat Hessen bij de bondsregering in Bonn om de productie en verkoop van soft drugs in eigen hand te nemen.¹²⁰ In mei 1994 besloot de conferentie van de ministers van justitie van de deelstaten dat zij tot een meer gelijke rechtstoepassing bij *Konsumentendelikten* moesten komen. In mei 1994 voerden ook de ministers president van alle deelstaten een discussie over drugsproblematiek. Ook zij wezen op het belang van meer eenheid in het beleid van de deelstaten en kondigden aan een 'bundeseinheitlichen Regelung' voor te zullen bereiden. In oktober 1994 verklaarden 11 van de 16 Duitse ministers voor volksgezondheid dat zij een *Trennung der Märkte*, een *regelnden Eingriff in den illegalen Cannabismarkt* en daartoe een zorgvuldige analyse van de in de Europese buurlanden opgedane ervaringen wilden. In november 1995 besloten wederom 11 van deze ministers tot een 5 jaar durende proef met cannabisverkoop via apotheken. Daarvoor wordt nu vergunning gevraagd aan het Bundesinstitut für Arzneimittel.¹²¹ Ondanks de uitspraken van de gezamenlijke ministers van justitie, de gezamenlijke ministers president en het Bundesverfassungsgericht, is een algemene richtlijn voor de vervolging van drugsdelicten voor de gehele bondsrepubliek noch niet in zicht. 'Der Beschluß des BVerfG konnte bis heute wegen eines heftigen, kontroversen und emotionalen Meinungsstreites nicht bundesweit umgesetzt werden.'¹²² Een in 1994 door de bondsregering uitgegeven publikatie over het drugsbeleid stelt hooguit: 'Das Betäubungsmittelgesetz bietet viele Möglichkeiten ... Für Fälle des Umgangs mit geringen Mengen zum Eigenverbrauch wurde ein vereinfachtes Einstellungsverfahren eingeführt.'¹²³

Als antwoord op mijn vraag of er binnenkort een bondsrichtlijn te verwachten valt, antwoordde het *Bundesministerium der Justiz* mij schriftelijk: 'Ein "Ministererlaß" des Bundesjustizministeriums oder ähnliche Weisungen, mit denen inhaltlich Einfluß auf die Arbeit der Staatsanwaltschaften genommen würde, ist aus den genannten Gründen weder geplant noch rechtlich möglich. Denkbar wäre allenfalls eine

118 Strafverteidiger, 1995, p. 531.

119 Klingner, 1994, p. 2977.

120 Bosman en Van Es, 1993, p. 52.

121 Rüter, 1996, p. 86.

122 Körner in zijn noot bij BayObLG, 14-2-1995, Strafverteidiger, 1994, p. 532.

123 Bundesregierung, 1994, p. 6.

weitere Konkretisierung der Einstellungsvoraussetzungen in § 31a BtMG durch den Bundesgesetzgeber; ein solches Vorhaben wird derzeit aber von der Bundesregierung nicht vorbereitet.'

§ 3 Gedogen in het bestuursrecht

§ 3.1 Inleiding

Gedogen is ook in het Duitse bestuursrecht geen onbekend fenomeen. In deze paragraaf zal ik eerst enkele opmerkingen maken over de handhaving van twee typen bestuursrechtelijke regelgeving: milieurecht en arbeidsveiligheidsrecht. Vervolgens wordt uitgebreider ingegaan op de rol van gedogen in het Duitse bestuursrecht.

§ 3.2 Handhaving van milieurecht

Net als in Nederland zijn er in Duitsland vanaf de jaren zeventig tal van milieuwetten opgesteld en ingevoerd. In totaal gelden er zo'n 600 wetten en andere algemene regels op milieurechtelijk terrein. Bij deze wildgroei van regelgeving is nauwelijks sprake geweest van eenige coördinatie of structurering. De afwezigheid van enige systematiek heeft ertoe geleid dat de Duitse milieuregelgeving is uitgegroeid tot een juridisch doolhof.¹²⁴ Op dit moment is de bondsregering wel bezig het milieurecht te hervormen door invoering van een met de Nederlandse Wet Milieubeheer vergelijkbare algemene milieuwet.

De Duitse milieuwetgeving is grotendeels vastgesteld op bondsniveau. De deelstaten zijn verantwoordelijk voor de implementatie, uitvoering en handhaving van deze regelgeving. Milieuregelgeving is ondergebracht in drie verschillende rechtsgebieden: bestuursrecht, strafrecht en *Ordnungswidrigkeitenrecht*, het recht van administratieve overtredingen. Deze driedeling heeft gevolgen voor de handhaving van milieurecht. Elk rechtsgebied kent namelijk zijn eigen handhavers. Zo hebben administratieve handhavers verschillende bestuursrechtelijke bevoegdheden tot het doen van onderzoek en het geven van administratieve sancties, maar zij kunnen zelf geen strafrechtelijke bevoegdheden uitoefenen. Daarvoor zijn zij afhankelijk van opsporingsambtenaren die weer geen bestuursrechtelijke bevoegdheden hebben.¹²⁵

Van Vugt en Boet gaan nader in op de handhaving van regelgeving op het gebied van grensoverschrijdende afvalverwerking in Duitsland en meer in het bijzonder de deelstaat Noordrijn-Westfalen.¹²⁶ Het algemene afvalbeleid in deze deelstaat lijkt veel op dat van Nederland. Op alternatieve beleidsinstrumenten als bedrijfsinterne

¹²⁴ Heine, 1992, p. 731.

¹²⁵ Heine, 1992, p. 734-735.

¹²⁶ Van Vugt en Boet, 1994.

milieuzorg, publiek-private samenwerkingsvormen, certificering en zelfregulering lijkt in Noordrijn-Westfalen een nog grotere nadruk te worden gelegd in Nederland. De bondsregering stelt de centrale afvalwetgeving op, die fungeert als kaderwetgeving voor de deelstaten. De landsregeringen zijn bevoegd tot het opstellen van eigen afvalwetgeving, maar heeft verder geen uitvoerende taken ten aanzien van de handhaving en vergunningverlening. Dit is de verantwoordelijkheid van de Bezirke (regio's binnen de deelstaat). Het *Bundeskriminalamt* is belast met de opsporing van strafbare feiten.

Volgens Van Vugt en Boet houdt de Duitse milieuoverheid er een weinig aansprekend handhavingsniveau op na. Vergeleken met Nederland is de opsporingscapaciteit in Duitsland voor grensoverschrijdende milieudelicten zeer beperkt.¹²⁷ Grensoverschrijdende afvalverwerking was tot voor kort geen politiek issue en kon niet op een grote aandacht van de Duitse justitie rekenen. Dit terwijl Duitsland samen met de Verenigde Staten tot de grootste exporteurs van gevaarlijk afval behoort en er de afgelopen jaren verschillende gevallen bekend zijn geworden waarbij gevaarlijk afval afkomstig uit Duitsland in onder andere Nederland, Duitsland en Frankrijk belandde. De vraag is echter of hier sprake is van het gedogen van grensoverschrijdende afvalstromen door de overheid. Volgens Van Vugt en Boet is er weinig politieke wil om de afvalexporten terug te dringen¹²⁸. De handhaving wordt vooral lippendienst bewezen. In een gezamenlijke verklaring werd in 1992 door de milieuministers van de bondsregering opgeroepen tot bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving ter bestrijding van afvalcriminaliteit. In Noordrijn-Westfalen geldt een uitvoerverbod indien in Duitsland nog verwerkingsmogelijkheden bestaan of vaststaat dat in het land van bestemming geen milieuverantwoorde verwerking mogelijk is en/of de autoriteiten in dat land geen toestemming tot verwerking verlenen. Daarmee wijkt het formele beleid inzake grensoverschrijdende afvalverwerking niet af van Nederland. Volgens Van Vugt en Boet is er echter nog een grote kloof tussen formeel beleid en praktijk.

Het door Van Vugt en Boet geschetste beeld van de handhavingspraktijk van grensoverschrijdende afvalcriminaliteit geldt ook voor de opsporing van andere milieudelicten. Sinds de Duitse wetgever in 1980 de belangrijkste strafrechtelijke milieuovertredingen in het Duitse Wetboek van Strafrecht heeft gezet, is het aantal door de politie geregistreerde milieudelicten drastisch gestegen. Het overgrote deel wordt echter niet vervolgd. Een grote meerderheid van zaken die wel vervolgd worden betreffen verontreiniging van oppervlaktewater. Aan andere terreinen van milieuvervuiling wordt echter nauwelijks aandacht besteed. Daarbij betreft het overgrote deel van de wel vervolgte zaken relatief kleine overtredingen die makkelijk te bewijzen zijn. Heine zegt over de strafrechtelijke handhaving van milieurecht in Duits-

127 Van Vugt en Boet, 1994, p. 140.

128 Van Vugt en Boet, 1994, p. 139.

land: 'The actual risk of criminal conviction and the imposition of sanctions is almost completely restricted to cases that can easily be proved, most involving defendants of a relatively low social status. Investigations involving industrial activity are for the most part dismissed without trial.'¹²⁹ Handhaving van milieuvergunningen is in Duitsland vooralsnog een overwegend administratieve aangelegenheid. Sanctienering geschied vooral door oplegging van een administratieve boete, slechts in enkele gevallen vindt stafvervolgging plaats wegens een milieumisdrijf.

§ 3.3 Handhaving van arbeidsveiligheidsregelgeving

Bepalingen op het gebied van arbeidsveiligheid zijn neergelegd in de *Gewerbeordnung* van 1869. Deze algemene wet is nader uitgewerkt in secundaire wetgeving, zoals de *Allgemeine Vorschriften VBG1* van 1977. Naast deze federale wetgeving betreffende arbeidsomstandigheden is er aanvullende regelgeving van de verschillende deelstaten. De verantwoordelijkheid voor uitvoering en handhaving van de regelgeving berust ook bij de deelstaten. De daadwerkelijke handhaving geschiedt door inspecteurs van de *Gewerbbeaufsichtämte*. Bij de 11 oorspronkelijke deelstaten van de bondsrepubliek zijn deze inspecteurs ook belast met handhaving van milieuwetgeving, hetgeen gemiddeld zo'n 50% van hun tijd in beslag neemt. Bij de 5 oude DDR-deelstaten berust de handhaving van milieurecht bij andere instanties, waardoor de *Gewerbbeaufsichtämte* meer tijd hebben voor hun eigenlijke taken.

Onderzoek wijst uit dat de *Gewerbbeaufsichtämte* maar 10 à 15% van hun tijd aan daadwerkelijke handhaving van arbeidsveiligheidsregelgeving kunnen wijden. De handhavende ambtenaren leggen daarbij het accent op grotere bedrijven waarbij onveilige werksituaties waarschijnlijker zijn. Kleinere en/of veiliger bedrijven worden minder snel gecontroleerd. De handhavers van de *Gewerbbeaufsichtämte* hebben de bevoegdheid aanwijzingen te geven, boetes uit te delen en bedrijven stil te leggen. De arbeidsinspecteurs van de *Gewerbbeaufsichtämte* kunnen ook een strafrechtelijke vervolging starten. Van deze bevoegdheid wordt weinig gebruik gemaakt.¹³⁰ In 1991 werden 64 zaken met succes vervolgd. Arbeidsinspecteurs hebben de discretionaire bevoegdheid af te zien van handhaving wanneer naleving voor betrokkenen onevenredig grote inspanningen vereist.¹³¹ Daarbij kunnen zij onder andere gebruik maken van art. 153 StPO en afzien van strafrechtelijke vervolging wegens geringe schuld.¹³²

Er zijn nogal sterke verschillen in de handhaving van arbeidsveiligheidsregelgeving tussen de verschillende deelstaten. Handhavingsstatistieken van het *Bundes-*

129 Heine, 1992, p. 738.

130 Hahn, 1992, pp. 294-300.

131 Matthews, 1993, p. 17.

132 Hahn, 1992, p. 359.

ministerium für Arbeit und Sozialordnung over de jaren 1988 tot en met 1990 laten bijvoorbeeld zien dat Nedersaksen en Noordrijn-Westfalen gemiddeld 20 keer per jaar strafrechtelijk wordt vervolgd, terwijl in Sleeswijk-Holstein en Hamburg geen één keer tot vervolging werd overgegaan. Ook wat betreft het afleggen van controlebezoeken, het geven waarschuwingen en het opleggen van boetes scoort Noordrijn-Westfalen hoog. In Beieren wordt daarentegen nauwelijks vervolgd, maar worden de meeste controlebezoeken afgelegd (4918 in 1990) en worden ook relatief veel waarschuwing en boetes uitgedeeld. In Sleeswijk-Holstein en Saarland daarentegen worden veel minder bedrijfsbezoeken afgelegd (in 1990 respectievelijk 54 en 19) en ook minder waarschuwingen en boetes uitgedeeld. Deze verschillen worden grotendeels verklaard door de grote van de deelstaten, maar ook tussen deelstaten van vergelijkbare grootte (bijvoorbeeld Nedersaksen en Beieren) bestaan verschillen in handhaving. Deze verschillen kunnen volgen Matthews verklaard worden door verschillen tussen de regelgeving van deelstaten, de verschillen in tijd die de verschillende Gewerbeaufsichtämte aan handhaving besteden en verschillen in de handhavingstijl, bijvoorbeeld de mate waarin zij eerst adviseren en onderhandelen alvorens over te gaan op bovenbeschreven formele handhavingsmiddelen.¹³³

§ 3.4 Gedogen als vorm van informeel bestuursrecht

Ook in het Duitse bestuursrecht komt gedogen voor. Het verschijnsel gedogen door de overheid wordt er aangeduid met het begrip *behördlicher Duldung*. Gedogen is in Duitsland een vorm van *informellen Verwaltungshandeln*, informeel bestuursoptreden. Onder informellen Verwaltungshandeln kan worden verstaan 'alle rechtlich nicht geregelten Tathandlungen, die der Staat anstelle von rechtlich nicht geregelten Verfahrenshandlungen oder Rechtsfolgeentscheidungen wählt, die jedoch zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges auch in den von der Rechtsordnung bereitgestellten öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Handlungsformen erfolgen können.'¹³⁴ Het gaat daarbij om 'Kontakte, Absprachen, Vorbestimmungen, "konzertierte" Aktionen und sonstige Arrangements zwischen öffentlicher Verwaltung und Bürger im Vor- oder Umfeld formalisierter Gesetzgebungs- oder Verwaltungsverfahren.'¹³⁵ Dit bestuursoptreden is informeel omdat het geen formeelrechtelijke grondslag heeft. Het zwaartepunt in het gebruik van informeel bestuursoptreden ligt op het terrein van ordeningsregelgeving op sociaal-economisch en technisch gebied. Motieven om van informeel bestuurlijk optreden gebruik te maken zijn gelegen in de nadelen van formeel bestuursoptreden: formeel bestuursoptreden wordt vaak ervaren als te star, omslachtig, tijdrovend, kostbaar en ondoelmatig. Daarnaast kunnen oorzaken te vinden zijn in slecht handhaafbare regelgeving, verstrengeling tussen private en publieke belangen en de mogelijkheid sneller te hande-

133 Matthews, 1993, p. 16.

134 Malitz, 1995, p. 16.

135 Hüting, 1996, p. 15.

len. 'Eine formalisierte Rechtsanwendung wird insoweit als zu schwerfällig, informales Verwaltungshandeln dagegen als sehr viel zweckmäßiger angesehen.'¹³⁶

Wat betreft de toepassing van informeel bestuurlijk optreden kan een onderscheid worden gemaakt in drie vormen¹³⁷. Ten eerste zijn er de *normvertretenden Absprachen*, waarbij tussen bestuur en burger andere afspraken worden gemaakt dan wettelijk voorgeschreven. Ten tweede zijn er de *einseitige informelle Verwaltungshandeln*, waarbij het bestuur eenzijdig bijvoorbeeld een waarschuwing geeft voor de gevolgen van bepaald optreden. Ten derde zijn er de *normvollziehenden Absprachen*, afspraken of toezeggingen over de uitvoering en/of handhaving van bepaalde wettelijke normen.¹³⁸ Gedogen wordt voornamelijk gerekend tot deze laatste categorie, maar komt ook buiten de sfeer van uitvoeringsafspraken voor. Zo wordt er ook tegen illegale bouwwerken buiten de bebouwde kom, snelheidsovertredingen en het kraken van panden vaak bewust niet opgetreden¹³⁹. Gedogen is in Duitsland zo'n wijdverspreid verschijnsel, dat men zich de vraag kan stellen 'ob es im Ergebnis gerechtfertigt ist, bei der Duldung von einem neuen verwaltungsrechtlichen Instrument mit einem eigenständigen Anwendungsbereich zu sprechen.'¹⁴⁰

De redenen voor de overheid om te gedogen zijn grotendeels hetzelfde als de redenen om gebruikt te maken van andere manieren van informeel bestuurlijk optreden. Deze redenen zijn enerzijds van praktische aard, anderzijds liggen zij in de geringere afstand tussen overheid en burger. Als redenen voor de Duitse overheid om te gedogen worden genoemd: onduidelijkheid over de na te leven norm, een materiëel vergunningsconforme maar formeel niet vergunde situatie, reeds begonnen saneringswerkzaamheden, de onredelijkheid van een verbod van een reeds lang bestaande praktijk, of bedrijfsstoringen en ongevallen.

§ 3.5 Bestuurlijk gedogen

Sinds de jaren tachtig bestaat er in Duitsland veel wetenschappelijke aandacht voor bestuurlijk gedogen.¹⁴¹ In de literatuur zijn verschillende definities van gedogen te vinden. Bij wijze van voorbeeld citeer ik hier een drietal recente definities: 'Überwiegend wird die Duldung als eine bestimmte Handlungsform der Verwaltungsbehörde bezeichnet, die gegen ein ihr als rechtswidrig bekanntes Handeln des Bürgers nicht mittels vollziehbarer Untersagungsverfügung einschreitet, obwohl sie dies könnte.'¹⁴²

136 Gentsche, 1990, p. 20.

137 Malitz, 1995, p. 16.

138 In het Duitse strafrecht komen vergelijkbare uitvoeringsafspraken voor in de zogenaamde 'informellen Absprachen', zie Malitz, 1995, p. 22 noot 6.

139 Malitz, 1995, p. 23.

140 Wenner, 1993, p. 42.

141 Randelzhofer en Wilke, 1981; Hallwaß, 1987, Hermes en Wieland, 1988; Gentsche, 1990; Wenner, 1993; Malitz, 1995.

'Eine behördliche Duldung liegt dann vor, wenn sich die Behörde in voller Kenntnis des maßgeblichen Sachverhalts entschließt, gegen einen rechtswidrigen Zustand für eine Übergangszeit nicht einzuschreiten, obwohl ihr das tatsächlich und rechtlich möglich wäre.¹⁴³

'..., daß von einer Duldung im öffentlichen Recht dann gesprochen werden kann, wenn die Behörde in Kenntnis eines rechtswidrigen Zustandes, von dessen Rechtswidrigkeit die Verwaltung zumindest sicher ausgeht, auf die tatsächlich bestehende Möglichkeit des Eingreifens für eine absehbare Zeit verzichtet, weil sie die bei einem Eingreifen entstehenden Folgen aufgrund einer Abwägung als gewichtiger beurteilt und somit durch den Verzicht verhindern will, als die Folgen, die mit der bestehenden Rechtswidrigkeit der Situation verbunden sind.'¹⁴⁴

Gedogen wordt dus in Duitsland gezien als het willens en wetens afzien van handhaving door het bestuur. Malitz onderscheidt bij gedogen een *cognitief* en een *voluntatief* element.¹⁴⁵ Het cognitieve element schuilt in het *wetens*, de kennis omtrent de normovertreding en de ter beschikking staande handhavingsmogelijkheden. Het voluntatieve element schuilt in het *willens*, de beslissing van het bevoegde overheidsorgaan van van deze handhavingsmogelijkheden geen gebruik te maken.

In de Duitse vakliteratuur wordt een onderscheid gemaakt tussen *aktive Duldung* en *passive Duldung*.¹⁴⁶ Van actief gedogen is sprake wanneer het betreffende bestuursorgaan kennis heeft van een overtreding en bewust besluit geen gebruik te maken van de haar ter beschikking staande handhavingsmiddelen.¹⁴⁷ Alleen aan deze vorm van gedogen kunnen rechtsgevolgen worden verbonden. Wanneer de beslissing tot gedogen duidelijk kenbaar is gemaakt, dan geldt de gedoogbeschikking ook daadwerkelijk als beschikking van het bestuur. Zulke *Duldungsverwaltungsakte*¹⁴⁸ hebben net als elk ander bestuursbeschikking rechtskracht. Ook wanneer de welbewuste keuze te gedogen niet aan de overtreder kenbaar is gemaakt, kan sprake zijn van actief gedogen.¹⁴⁹ Het gedogen heeft dan alleen niet zonder meer rechtsgevolgen. Meestal kan het gedogen zich echter niet als *Verwaltungsakt* laten kwalificeren, ook al heeft de betrokkene er kennis van. Gedogen wordt doorgaans beschouwd als *Realakt*, een feitelijke handeling van een bestuursorgaan.¹⁵⁰

142 Malitz, 1995, p. 33.

143 Gentzcke, 1990, p. 24.

144 Hüting, 1996, p. 32.

145 Malitz, 1995, p. 33.

146 Randelzhofer en Wilke, 1981, p. 65; Gentzcke, 1990, p. 76 e.v.; Malitz, 1995, p. 32.

147 Hier wordt ook wel gesproken van 'qualifizierten Duldung', hetgeen overeenkomst vertoont met de in Nederland bekende gekwalificeerde gedoogverklaring.

148 Hermes en Wieland, 1988, p. 29.

149 Hüting hierover: 'Ist sie (het bestuursorgaan, WH) sich bewußt bzw. geht sie sicher davon aus, daß sie von einem Einschreiten gegen einen rechtswidrigen Zustand für einen absehbaren Zeitraum absieht, so duldet sie diesen Zustand, egal ob sie diesen Verzicht irgendwie nach außen kundtut oder einfach stillhält.', Hüting, 1996, p. 31.

Discussie bestaat over de vraag in hoeverre stilzwijgend afzien van handhaving als gedogen kan worden gezien. 'Überhaupt keine Duldung, geschweige denn eine rechtmäßige Duldung, liegt demgegenüber vor, wenn die Verwaltung aus Nachlässigkeit, Unentschlossenheit, Bequemlichkeit oder aus ähnlichen Gründen nicht einschreitet.'¹⁵¹ Algemeen is wel de opvatting dat het passieve gedogen geen consequenties bij een eventuele strafrechtelijke vervolging kan hebben. 'Eine solche passive Duldung, die in dem bloßen Nichthandeln oder Unterlassen der Behörde zu sehen ist, hat nach allgemeiner Ansicht keinerlei Rechtsfolgen zugunsten des Bürgers.'¹⁵²

Onduidelijk is in hoeverre gedogen aan een bepaalde tijdslimiet is gebonden. Verschillende auteurs zijn van mening dat een voortdurende gedoogsituatie niet kan.¹⁵³ Gentzcke stelt nadrukkelijk: 'Die Duldung bezieht sich immer nur auf einen Übergangszeitraum; eine Duldung auf Dauer gibt es nicht.'¹⁵⁴ Malitz is echter van mening dat tijdsduur niets uitmaakt: 'Dar dauerhaftige Nichteinschreiten kann ebenso die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben bezwecken und ist in dieser dienenden Funktion eine Form des Verwaltungshandelns. Somit wird im folgenden auch die Duldung auf Dauer als Fall behördlicher Duldung bezeichnet.'¹⁵⁵

Samenvattend kan worden gesteld dat in de Duitse vakliteratuur van gedogen wordt gesproken wanneer er sprake is van een formele of materiële onrechtmatige situatie, het bestuursorgaan kennis heeft van deze situatie, het bestuursorgaan de bevoegdheid en daadwerkelijke mogelijkheid heeft hiertegen op te treden, het bestuursorgaan bewust afziet van optreden en dat doet voor een beperkte tijdsduur.¹⁵⁶

§ 3.6 *Verschijningsvormen van bestuurlijk gedogen*

Gedogen is een in de Duitse rechtspraktijk veel voorkomend verschijnsel dat op diverse rechtsgebieden betrekking kan hebben.¹⁵⁷ Veel van de in de Duitse literatuur beschreven gedoogproblematiek heeft betrekking op het *Wasserrecht*.¹⁵⁸ Zo heeft de discussie rond gedogen zich lange tijd toegespitst op § 324 van het *Strafgesetzbuch*, waarin verontreiniging van oppervlaktewater strafbaar wordt gesteld. Wanneer dit verbod wordt overtreden wegens saneringsmaatregelen, bedrijfsstoringen of

150 Gentzcke, 1990, p. 80.

151 Gentzcke, 1990, p. 75.

152 Malitz, 1995, p. 28.

153 Randelzhofer en Wilke, 1981, p. 54; Hermes en Wieland, 1988, p. 5; Gentzcke, 1990, p. 23.

154 Gentzcke, 1990, p. 23.

155 Malitz, 1995, p. 34.

156 Hüting, 1996, p. 30.

157 'So enthält § 17 äuslG sogar einen gestezlich gereglten Fall einer Duldung und auch im Umwelt-, Gewerbe-, Polizei- oder Baurecht, etwa in Zusammenhang mit der Errichtung von Schwarzbauten in Außenbereich, sind Duldungen seit jeher verbreitet.' (Gentzcke, 1990, p. 5).

158 o.a. Randelzhofer en Wilke, 1981; Gentzcke, 1990.

ongevallen, kan gedogen rechtmatig worden geacht. Gedogen blijft in Duitsland echter niet beperkt tot het waterrecht. Ook op andere terreinen van het milieurecht wordt gedoogd. Daarnaast is het bouwrecht van oudsher een rechtsgebied waar in Duitsland veel gedoogsituaties voorkomen. Op gedogen in het milieurecht zal hieronder uitvoeriger worden ingegaan.

Behalve in het milieurecht kan gedogen op allerlei gebieden voorkomen. 'Entsprechend der weiten Verbreitung informalen Verwaltungshandelns finden sich Duldungen in nahezu allen Teilgebieten des öffentlichen Rechts.'¹⁵⁹ Gezien de in § 3.3 beschreven handhavingspraktijk op het gebied van arbeidsveiligheidsregeling, zijn ook daar gedoogpraktijken te verwachten. In § 55 *Ausländergesetz* is zelfs een wettelijke gedoogplicht opgenomen. Op grond van dit artikel dient uitgeprocedeerde asielzoekers die echter wegens de omstandigheden van het geval of een wettelijke hindernis niet uitgezet kunnen worden, een gedoogverklaring te worden afgegeven.¹⁶⁰ Andere gevonden voorbeelden betreffen het gedogen van straatmuzikanten, het niet optreden tegen het kraken van woningen, het laten uitoefenen van een beroep zonder vereiste toestemming, het niet optreden tegen strafbare feiten begaan tijdens demonstraties en gedoogsituaties in het wegenverkeersrecht, waarbij niet opgetreden wordt tegen verkeerd parkeren.¹⁶¹

Ook het Duitse bouwrecht kent een lange gedoogtraditie.¹⁶² Hierbij gaat het doorgaans om het gedogen van bouwwerken die zonder of in strijd met een vergunning zijn gebouwd. Zo werden in de omgeving van Stuttgart sinds de zeventiger jaren 50.000 tuinhuisen zonder vergunning gebouwd. Voor 1200 van deze huizen werd uiteindelijk een *Duldungsvereinbarung*, gedoogovereenkomst, afgesloten. In hun toelichting op de Bouwverordening van de deelstaat Nedersaksen stellen Grosse-Suchsdorf c.s. dat een gedoogbeslissing, mits op schrift gesteld en aan betrokkene medegedeeld, in het bouwrecht toelaatbaar is. Verder kan het gedogen van *baurechts-widrige Zustände* een beroep op het vertrouwensbeginsel door betrokkene opleveren. Dit vertrouwensbeginsel staat het alsnog handhaven dan in de weg.¹⁶³ Ook de rechtspraak laat zien dat het gedogen in het bouwrecht toelaatbaar is, zij het onder voorwaarden.¹⁶⁴ Het *Oberverwaltungsgericht* van Berlijn kent aan de gedoogverklaring zelfs bijna dezelfde rechtskracht als aan een vergunning toe.¹⁶⁵ Vanwege het eminente belang van gedogen in het Duitse bouwrecht zijn hierover zelfs ministeriële richtlijnen uitgevaardigd.¹⁶⁶

159 Gentzcke, 1990, p. 63.

160 Hüting, 1996, p. 26-27.

161 Zie Hermes en Wieland, 1988; Gentzcke, 1990; Wenner, 1993.

162 Gentzcke spreekt hier zelfs van 'Das Hauptanwendungsgebiet behördlicher Duldungen', 1990, p. 63. Zie ook Hüting, 1996, p. 27.

163 Grosse-Suchsdorf c.s., 1992, p. 809-810.

164 Hüting, 1996, p. 28.

165 Oberverwaltungsgericht Berlin, 14-05-1982, OVG 2 B 57/79, Die öffentliche Verwaltung, 1983, p. 644-645.

§ 3.7 *Gedogen in het milieurecht*

Het belangrijkste toepassingsgebied van gedogen in Duitsland is het milieurecht. Daarvoor worden twee oorzaken genoemd.¹⁶⁷ Enerzijds wordt het gedogen veroorzaakt door het sterk toegenomen aantal milieuregels en de toenemende complexiteit van deze regelgeving, anderzijds door de spanningen tussen bestuurs- en strafrechtelijke handhaving en de administratieve afhankelijkheid van het strafrecht. Daarnaast wordt erop gewezen dat het bestuur niet alleen met juridische, maar ook met ecologische, economische, technische en sociale belangen te maken heeft. Ook in Duitsland is veel aandacht voor zelfregulering en internalisering als vormen van indirecte regulering. Flexibele toepassing van handhavingsmiddelen is daardoor noodzakelijk. Tenslotte is ook in Duitsland sprake van een 'seit vielen Jahren beklagte Vollzugsdefizit im Umweltrecht'.¹⁶⁸

In de Duitse literatuur worden een aantal vormen van gedogen in het milieurecht onderscheiden.¹⁶⁹ Bij elke vorm zullen enkele voorbeelden uit de Duitse rechtspraktijk worden gegeven.

1 Gedogen zonder een vergunning.

Onder deze categorie valt het gedogen van overtredingen van vergunningplichtige ondernemingen die echter niet over een vergunning beschikken. Het zou kunnen dat de gedraging niet onrechtmatig zou zijn geweest indien de betreffende onderneming wel over een vergunning had beschikt. 'Hierbei handelt es sich um solche Fälle, in denen eine erlaubnispflichtige Gewässerbenutzung (nach WHG) oder der Betrieb einer genehmigungsbedürftigen Anlage (nach BImSchG oder auch AbfG) von der zuständigen Behörde hingenommen wird, ohne daß diese von ihren ordnungsrechtlichen Möglichkeiten Gebrauch macht.'¹⁷⁰

Gentzcke geeft hierbij als voorbeeld een uitspraak van het Bundesverwaltungsgericht uit 1978.¹⁷¹ In deze zaak ging het om een grindwinningsbedrijf dat al dertig jaar lang zonder milieuvergunning werkte. Hoewel het bedrijf tussentijds wel een bouwvergunning voor uitbreiding was verstrekt, liet de overheid het bedrijf milieurechtelijk ongemoeid. Toen het bedrijf uiteindelijk een milieuvergunning aanvraag, werd deze echter door het bestuur op grond van het nieuwe bestemmingsplan geweigerd. Een jaar later verbood het bestuur het bedrijf verdere werkzaamheden te verrichten. Het Bundesverwaltungsgericht hield deze beschikking voor onrechtmatig omdat het bestuur jarenlang niets had ondernomen tegen het bedrijf en over de bezwaarschriften tegen het bestemmingsplan nog niet besloten was.

166 Zo kent de deelstaat Baden-Württemberg de 'Kleinbauten-Erlaß' en de 'Kleinbautenverfahrenserlaß'.

167 Zie onder andere Wenner, 1993, p. 47 en Malitz, 1995, p. 32.

168 Wenner, 1993, p. 50.

169 Zie Wenner, 1993 en Gentzcke, 1990.

170 Wenner, 1993, p. 48.

171 Zeitschrift für Wasserrecht 78, 371; Gentzcke, 1990, p. 14.

Voor de uit opslagtanks, tankauto's en benzinepompen afkomstige lucht geldt krachtens het *Bundesemissionsschutzgesetz* en de *TA-Luft* sinds 1 juli 1988 een grenswaarde voor de emissie van de stof benzol en sinds 1 maart 1991 een grenswaarde voor koolwaterstoffen. Ter uitvoering van deze regelgeving vaardigde de stad Stuttgart een beschikking uit dat bedrijven met grote opslagtanks in de haven van de stad de lucht uit deze tanks moesten reinigen. Nadat een onderneming bezwaar had gemaakt tegen deze beschikking, kwamen bedrijf en stadsbestuur tot een convenant waarin de termijnen waarin het bedrijf aan de eisen diende te voldoen werden verlengd. Dit betekende dat de uitstoot van benzol en koolwaterstoffen na de genoemde data werd gedoogd.¹⁷²

Volgens een op 1 januari 1990 in werking getreden algemene verordening gelden bepaalde grenswaarden voor het gehalte fosfor- en ammoniakstikstoffen in het afvalwater van zuiveringsinstallaties van een bepaalde grote. Het naleven van deze grenswaarden zou voor de beheerders van dergelijke waterzuiveringsinstallaties echter aanzienlijke kosten met zich mee brengen, terwijl de reeds verleende vergunningen geen grenswaarde ten aanzien van deze stoffen bevatten. De waterschappen besloten daarom de niet-naleving van de grenswaarden te gedogen, totdat de oude vergunningen afliepen en nieuwe vergunningen konden worden verleend.¹⁷³

2 *Gedogen van overtredingen gedurende de vergunningverleningsprocedure*

In deze categorie valt het gedogen van overschreiding van in de vergunning neergelegde voorschriften. 'Diese Situationen lassen sich dahingehend charakterisieren, daß der rechtswidrige Zustand, z. B. die ungenehmigte Abwassereinleitung der Gemeinde, für den Zeitraum des laufenden Erlaubnisverfahrens von der Behörde nicht Untersagt wird.'¹⁷⁴

Gentzcke noemt als voorbeeld hiervan een bedrijf dat een vergunning heeft aangevraagd, maar nog voor de uiteindelijke beslissing de hoeveelheden afvalwater loost die waarschijnlijk vergund gaan worden, zonder dat het bestuur er tegen optreedt.¹⁷⁵ Malitz geeft een voorbeeld waarin deze gedoogvorm tot beleid is verheven. In dit geval droeg het bestuur van een *Bezirk* (regio) in Noordrijn-Westfalen de gemeenten in het *Bezirk* op om voor niet-vergunde gemeentelijke afvalwaterlozingen vergunningsaanragen op te stellen. Daarnaast stelde het *Bezirk* de gemeenten voor om tot de vergunningverlening de afvalwaterlozingen te gedogen. Als gevolg van dit voorstel werden 800 vergunningsaanvragen gedaan.¹⁷⁶

Een ander voorbeeld betreft een aannemer die zijn werkzaamheden in de loop der jaren verlegde naar het slopen van motorrijtuigen, zodat hij vergunningplichtig op grond van § 7 AbfG werd. Hij diende daarom een vergunningsaanvraag bij het

172 Malitz, 1995, p. 40.

173 Malitz, 1995, p. 41.

174 Wenner, 1993, p. 48.

175 Gentzcke, 1990, p. 14.

176 Malitz, 1995, p. 42.

bevoegd gezag in. Ondertussen zette hij zijn autosloperij voort. Het bevoegd gezag besloot niet tegen de activiteiten van het bedrijf op te treden, omdat verwijdering en verwerking van autowrakken het algemeen belang dient.¹⁷⁷

3 *Gedogen bij noodzakelijke aanpassings- of saneringsmaatregelen.*

In deze categorie valt het gedogen van veranderingen in het productieproces die tot een tijdelijke overschreiding van de vergunningsvoorwaarden leiden. 'Dieser von dem Bescheid zumindest nicht immer gedeckte und somit rechtswidrige Zustand wird dabei von der Behörde in der Erwartung hingenommen, daß am Ende der durchgeführten Maßnahmen wieder einde den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Lage erreicht werden wird.'¹⁷⁸

Volgens Gentzcke zijn de voorbeelden van gedogen van overtredingen die het gevolg zijn van het treffen van saneringsmaatregelen door een overtreder zeer talrijk: 'Hier dürfte einer der, wenn nicht sogar das Hauptanwendungsgebiet liegen.'¹⁷⁹ Onder het begrip *Sanierung* kan in principe elke maatregel die tot een mindere hoeveelheid afvalwater leidt worden verstaan. Kenmerkend voor deze vorm van gedogen is dat de overheid een tijdelijk teveel lozen van afvalwater gedoogd, omdat de geplande maatregelen een verbetering van de situatie in de toekomst moeten opleveren. De overheid kan gedurende deze tijd stilzwijgend gedogen, maar ook uitdrukkelijk, waarbij het ook mogelijk is dat de overheid aanwijzingen of voorschriften ten aanzien van de te treffen maatregelen geeft.

Een voorbeeld hiervan betreft een onderneming waar twintig lood-accumulatoren en een loodoxide mengmachine op het bedrijfsterrein stonden. Voor de uitstoot van geurstoffen was een vergunning nodig. Het bedrijf had echter geen vergunning, hetgeen volgens de Bundesemissionsgesetz aanleiding kan zijn tot stillegging van het bedrijf. Het bevoegd bestuur besloot echter niet tot stillegging, maar schreef het bedrijf een aantal emissie beperkende maatregelen voor. Na voortdurende meting van de looduitstoot en talrijke bedrijfsbezoeken ontwikkelde het bestuur in samenwerking met de onderneming een saneringsplan. Daar de meetresultaten op verbetering wezen en de looduitstoot geen gevaar voor omwonenden opleverden, besloot het bestuur de niet-vergunde emissies te gedogen.¹⁸⁰

4 *Gedogen in geval van bedrijfsstoringen en ongevallen.*

In dit geval gedoogd het bestuur overtredingen, wanneer deze worden veroorzaakt door ongevallen of door externe oorzaken veroorzaakte bedrijfsstoringen. Volgens Gentzcke komt het in de Duitse praktijk vaak voor dat zuiveringsinstallaties door defekte apparatuur, weersgeteldheden, ongevallen, toestroom van onverwerkbaar stoffen en andere externe storingen geheel of gedeeltelijk buiten werking worden

177 Malitz, 1995, p. 42.

178 Wenner, 1993, p. 48.

179 Gentzcke, 1990, p. 15.

180 Malitz, 1995, p. 41.

gesteld. Wanneer het bevoegd gezag tijdens de storing en de reparatiewerkzaamheden niet tegen de lozing van ongezuiverd afvalwater optreedt, dan geldt dit ook als gedogen.¹⁸¹

5 *Andere gevallen van gedogen*

Andere voorbeelden van milieurechtelijk gedogen in de Duitse praktijk betreffen het gedogen van normoverschreidingen tijdens de opstartfase van bedrijven of installaties en het gedogen wanneer de openbare middelen tijdens de bouw van een gemeentelijke zuiveringsinstallatie te kort schieten of de gemeenteraad andere prioriteiten stelt.¹⁸²

Ook wanneer het handhavingstraject al opgestart is, kan alsnog worden besloten te gedogen. Zo droeg een waterschap een ondernemer op zijn afvalwaterlozingen in overeenstemming te brengen met de voorschriften. Het waterschap verklaarde deze beschikking onmiddellijk uitvoerbaar, zodat bezwaar en beroep tegen de beschikking geen opschortende werking had. De betreffende ondernemer diende tegen de beschikking een bezwaarschrift in. Zijn verzoek tot opschortende werking van de bestreden beschikking had zowel in eerste als in tweede instantie geen succes. Gedurende de bezwaarschriftprocedure, die anderhalf jaar in beslag nam, legde het waterschap de van kracht zijnde beschikking niet ten uitvoer, maar gedoogde de lozingen. Het frapante van dit voorbeeld is dat het waterschap al begonnen was met de uitvoer c.q. handhaving en vervolgens alsnog besloot te gedogen.¹⁸³

§ 3.8 *Bestuursrechtelijke grondslag en toelaatbaarheid gedogen*

Hoewel gedogen als vorm van informeel bestuursrecht geen wettelijke grondslag heeft, is een bestuursrechtelijke grondslag wel af te leiden uit het opportuniteitsbeginsel. In tegenstelling tot het Duitse strafrecht, geldt in het Duitse bestuursrecht het opportuniteitsbeginsel.¹⁸⁴ Dit opportuniteitsbeginsel geldt zowel in de fase van regulering en vergunningverlening (het al of niet verbieden van een handeling) als in de in de fase van uitvoering en handhaving (het al of niet handhaven van een reeds bestaand verbod).¹⁸⁵ De bestuurlijke overheid is principieel niet verplicht tegen een onrechtmatige situatie op te treden. Bij de beslissing tot handhaving heeft het bestuur de discretionaire bevoegdheid verschillende belangen af te wegen. Het rechtmatigheidsbeginsel en het doelmatigheidsbeginsel spelen daarbij een rol. De vrije beslissingsruimte wordt nader ingevuld door de *Verhältnismäßigkeit*, de proportionaliteit. De negatieve variant van dit beginsel, het zogenaamde *Übermaßgebot*, kan het bestuur dwingen bepaalde onrechtmatige gedragingen te beëindigen. Op grond

181 Gantzcke, 1990, p. 17.

182 Gantzcke, 1990, p. 19.

183 Malitz, 1995, p. 43.

184 Zie o.a. Gantzcke, 1990, p. 72 en Malitz, 1995, p. 44 e.v.

185 Gantzcke, 1990, p. 74.

van het opportuniteitsbeginsel is gedogen met name toelaatbaar, waar de onrechtmatige toestand een overgangperiode betreft en gedoogd wordt todat de rechtmatige toestand weer is hersteld. In enkele gevallen kan de beslissingsruimte van het bestuur zich zo zeer vernauwd hebben, dat het afgeven van een gedoogverklaring vanuit het proportionaliteitsbeginsel het enige rechtmatige bestuursoptreden is.¹⁸⁶ In de Duitse literatuur wordt ook wel een beroep gedaan op het vertrouwensbeginsel als grondslag voor bestuurlijk gedogen.¹⁸⁷

Ook in Duitsland bestaan bezwaren tegen gedogen. Zo zou het bestuur niet de bevoegdheid hebben wetgeving buiten toepassing te verklaren, mist het gedogen als bestuurshandeling een wettelijke grondslag, dient de wet ten alle tijden voorrang te krijgen, bestaat het gevaar dat te gemakkelijk wordt afgezien van vergunningverlening en worden derden buitenspel gezet. Uit deze bezwaren kan echter niet worden afgeleid dat gedogen altijd ontoelaatbaar is. 'Trotzdem führen die bisher forgebrachten Einwände, so gewichtig sie im Einzelfall auch sein mögen, nicht zur Unzulässigkeit behördlicher Duldungen, sondern nur zu ihrer Begrenzung in einzelnen Beziehungen.'¹⁸⁸ De vele verschijningsvormen van gedogen in het Duitse recht onderschrijven dit. 'Die Duldung ist im Bereich der Gefahrenabwehr eine konkretisierung rechtlicher Vorgaben und damit rechtmäßig. Soweit sie dagegen das Gesetzrecht umgeht oder ersetzt, ist sie rechtswidrig. Wie so oft ist daher eine differenzierende Betrachtung erforderlich.'¹⁸⁹ Doel van het gedogen moet het herstellen van de rechtmatige toestand zijn. Een gedoogbeslissing die valt binnen een door het bestuursrecht gegeven vrije beslissingsruimte, niet in strijd is met wettelijke regels en de rechtsbescherming van derden waarborgt, is in Duitsland bestuursrechtelijk toelaatbaar. Gedogen is hier niet in strijd met het recht, maar vult het nader in.

§ 3.9 Strafrechtelijke gevolgen van bestuurlijk gedogen

In de Duitse vakliteratuur is bestuurlijk gedogen met name besproken in het licht van de vraag welke strafrechtelijke consequenties bestuurlijk gedogen kan hebben.¹⁹⁰ Met name de vraag of gedogen tot een rechtvaardigingsgrond (*Rechtfertigungsgrund*) kan leiden wordt van groot belang geacht. 'Die praktische Bedeutung gerade der strafrechtlichen Problematik kann gar nicht hoch genug eingeschätzt werden: Der Einwand, es habe eine (das Unrechtausschließende) behördliche Duldung vorgelegen, gilt als eine der häufigsten Einlassungen in Umweltstrafverfahren.'¹⁹¹

186 Malitz, 1995, p. 47.

187 Zie o.a. Hermes en Wieland, 1988, p. 41 en Gentzcke, 1990, p. 115. Malitz bestrijdt daarentegen dat het vertrouwensbeginsel als grondslag voor gedogen kan dienen; Malitz, 1995, p. 51.

188 Gentzcke, 1990, p. 82.

189 Malitz, 1995, p. 71.

190 Hallwaß, 1987; Hermes en Wieland, 1988; Gentzcke, 1990; Wenner, 1993; Malitz, 1995; Hüting, 1996.

191 Gentzcke, 1990, p. 6.

Voor de vraag in hoeverre bestuurlijk gedogen in het strafrecht een rechtvaardigende werking kan hebben is het ten eerste van belang te weten of voldaan is aan de in de vorige paragraaf beschreven criteria voor de toelaatbaarheid van gedogen. Alleen wanneer er sprake is van rechtmatig gedogen, kan gedogen eventueel ook strafrechtelijk een rechtvaardigende werking hebben. 'To the extent that such administrative toleration is illegal, it is overwhelmingly denied any legalising effect.'¹⁹²

Onder Duitse rechtsgeleerden bestaat discussie over de vraag of rechtmatig bestuurlijk gedogen bij strafrechtelijke vervolging een strafuitsluitingsgrond kan opleveren. Gentzcke is van mening dat het gedogen van een overtreding door het bestuur een zelfstandige rechtsvaardigingsgrond kan opleveren. De strafrechter dient dan uit te gaan van de belangenafweging die het bestuur ten aanzien van het gedogen heeft gemaakt. Ook wanneer het gedogen onrechtmatig is, is de strafrechter gebonden aan de bestuurlijke beslissing, net zoals bij bijvoorbeeld de verlening van een vergunning. Andere auteurs gaan minder ver en betogen dat gedogen bij bedrijfsstoringen en ongelukken alleen een rechtvaardigende werking in de vorm van overmacht als noodtoestand kan opleveren.¹⁹³ Anderen stellen nadrukkelijk dat de strafrechter niet gebonden is aan het bestuurlijke oordeel en dat bestuurlijk gedogen de strafrechtelijke onrechtmatigheid onverlet laat. Deze auteurs kennen aan bestuurlijk gedogen dan ook geen rechtvaardigende werking toe.¹⁹⁴

De meest recente auteur op het terrein van gedogen neemt een tussenpositie in. Hüting is van mening dat wanneer een formeelrechtelijke bestuurshandeling voorgeschreven is, er geen plaats is voor gedogen. Gedogen heeft dan geen rechtvaardigende werking. 'Dabei können Begriffe wie Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Einheit der Rechtsordnung, Verwaltungskzessorietät, Analogie oder Nähe zu gesetzlich geregelten Gestaltungsformen und Vertrauensschutz die unrechtsausschließende Kraft der Duldung nicht begründen.' Wanneer het echter het bestuursorgaan volledig vrij is gelaten hoe te handelen, dan heeft gedogen in principe wel een rechtvaardigende werking.¹⁹⁵

Communis opinio bestaat wel over de vraag of bestuurlijk gedogen een schulduitsluitingsgrond kan opleveren. 'Derjenige der auf die Forsetzung duldener Behördenpraxis vertraut, wird regelmäßig ohne Unrechtsbewußtsein handeln'.¹⁹⁶ Wanneer een onrechtmatige situatie door het bestuur wordt gedoogd en men daarop het vertrouwen baseert van rechtmatigheid, dan kan met succes een beroep gedaan worden op *Verbottsirrtum*, dwaling omtrent het recht.

192 Heine, 1992, p. 754.

193 Randelzhofer en Wilke, 1981; Heider, 1994; Malitz, 1995; Hüting, 1996, p. 117.

194 Hallwaß, 1987, p. 114; Paeffgen, 1991, p. 260.

195 Hüting, 1996, p. 179.

196 Hallwaß, 1987, p. 115.

Sedert 1955 speelt gedogen een rol in de Duitse jurisprudentie. In dat jaar deed het *Bayerisch Oberstes Landesgericht* een uitspraak waarbij het gedogen van een onrechtmatige toestand door het bevoegd gezag en het afzien van strafvervolging door het openbaar ministerie, niet betekende dat onrechtmatigheid verviel of een beroep kon worden gedaan op rechtsdwaling.¹⁹⁷

Vanaf de jaren zeventig wordt in de Duitse jurisprudentie discussie gevoerd over de bestuursrechtelijk en strafrechtelijke gevolgen van gedogen. Zo besliste het *Oberlandesgericht Hamm* dat de stilzwijgende aanneming van afvalwater van een bedrijf door het waterschap, dwaling van de kant van het bedrijf betekende, omdat het bedrijf door het gedogen van het waterschap niet in kennis was gesteld van het illegale karakter van de lozingen.¹⁹⁸ In 1975 kwam het *Bundesgerichtshof* tot eenzelfde soort conclusie.¹⁹⁹ Het *Oberverwaltungsgericht* van Koblenz was in een eerdere uitspraak echter van mening dat het lange tijd gedogen van een waterverontreiniging, niet betekende dat het waterschap niet langer gerechtigd is op te treden. Een waterschap kan uit opportunitaire redenen besluiten niet op te treden, zonder daarbij het recht op handhaving te verliezen.²⁰⁰ Het *Oberlandesgericht Stuttgart* oordeelde in 1976 dat het bewust gedogen van een overtreding geen gerechtvaardigde goedkeuring betekent.²⁰¹ Een jaar later erkende dit gerechtshof de mogelijkheid dat onder omstandigheden een rechtvaardigende werking van gedogen uit kan gaan, echter niet bij de stilzwijgende aanneming van niet vergunde afvalwaterstromen door waterschappen.²⁰² Het *Oberlandesgericht Karlsruhe* was in 1979 van oordeel dat een gedogen een rechtvaardigende werking heeft wanneer een bestuursorgaan op grond van haar discretionaire bevoegdheid besluit een overtreding stilzwijgend te gedogen.²⁰³

Hoewel in de jaren zeventig de meningen over de rechtsgevolgen van gedogen nog sterk uiteenliepen, schreven in de jaren tachtig steeds meer rechters gedogen een rechtvaardigende werking toe.²⁰⁴ Het *Oberlandesgericht* van Berlijn kwam in een bouwrechtelijke zaak tot de conclusie dat het betreffende bestuursorgaan door het actief gedogen van een illegaal bouwwerk, gebonden was aan deze beslissing en dat de betrokken burger een beroep op het vertrouwensbeginsel toekwam.²⁰⁵ De gedoogbeschikking gaf de betrokken burger een bouwrechtelijke rechtspositie die hem niet zomaar ontnomen kon worden. Ook in milieurechtelijke zaken waren verschillende rechters van oordeel dat een gedoogverklaring in veel gevallen gelijk te stellen

197 Bayerisches Oberstes Landesgericht St. 5, 1955, 192.

198 Oberlandesgericht Hamm, Zeitschrift für Wasserrecht, 1974, p. 315.

199 Neue Juristische Wochenschrift, 1976, p. 585.

200 Oberverwaltungsgericht Koblenz, 21-02-1974, Zeitschrift für Wasserrecht, 1975, pp. 104-107.

201 Zeitschrift für Wasserrecht, 1976, p. 378.

202 Juristische Rundschau, 1978, p. 294; Zeitschrift für Wasserrecht, 1977, p. 177.

203 Oberlandesgericht Karlsruhe, 19-02-1979, BWVPr., 1980, p. 36.

204 Hüting, 1996, p. 113.

205 Oberverwaltungsgericht Berlin, 14-05-1982, Die öffentliche Verwaltung, 1983, pp. 644-645.

is aan een vergunning. Daarbij maakt het overigens niet uit of het om een rechtmatig of een onrechtmatig gedogen gaat.²⁰⁶ Voorwaarde daarbij is dat het bestuursorgaan een bewuste keuze tot niet handhaven heeft gemaakt en de betrokkenen in kennis heeft gesteld van deze beslissing. Daarbij kwam in 1985 het *Amtsgericht Nördlingen* tot de conclusie dat door het bestuur genomen gedoogbeschikkingen een bindende werking hebben voor de strafrechter.²⁰⁷

In 1987 besloot het Bundesverfassungsgericht nog dat de strafrechter niet gebonden is aan door de bestuursrechtspraak erkende gedoogsituaties.²⁰⁸ Drie jaar later erkende echter het Bundesgerichtshof tenslotte dat een gedoogverklaring een rechtvaardigingsgrond kan opleveren en met een vergunning gelijk te stellen is. Als voorwaarden daarvoor noemt ook het Bundesgerichtshof een bewuste gedoogbeslissing en de bekendmaking aan betrokkenen.²⁰⁹ Concluderend kan gesteld worden dat in de Duitse jurisprudentie de gedoogverklaring door een bestuursorgaan als rechtvaardigingsgrond heeft erkend. Opvallend is dat de rechtspraak daarmee duidelijk verder gaat dan bovenbeschreven opvattingen in de vakliteratuur.

Het aantal rechtszaken waarbij sprake is van bestuurlijk gedogen is opvallend klein vergeleken met het aantal gedoogsituaties in de bestuurspraktijk.²¹⁰ Malitz vermoedt dat het geringe aantal rechtszaken waarbij sprake is van bestuurlijk gedogen, kan worden verklaard doordat de meeste gedoogsituaties beëindigd worden voordat de Staatsanwalt tot vervolging overgaat.²¹¹ Hüting leidt uit het geringe aantal rechtszaken af dat gedoogsituaties in de praktijk weinig tot problemen leiden en dat eventueel door gedoogsituaties benadeelde derden zich kennelijk niet genoodzaakt voelen om bij bestuursorgaan of Staatsanwalt te klagen. 'Die Duldung im Umweltstrafrecht stellt sich damit zur Zeit mehr als Problem der Rechtswissenschaft dar, denn als eines der Praxis.'²¹²

§ 4 Conclusie

De gedoogproblematiek in Duitsland is sterk vergelijkbaar met de Nederlandse. Ten eerste speelt gedogen een belangrijke rol in het Duitse strafrecht, met name bij de vervolging van drugsgebruik. Op grond van de wettelijke uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel in art. 153 StPO en art. 31a BtMG, kan de Staatsanwalt bij het bezit van

206 Hüting noemt onder andere: Landesgericht München II, 16-07-1985, NuR, 1986, p. 259-260; Landesgericht Bonn, 7-08-1986, NSTe nr. 6 zu § 324; Oberlandesgericht Frankfurt, 22-05-1987, UPR, 1988, p. 28-29; Hüting, 1996, p. 114.

207 Amtsgericht Nördlingen, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1986, p. 315.

208 Neue Juristische Wochenschrift 1987, p. 3175.

209 Bundesgerichtshof, 26-04-1990, BGHSt 37, 1990, p. 21-28.

210 Hüting, 1996, p. 111.

211 Malitz, 1995, p. 31.

212 Hüting, 1996, p. 111.

een kleine hoeveelheid drugs voor eigen gebruik afzien van strafrechtelijke vervolging. Dit geldt zowel voor het bezit van soft drugs als het bezit van hard drugs. Het Duitse constitutionele hof heeft deze bevoegdheid om af te zien van vervolging zelfs omgezet in een plicht. Het hof heeft namelijk bepaald dat de vervolging van een verdachte wegens het bezit van een kleine hoeveelheid drugs bestemd voor eigen gebruik in strijd is met de *Verhältnismäßigkeit* (proportionaliteit) en het *Übermaßverbot* (de negatieve variant van het opportuniteitsbeginsel). Verder riep dit hof de deelstaten op te komen tot een meer uniforme toepassing van art. 31a BtMG en daartoe richtlijnen op te stellen. Verschillende Duitse deelstaten hebben inmiddels dergelijke richtlijnen opgesteld, waarin zij aangegeven bij welke hoeveelheden bezit van soft en/of hard drugs de Staatsanwalt dient af te zien van vervolging. Sommige richtlijnen, bijvoorbeeld die van Sleeswijk-Holstein, gaan zelfs verder dan het Nederlandse beleid. Hoewel er van verschillende kanten wel op wordt aangedrongen, is een algemene richtlijn voor de gehele bondsrepubliek voor het gedogen van het bezit van kleine hoeveelheden (soft) drugs nog niet in zicht.

Gedogen is ook in het Duitse bestuursrecht een veel voorkomend verschijnsel, dat bekend staat als *Behördliche Duldung*. Het komt op vrijwel alle beleidsterreinen voor, waarvan het bouwrecht en het milieurecht de belangrijkste zijn. In de bestuursrechtelijke vakliteratuur is er zelfs eerder en meer over geschreven dan in Nederland. Gedogen wordt gezien als een instrument van informales *Verwaltungshandeln* en heeft daardoor een soort semi-juridische status. Gedogen wordt op grond van het opportuniteitsbeginsel onder voorwaarden toelaatbaar geacht. Er moet sprake zijn van actief gedogen: De overheid moet kennis hebben van een onrechtmatige situatie en bewust besluiten hiertegen niet op te treden. Daarbij moet de beslissing om te gedogen vallen binnen de discretionaire beslissingsruimte die de betreffende wet geeft om al of niet op te treden en mag het gedogen niet ingaan tegen andere wettelijke bepalingen. Tenslotte wordt doorgaans aangenomen dat het om een beperkte tijdsduur moet gaan. Wordt niet voldaan aan deze voorwaarden, dan wordt ook gesproken van gedogen, zij het weliswaar van onrechtmatig gedogen.

Ook in de strafrechtelijke en administratiefrechtelijke jurisprudentie speelt gedogen al lange tijd een rol. De huidige lijn in de Duitse rechtspraak laat zien dat gedogen onder voorwaarden rechtmatig wordt geacht en zelfs tot een rechtvaardigingsgrond kan leiden. Bestuurlijk gedogen kan daarmee strafrechtelijke consequenties hebben. Een burger wiens gedragingen rechtmatig door het bestuur zijn gedoogd, kan een beroep doen op dwaling of zelfs een rechtvaardigingsgrond. De jurisprudentie heeft deze lijn bevestigd.

Een opvallende signalering is tenslotte het verschil in opvatting ten aanzien van het gedogen van het bezit van kleine hoeveelheden drugs tussen het zuiden en het noorden van Duitsland. De noordelijke deelstaten hebben doorgaans een liberaler beleid dan de zuidelijke deelstaten. Het Oberlandesgericht van de, van oudsher conserva-

tieve, deelstaat Beieren heeft in een uitspraak zelfs uitdrukkelijk een stap terug gezet vergeleken met de ontwikkelingen in de rest van het land. Ook voor wat betreft bestuurlijke handhaving en gedogen zijn verschillen tussen deelstaten gesignaleerd. Conclusie is dat de aard en omvang van gedogen en het beleid daaromtrent verschilt van deelstaat tot deelstaat. Regelgeving op bondsniveau is veelal raamwetgeving die nader door de deelstaten moet worden ingevuld, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van volksgezondheid en milieu. Hier is dus ruimte voor eigen interpretaties en het scheppen van gedoogmogelijkheden. Maar ook wanneer de wetgeving wel centraal is vastgesteld, dan nog ligt de verantwoordelijkheid voor uitvoering en handhaving altijd bij de deelstaten. Deze kunnen daarmee bij de interpretatie van wetgeving en de organisatie van uitvoering en handhaving eigen prioriteiten stellen en daarmee weer ruimte voor gedogen creëren. Het voorkomen van gedogen en verschillen tussen deelstaten hangen dus sterk samen met de wensen van de deelstaten over het te voeren beleid en de uitvoering van wetgeving. Daar waar men niet wenst te gedogen, wordt de bondswetgeving zo geïnterpreteerd en ingevuld dat gedogen juridisch gezien niet mogelijk is. Daar waar men wel wenst te gedogen, interpreteert men dezelfde wetgeving zo dat gedogen juridisch wel mogelijk is.

Gedogen in het Verenigd Koninkrijk

§ 1 Inleiding

Engeland en Wales vormen samen met Schotland en Noord-Ierland het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland. Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland hebben allen grotendeels een eigen rechtssysteem. Noord-Ierland wordt in het kader van dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. Wanneer in dit onderzoek wordt gesproken over het Verenigd Koninkrijk dan betreft het Engeland, Wales en Schotland. Schotland wordt daarbij vaak apart besproken omdat dit land een op sommige punten een afwijkend rechtssysteem heeft.

Hieronder zal in § 2 allereerst worden ingegaan op strafrechtelijke mogelijkheden tot gedogen in het Verenigd Koninkrijk. Daarbij zal met name het vervolgingsbeleid ten aanzien van drugs aan de orde komen. In § 3 wordt ingegaan op gedogen in het Britse bestuursrecht. Daarbij zal met name aandacht worden besteed aan de Britse handhavingspraktijk en de ruimte die handhavende ambtenaren hebben om te gedogen.

§ 2 Gedogen in het strafrecht

§ 2.1 *Opportuniteit en vervolging*

Hoewel het niet expliciet in de wet is vastgelegd, geldt in het Verenigd Koninkrijk ten aanzien van de vervolging van strafbare feiten het opportuniteitsbeginsel. Zo sprak de voormalige *Home Secretary* Sir John Simon in 1935 ten aanzien van de beslissingsvrijheid te vervolgen:

‘the practice of dealing with alleged offences of a minor character by warning instead of by prosecution is of long standing and is based on the view that in the case of minor infractions of law it is possible to maintain due observance of law without subjecting members of the public to Police Court proceedings in all cases and the same time to reduce the burden of both Magistrates and the Police. I am not aware of any express statutory authority for this practice but it has been reviewed by the High Court and no exception was taken to it.’²¹³

De vrijheid van de beslissing al of niet strafrechtelijk te vervolgen, wordt in de Britse praktijk nader ingevuld door vervolgingsrichtlijnen van de *Home Office*. Richtlijnen zijn er op gericht meer gelijkheid in de vervolgingspraktijk te scheppen. De richtlijnen van 1983 brachten ook het opportuniteitsbeginsel tot uitdrukking.²¹⁴

213 Geciteerd door Tak, 1986, p. 35.

214 *The Attorney-General's Guidelines on criteria for prosecution*, 14 februari 1983.

In Schotland zijn er weinig richtlijnen ten aanzien van de vervolging van strafbare feiten. De vervolgingspraktijk is gebaseerd op de *common law* praktijk die 300 jaar teruggaat.²¹⁵ Ook hier geldt het opportuniteitsbeginsel, want '... procurators fiscal (Schotse officier van justitie, WH) could generally decide not to prosecute even in the most serious cases such as rape and were not required to report to or consult any higher authority.'²¹⁶ Toch hanteert de Schotse *procurator fiscal* eerder een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. In de praktijk wegen argumenten om wel te vervolgen zwaarder dan argumenten om niet te vervolgen. De beslissing om niet te vervolgen is volgens Tombs en Moody 'at odds with the whole ethos of prosecutorial decision-making in Scotland.'²¹⁷

Tot 1986 was er in Engeland en Wales geen centraal orgaan dat belast was met de vervolging van strafbare feiten. Vervolging kon worden ingesteld door de politie en door verschillende andere handhavende instanties. In 1986 is echter in Engeland en Wales de Prosecutions of Offences Act ingevoerd, waarbij de *Crown Prosecution Service* is ingesteld als de voor strafrechtelijke vervolging verantwoordelijke instantie. De Crown Prosecution Service gaat alleen tot vervolging over wanneer dit in het openbaar belang is.²¹⁸ Deze opstelling duidt op een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel.

Ondanks de instelling van de Crown Prosecution Service, geldt het opportuniteitsbeginsel niet alleen voor deze instantie. Ook de politie kan zelf beslissen naar welke zaken zij onderzoek doet en welke zaken zij voor vervolging doorgeeft aan de Crown Prosecution Service. Een aardig voorbeeld van gedogen door de politie wordt gegeven door Tak. In 1966 besloot de Hoofdcommissaris van het *Metropolitan* politiekorps, dat een deel van de *Betting, Gaming en Lotteries Act* van 1963 niet langer gehandhaafd zou worden. Uiteindelijk besloot het *Court of Appeal* dat hoewel de politie het recht heeft om een bepaalde discretie uit oefenen bij de uitoefening van haar taken, het bij wijze van beleid structureel afzien van de handhaving van een bepaalde wet te ver gaat.²¹⁹

De laatste jaren is er in het Verenigd Koninkrijk veel aandacht voor alternatieven voor strafrechtelijke vervolging. Deze zogenaamde *diversion schemes* kunnen velerlei vorm aannemen, bijvoorbeeld het geven van een waarschuwing, het laten verrichten dienstverlening of het doorverwijzen naar psychiatrische hulpverlening of consultatiebureaus voor alcohol en drugs. 'The last decade has seen the development of

215 Tak, 1986, p. 35.

216 Tombs en Moody, 1993, p. 358.

217 Tombs en Moody, 1993, p. 358.

218 Tak, 1986, p. 35.

219 Tak, 1986, p. 39.

an increasingly liberal policy of diversion from court, initially applied to juveniles but more recently to all age groups.²²⁰

Tombs en Moody hebben onderzoek gedaan naar het gebruik van alternatieven voor strafrechtelijke vervolging in Schotland. Zij vonden dat tussen 1982 en 1991 het aantal zaken dat niet vervolgd werd steeg van 8% naar 47%. Het grootste deel van deze zaken betrof verkeersovertredingen die werden afgedaan met een administratieve boete. 12,8% van de zaken werd geseponeerd en in 3,8% van de gevallen werd de zaak afgedaan met een waarschuwing. Van de geseponeerde zaken werd 28% geseponeerd zijnde *not in the public interest*, 27,5% werd geseponeerd wegens onvoldoende bewijs en 22% werd geseponeerd wegens *triviality*, de feiten waren te gering of niet geschikt voor vervolging.²²¹

Een van de belangrijkste alternatieven op strafrechtelijke vervolging is de *caution*, de waarschuwing door de politie. Het verschijnsel *cautioning* is relevant voor het onderwerp van dit rapport, omdat de functie ervan vergelijkbaar is met de in ons land bestaande gedoogpraktijken. 'In practice, the caution implicates that the offender is reprimanded with a formal warning by a senior police officer, with no further action taking place.'²²² Een caution wordt vooral gegeven bij relatief kleine vergrijpen, waarbij strafrechtelijke vervolging niet op zijn plaats wordt geacht. Het gebruik van dergelijke cautions door de politie vindt ruime toepassing, vooral ten aanzien van strafbare feiten begaan door minderjarigen en jong volwassenen.²²³ Een delict waarvoor in de politiepraktijk veelvuldig alleen maar een waarschuwing wordt gegeven is het bezit van kleine hoeveelheden (soft) drugs. In de volgende paragraaf wordt hier dieper op ingegaan. Volgens Hawkins hanteert de politie een dergelijke aanpak van waarschuwingen en gedogen ook bij andere delicten. Het gaat dan om delicten die vergelijkbaar zijn met het bezit van drugs: een tekort aan middelen om alle overtredingen formeel-juridisch aan te pakken en regelgeving waarvan de overtreding niet als sterk moreel verwerpelijk wordt ervaren. Als voorbeeld noemt hij prostitutie, verkeersovertreding en *first offenders* van kleine diefstallen.²²⁴

Tussen politiekorpsen kunnen grote verschillen zijn in het gebruik van de 'caution'. Het aandeel van cautions ten opzichte van alle *pre-court* beslissingen liep uiteen van 2% in de West-Midlands tot 47% in Essex, met een landelijk gemiddelde (voor Engeland en Wales) van 17%.²²⁵ Onderzoek in Engeland en Wales wees uit dat er bij 19 korpsen geen standaardvoorwaarden waren om een waarschuwing te geven, maar

220 Evans, 1994, p. 566.

221 Tombs en Moody, 1993.

222 Tak, 1986, p. 5.

223 Evans, 1993a; Evans, 1993b; Evans, 1994; Fionda, 1995, p. 39.

224 Deze gegevens zijn afkomstig uit een interview met Hawkins.

225 Evans en Wilkinson, 1990, p. 167.

dat elk geval apart werd beoordeeld. Bij 5 politiekorpsen werd na één waarschuwing tot vervolging over gegaan, bij 12 korpsen na twee waarschuwingen en bij twee korpsen was men bereid om meer dan twee maal een waarschuwing te geven aan dezelfde persoon.²²⁶ Ook ten aanzien van het geven van waarschuwingen bij drugsdelicten bestaan verschillen tussen politiekorpsen.²²⁷

In 1990 is door de Home Office een richtlijn vastgesteld inzake het gebruik van 'cautioning'.²²⁸ Deze circulaire was erop gericht in het hele land dezelfde voorwaarden voor het geven van een waarschuwing toe te passen. De richtlijn is hier echter nauwelijks ingeslaagd. In de praktijk is een wildgroei in het gebruik van de waarschuwing ontstaan, met nogal wat lokale verschillen. Om die reden heeft de Home Office in 1994 een nieuwe richtlijn uitgevaardigd.²²⁹ Het doel van deze richtlijn is het gebruik van de waarschuwing terug te dringen, met name ten aanzien van personen die reeds een waarschuwing hadden ontvangen of wiens strafbare feiten ernstig waren. Verder dienen alle waarschuwingen geregistreerd te worden. Daarmee is het officiële beleid rond het geven van waarschuwingen aanzienlijk aangescherpt. Zo stelde de circulaire uit 1990 nog ten aanzien van recidivisten: 'The Offenders' previous record (including any recent cautions) is an important factor although not in itself decisive. A previous conviction or caution should not rule out a subsequent one if other factors suggest it might be suitable.'²³⁰ Bij de introductie van de nieuwe richtlijn in 1994 stelde de Home Secretary echter: 'From now on your first chance is your last chance. Criminals should know that they will be punished. Giving cautions to serious offenders, or to the same person time and time again, sends the wrong message to criminals and the public.'²³¹

Op de nieuwe richtlijn is vanuit de rechts- en politiepraktijk nogal wat kritiek gekomen.²³² Evans voorspelt dat de nieuwe circulaire, net als de voorgaande, weinig invloed zal hebben op de politiepraktijk. 'At the moment the Home Office guidance is merely *guidance* which police forces, ..., may choose to ignore.'²³³ Deze vooronderstelling wordt min of meer bevestigd door de statistieken. In 1995 ontvingen 293.000 verdachten een caution, dit was 5% minder dan in 1994. Het relatieve aandeel verdachten dat een caution ontving, ten opzichte van het totaal aantal verdachten dat een caution kreeg of schuldig werd bevonden, bleef met 40% echter gelijk aan voorgaande jaren. Het gebruik van cautioning voor drugsdelicten nam met 9% toe. Wel

226 Evans, 1994, p. 568.

227 Silvis en Williams, p. 159.

228 *The Cautioning of Offenders*, Home Office Circular 59/1990.

229 *The Cautioning of Offenders*, Home Office Circular, 18/1994.

230 Note 3D van Annex B van de Home Office Circular, geciteerd in Evans, 1994, p. 567.

231 Geciteerd in Evans, 1994, p. 567.

232 Ball, 1994, p. 495.

233 Evans, 1994, p. 574.

daalde het aantal personen dat meer dan eenmaal een waarschuwing ontving ten opzichte van 1991 met 5%.²³⁴

Nu de caution dankzij genoemde richtlijnen een formele status heeft gekregen, is bij sommige korpsen de praktijk ontstaan om naast de formele waarschuwing, ook informele waarschuwingen te gaan geven. Deze informele waarschuwing wordt onder andere gebruikt bij openbare dronkenschap.²³⁵ Het gebruik van informele waarschuwingen als alternatief voor het formelere caution verschilt wederom per politiekorps. Onderzoek onder zestien korpsen wees uit dat het percentage informele waarschuwingen van alle beslissingen niet te vervolgen uiteenliep van 0% tot 24%, met een gemiddelde van 10,6%.²³⁶ Daarnaast wordt door de Crown Prosecution Service gedacht aan een *caution-plus system*, een systeem waarin het geven van waarschuwingen wordt gecombineerd met additionele maatregelen, zoals een kleine boete, dienstverlening en het bezoeken consultatiebureau voor alcohol of drugs.

Het systeem van het geven van waarschuwingen verschilt in Schotland van dat van Engeland en Wales. In Schotland geeft niet de politie een waarschuwing, maar heeft alleen de prosecutor fiscal deze bevoegdheid.²³⁷ Bij het uitoefenen van deze bevoegdheid tot het geven van waarschuwingen heeft de prosecutor fiscal een grote discretie, er zijn geen richtlijnen opgesteld. Het geven van waarschuwingen door de prosecutor fiscal is 'generally accepted as a means of retaining flexibility in the system, so that geographical differences can be accounted for.'²³⁸ Het systeem biedt de ruimte om het vervolgingsbeleid voor specifieke delicten aan te passen aan lokale omstandigheden. Om die reden zal de vervolgingspraktijk ten aanzien van bepaalde delicten dan ook van plaats tot plaats verschillen, net zoals dat in Engeland en Wales het geval is voor het geven van 'cautions'.

§ 2.2 Drugsbeleid in twee sporen

De belangrijkste wet met betrekking tot verdovende middelen in het Verenigd Koninkrijk is de *Misuse of Drugs Act* van 1971. Deze wet stelt strafbaar het produceren, cultiveren, leveren en bezitten van drugs. De *Misuse of Drugs Act* deelt drugs in in drie klassen. *Class A* bevat de zwaarste drugs, zoals heroïne, cocaïne en LSD. *Class B* bevat lichtere drugs zoals alle cannabisproducten. Onder *Class C* vallen de minst gevaarlijke drugs, waaronder enkele soorten slaapmiddelen. De maximumstraffen voor drugsdelicten zijn beduidend hoger dan in Nederland: levenslange gevangenisstraf voor de handel of productie van drugs uit *Class A* en 14 jaar gevangenisstraf of onbeperkte boete voor handel in of productie van cannabisproducten.

234 Greenhorn, 1996, p. 5.

235 Greenhorn, 1996, p. 6.

236 Evans en Wilkinson, 1990, p. 166.

237 Ministerial Drugs Task Force, 1994, p. 90.

238 Fionda, 1995, p. 78.

In verschillende overheidsrapporten is er in de loop der jaren voor geleid de cannabisproducten over te brengen naar Class C.²³⁹ Naast de Misuse of Drugs Act gelden ook nog de *Customs and Excise Management Act* uit 1979, die de import van drugs strafbaar stelt, en de *Drug Trafficking Offences Act* uit 1986 die afname van wederrechtelijk verkregen vermogen en vervolging van faciliterende medeplichtigen mogelijk maakt.

Tot ongeveer 1970 werd druggebruik in het Verenigd Koninkrijk vooral gezien als een volksgezondheidsprobleem en niet als een justitieel probleem. Hard drugsverslaafden werden in ziekenhuisachtige behandelingscentra opgenomen en kregen intraveneus heroïne toegediend. Een actief vervolgingsbeleid was er niet. Vanaf eind jaren zestig nam het aantal drugsverslaafden echter drastisch toe, waardoor er steeds meer vraagtekens werden gezet bij de medische benadering van drugsproblematiek. Tegelijkertijd kreeg de justitiële benadering de nadruk en werd overgegaan op een meer repressieve aanpak van de handel en het gebruik van verdovende middelen.²⁴⁰ Vanaf de jaren tachtig wordt een twee-sporen-beleid gevolgd: enerzijds wordt getracht druggebruikers buiten het strafrechtelijke systeem te houden door het geven van waarschuwingen en het opzetten van allerlei voorlichtende en hulpverlenende programma's en anderzijds wordt de handel in drugs streng aangepakt door opsporing, vervolging en bestrafing. Onderzoek laat echter zien dat het voornamelijk druggebruikers zijn die uiteindelijk een gevangenisstraf krijgen opgelegd.²⁴¹

Het opsporings- en vervolgingsbeleid ten aanzien van drugsdelicten is in het Verenigd Koninkrijk niet eenduidig vastgesteld. Officieel volgen politiek en justitie een harde lijn tegen de handel in drugs. Zo stelde de *Home Affairs Committee* in 1985 dat meer middelen moeten worden vrijgemaakt voor de handhaving van drugswetgeving en dat handelaars in hard drugs strengere straffen moesten worden opgelegd.²⁴² Deze aanbeveling werd overgenomen door het *House of Commons*. Ook de rechtspraak volgt deze lijn. In de zaak *R. v. Aramah* stelt Lord Chief Justice Lane van de Court of Appeal nadrukkelijk dat de rechtbanken er alles aan moeten doen om strengere straffen op te leggen, in het bijzonder bij handel in Class A drugs. Het Court of Appeal stelde ten aanzien van het importeren van Class A drugs de volgende straffen voor: 12 tot 14 jaar gevangenisstraf bij een waarde van 1 miljoen pond of meer, tot 7 jaar gevangenisstraf bij een waarde van honderdduizend pond of meer en minstens

239 Zie bijvoorbeeld het rapport van de commissie Justice, die ten aanzien van cannabisproducten stelt: '... we think that it is inappropriate for such a high portion of public resources to be focused on its use when by comparison with Class A and other Class B drugs it is significantly less harmful. We accordingly recommend that cannabis and cannabis resin should be re-classified as Class C drugs.' (Justice, 1991, p. 9).

240 Downes, 1988, p. 125-129.

241 Collison, 1994.

242 Home Affairs Committee, *Fifth Report of the Home Affairs Committee: misuse of hard drugs (Interim Report)*, London, HMSO, 1985.

4 jaar gevangenisstraf bij hoeveelheden met een mindere waarde. Het hof stelde ten aanzien van het importeren van cannabisproducten de volgende straffen voor: 10 jaar gevangenisstraf bij 'grote' hoeveelheden drugs, 3 tot 6 jaar gevangenisstraf bij 20 kg of meer en 18 maanden tot 3 jaar gevangenisstraf bij hoeveelheden tot 20 kilo.²⁴³ Voor de handel in drugs, met name wanneer het grote hoeveelheden betreft, worden dezelfde strafmaten gehanteerd.²⁴⁴

Voor het bezit van drugs voor eigen gebruik worden lagere straffen opgelegd dan voor de import en handel van drugs. Het Britse recht kent geen met het Duitse recht vergelijkbare bepaling op grond waarvan bij bezit van een geringe hoeveelheid drugs bestemd voor eigen gebruik afgezien kan worden van strafvervolging.²⁴⁵ Bezitters van soft drugs kunnen een boete verwachten, voor recidivisten gecombineerd met een voorlopige hechtenis. Afhankelijk van de persoonlijke omstandigheden en de bereidheid tot afkicken, kunnen bezitters van hard drugs, ook first offenders, rekenen op een onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Ondanks deze punitieve ontwikkeling in de rechtspraak is het aantal gevangenisstraffen wegens drugsdelicten vanaf 1985 sterk afgenomen. Belangrijkste oorzaak daarvan was het toenemende gebruik van waarschuwingen en boetes, als alternatief voor de gevangenisstraf.²⁴⁶ In 1995 werden in Engeland en Wales 80.000 personen schuldig bevonden aan of kregen een caution wegens een drugsdelict. Twee derde hiervan was wegens het bezit van hash of marihuana.²⁴⁷

Hoewel er dus zowel in de politiek als in de rechtspraak ferm wordt opgetreden tegen drugsdelicten, is er geen centraal vastgesteld drugsbeleid. Het in de praktijk gevolgde drugsbeleid maakt een sterk onderscheid tussen de consumptie (vraag) en de handel (aanbod) van drugs. De aanpak van druggebruik is gericht op voorlichting en behandeling, de aanpak van de drugshandel is gericht op vervolging, bestrafing en afschrikking. Terwijl enerzijds gezocht wordt naar nieuwe strategieën om de schadelijke gevolgen van druggebruik te verminderen, wordt anderzijds gezocht naar ruimere opsporingsbevoegdheden en zwaardere bestrafing van handel in drugs. Collison spreekt daarom van '*softening the bottom end and hardening the top end of control policy*.'²⁴⁸ Als gevolg van genoemd tweesporenbeleid wordt er bij druggebruik steeds vaker gekozen voor alternatieven voor strafrechtelijke vervolging. Daarbij staat de *reduction of harm* centraal. Zowel in Engeland en Wales, als in Schotland bestaan inmiddels verschillende diversion schemes. De Schotse *Ministerial Drugs Task Force* is van mening dat 'the class of drug involved should not be a determining factor in ruling out the option of diversion. We consider that decisions on

243 R. v. Aramah, 1983, 76, CrAppR, 190; geciteerd in Silvis en Williams, 1995, p. 158.

244 Silvis en Williams, 1995, p. 159.

245 Schütz-Scheifele, 1988, p. 260.

246 Collison, 1994, p. 59.

247 Greenhorn, 1996, p. 1.

248 Collison, 1994, p. 54.

diversion from prosecution should be made on the basis of the circumstances of the individual drug misuser and the alleged offence as well as the substance concerned, and recommend that the Lord Advocate considers this approach in any guidance to Prosecutors Fiscal in connection with diversion'.²⁴⁹

Ook Silvis en Williams noemen enkele initiatieven op uitvoerend en lokaal niveau, die aangeven dat de formele harde lijn niet overal gevolgd wordt. Zo hanteren het korps van Meyerside en onderdelen van de *Metropolitan Police* het beleid om drugsgebruikers door te verwijzen naar hulpverlenende instanties, die de drugsgebruikers helpen een normaal en gezond leven te leiden of zelfs een nieuw leven zonder drugs op te bouwen. Deze alternatieve aanpak heeft zelfs enige erkenning gekregen.²⁵⁰

Naast de verwijzing naar hulpverlenende instanties, is het gebruik van de Britse politie om first offenders van bezit van drugs alleen maar een waarschuwing te geven een voorbeeld van deze 'zachte' kant van het drugsbeleid.²⁵¹ Zoals hierboven reeds vermeld, maakt de politie veelvuldig gebruik van de mogelijkheid om iemand in geval van het bezit van drugs alleen maar een waarschuwing te geven. Ook van rijks-overheidszijde is dit gebruik van cautioning bij het bezit van met name kleine hoeveelheden hash of marihuana gestimuleerd.²⁵² First offenders krijgen bij bezit van minder dan ongeveer 30 gram soft drugs vrijwel altijd een waarschuwing.²⁵³ Sommige korpsen geven meerdere malen een waarschuwing en enkele geven zelfs kleine handelaren in soft drugs alleen maar een caution. De trend is nu dat steeds meer korpsen ook een waarschuwing geven wanneer men voor de eerste maal is betrapt op het gebruik van hard drugs.²⁵⁴ Uit een telefonisch enquête van de BBC, gehouden in 1992 onder politiekorpsen in Engeland en Wales, bleek dat twee derde van alle politiekorpsen inmiddels een waarschuwing uitdeelde bij de eerste arrestatie voor het bezit van Class A drugs. In 1991 kreeg 51% van de personen die verdacht werden van het bezit van hash of marihuana een dergelijke waarschuwing.²⁵⁵ In 1995 werden er in Engeland en Wales ongeveer 50.000 cautions gegeven wegens drugsdelicten. Dit was 9% meer dan het jaar daarvoor. 83% van de cautions werden gegeven wegens het bezit van hash of marihuana.²⁵⁶ In Schotland werden er wegens bezit van kleine hoeveelheden drugs voor eigen gebruik in 1992 en 1993 643 waarschuwingen gegeven, ongeveer 10% van het totaal aantal zaken.²⁵⁷

249 Ministerial Drugs Task Force, 1994, p. 88.

250 Silvis en Williams, 1995, p. 160.

251 Collison, 1994, p. 55.

252 Justice, 1991, p. 31.

253 Bosman en Van Es, 1993, p. 57; Silvis en Williams, 1995, p. 159.

254 Collison, 1994, p. 59; Silvis en Williams, 1995, p. 159.

255 Collison, 1994, p. 28.

256 Greenhorn, 1996, p. 6.

257 Ministerial Drugs Task Force, 1994, p. 88.

Versoepeling in opsporing en vervolging van drugsdelicten is vooral ingegeven door capaciteitsoverwegingen. Aan het eind van de jaren tachtig begonnen veel politiekorpsen, met name in grote steden, zich te realiseren dat dat ze de enorme hoeveelheid drugszaken niet aankonden en dat ze daarom prioriteiten moesten stellen.²⁵⁸ Maar dit is niet de enige reden. Ook veranderde opvattingen binnen de politie over de strafwaardigheid van drugsgebruik spelen hierbij een rol. 'As well as an economy of (police) time the caution can also function as a limited unofficial de-criminalisation of certain kinds of drug crime.'²⁵⁹ Onder politiemensen gaan zelfs stemmen op om verkoop van soft drugs en hard drugs te reguleren via een vergunningensysteem. 'Their support for such policies has resulted from a belief, from a number of quarters, that it is one of the only ways of reducing both drug-related and organized crime.'²⁶⁰

Zoals reeds gezegd ontbreekt er een eenduidig drugsbeleid in het Verenigd Koninkrijk.²⁶¹ Officieel wordt een harde lijn gevolgd, maar de praktijk kent nog al wat afwijkingen. In de praktijk wordt doorgaans noodgedwongen afgezien van de vervolging van het bezit van soft drugs voor eigen gebruik. Soms wordt zelfs afgezien van vervolging van het bezit van hard drugs of de kleinschalige handel in soft drugs. Ook is er oog voor de sociale en gezondheids-aspecten van het gebruik van drugs, waarbij ingezien wordt dat strafrechtelijke vervolging de problemen van een verslaafde alleen maar vergroot. Heroïne kan door een dokter aan verslaafden worden voorgeschreven, iets dat zelfs in Nederland niet mogelijk is. Van een gedoogbeleid is echter geen sprake. Het afzien van handhaving verschilt per politiekorps en vloeit vooral voort uit de onmogelijkheid om tegen elke overtreding van de Misuse of Drugs Act op te treden.

§ 3 Gedogen in het bestuursrecht

§ 3.1 Inleiding

In Engelstalige vakliteratuur is veel geschreven over *regulation* en *enforcement*. Onder *regulation* wordt veelal verstaan sociaal-economische ordeningsregelgeving. Veel van deze regels hebben het bedrijfsleven als normadressaat, bijvoorbeeld regelgeving betreffende het milieu of arbeidsomstandigheden. *Regulation* heeft een ruimere betekenis dan het stellen van algemene regels alleen. *Regulation* omvat ook het nader uitwerken (bijvoorbeeld door richtlijnen en vergunningen), uitvoeren en handhaven van de opgestelde normen. In de vakliteratuur wordt een onderscheid ge-

258 Ministerial Drugs Task Force, 1994, p. 88.

259 Collison, 1994, p. 60.

260 Silvis en Williams, 1995, p. 160.

261 'What is lacking, compared with the Netherlands, is any systematic and integrated multi-agency approach to the drug problem.' (Silvis en Williams, 1995, p. 160).

maakt tussen twee wijzen waarop regelgeving kan worden gehandhaafd. Een *deterrence* strategie is gericht op strikt formele handhaving door opsporing en bestraffing. De *compliance* strategie is erop gericht normadressaten door overleg, onderhandeling en advies tot regelnaleving te bewegen. Een mogelijk onderdeel van deze laatste strategie is ook *forbearance*, het gedogen van bepaalde overtredingen.²⁶² Forbearance betekent dat er geen gebruik gemaakt wordt van bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhavingsmiddelen.²⁶³ Hieronder zal worden uiteengezet welke handhavingsstrategie Britse instanties volgen bij de handhaving van bestuursrechtelijke regelgeving en in hoeverre daarbij sprake is van gedogen.

§ 3.2 Handhaving van milieurecht

Organisatorisch heeft de Britse handhaving van milieurecht de laatste jaren nog al wat veranderingen ondergaan. Tien jaar geleden waren er bijvoorbeeld nog tien verschillende inspecties verantwoordelijk voor de handhaving van milieuregelgeving betreffende oppervlaktewateren. Enkele jaren geleden zijn deze samengebracht in de *National Rivers Authority*. Daarnaast was de belangrijkste handhavende instantie op het terrein van het milieurecht *Her Majesty's Inspectorate of Pollution* (HMIP). Deze instantie was verantwoordelijk voor de handhaving van milieuregelgeving betreffende luchtverontreiniging, afvalstoffen en geluidsoverlast. In april 1996 zijn deze twee instanties samengevoegd tot de *Environment Agency* die dus belast is met de handhaving van milieuregels ten aanzien van bodem, water, lucht, geluid en afval.

Vogel heeft een vergelijkende studie verricht naar de *regulation styles* van Britse en Amerikaanse handhavende instanties, met name op het terrein van het milieurecht. Zijn belangrijkste conclusie ten aanzien van de handhavingstijl in beide landen was: 'On balance, the American approach to environmental regulation is the most rigid and rule-orientated to be found in any industrial society; the British, the most flexible and informal.'²⁶⁴ Deze conclusie wordt bevestigd door het onderzoek van Hawkins en Hutter op dit terrein.²⁶⁵ De Britse handhavingstijl kenmerkt zich door een grote nadruk te leggen op coöperatie en zelfregulering. Door onderhandeling en overleg worden ondernemingen ertoe bewogen milieuregels na te leven. 'The whole strategy is premised on patience and understanding, and gaining compliance is regarded as an open-ended and long-term process.'²⁶⁶ Daarbij wordt veel waarde gehecht aan een goed contact met de te reguleren ondernemingen. Deze op samenwerking gerichte stijl van handhaven heeft volgens Hawkins twee oorzaken: een *moral aspect* en een *resource aspect*. Het moral aspect betekent dat de Britse hand-

262 Over forbearance schrijven o.a. Bardach en Kagan, 1982; Hawkins, 1984; Veljanovski, 1984.

263 Veljanovski, 1984, p. 180.

264 Vogel, 1986, p. 21.

265 Hawkins, 1984; Hawkins, 1989; Hutter, 1988.

266 Hutter, 1988, p. 132.

haver ervan overtuigt is dat deze wijze van handhaving het meest effectief is en dat een meer punitieve benadering hier niet op zijn plaats is. Het resource aspect betekent dat Britse milieuhandhavers een coöperatieve handhavingstijl hanteren, omdat zij niet de middelen hebben om tegen alle overtredingen formeel-juridische op te treden.²⁶⁷

Het Britse milieurecht kent weinig algemene milieuregels. Ook dit maakt de handhaving zeer flexibel. Doordat de Britse handhavers minder zijn gebonden aan vaste milieuvoorschriften, hebben ze meer ruimte de handhaving aan te passen aan de omstandigheden van de betreffende industrie of onderneming. Achterliggende reden voor het achterwege laten van algemeen geldende milieu-eisen is volgens Vogel 'a distinctive British conception of the appropriate purpose of legal requirements: the British are reluctant to adopt rules and regulations with which they cannot guarantee compliance.'²⁶⁸

Voorbeelden van algemene regelgeving op het terrein van het milieu zijn de *Alkali Act* en de *Water Act*. In de *Alkali Act* van 1906, die nog steeds geldt, zijn wel specifieke regels vastgesteld met betrekking tot de emissie van hydrochloridezuur en zwavelzuur. Het betreft hier echter *presumptive limits*, waarvan de naleving niet juridisch afdwingbaar is. Deze richtlijnen gelden alleen om vast te stellen of een onderneming de wet naleeft. Over het algemeen krijgen ondernemingen ruim de tijd om aan deze normen te voldoen. Op grond van de *Water Act* is een verklaring van geen bezwaar van het waterschap nodig om stoffen de mogen lozen op het oppervlaktewater. De verstrekking van de verklaring van geen bezwaar hangen af van de omstandigheden van het geval en er kunnen voorwaarden aan worden erbonden. Deze 'consents' worden niet strikt gehandhaafd. Net als bij de hierboven genoemde 'presumptive limits' gelden ze niet zozeer als bindend voorschrift, maar eerder als basis voor verdere onderhandeling.

De uitvoering en handhaving van milieurecht in het Verenigd Koninkrijk wordt beheerst door het principe van *best practice means*. Milieueisen moeten redelijkerwijs uitvoerbaar en technisch mogelijk zijn. Dit betekent dat van bedrijven gevraagde milieumaatregelen afhangen van lokale omstandigheden, de technische kennis en de kosten van naleving voor het betreffende bedrijf. Vogel: 'Requirements are not imposed until officials are satisfied not only that industry has the technical ability to meet them but that the costs of introducing this technology are reasonable.'²⁶⁹ De nadere invulling van 'best practical means' geschiedt door werkgroepen waarin naast de Environment Agency vertegenwoordigers van het bedrijfsleven zitting hebben. Deze werkgroepen stellen de grenzen vast voor wanneer nog voldaan wordt aan

267 Deze zienswijze heeft Hawkins in een interview gepresenteerd.

268 Vogel, 1986, p. 76.

269 Vogel, 1986, p. 80.

best practical means. Blijft een emissie binnen deze grenzen dan voldoet een onderneming aan de wet. Overschrijdt een onderneming deze norm, dan betekent dit niet meteen dat er sprake is van een overtreding. De Environment Agency gebruikt de overeengekomen standaard van best practical means namelijk 'as a basis for consultation with sufficient flexibility to meet the needs of local circumstances.'²⁷⁰

Uitvoering en handhaving van milieuregelgeving zijn gedeconcentreerd. De striktheid waarmee de milieuwetgeving moet worden gehandhaafd, wordt bepaald door de *Chief Environmental Health Officer*, in overleg met de lokale overheid. Het handhavingsbeleid en de handhavingsstrategie die zij voorschrijven geven sturing aan het optreden van handhavende ambtenaren in de praktijk.²⁷¹ Ook dit verklaard de verschillen in handhaving en naleving van plaats tot plaats. 'Compliance follows a distinctly regional pattern: it is highest in London and lowest in the north of England and in the industrial Midlands.'²⁷² Ook Hutter wijst op deze regionale verschillen in handhavingsstijl. Haar onderzoek suggereert dat hoe groter en hoe stedelijker de omgeving, hoe strenger en formalistischer de handhaving is. Ook de beschikbare capaciteit speelt volgens Hutter een significante rol bij regionale handhavingsverschillen. In haar onderzoek hadden handhavende instanties die een op overreding gerichte handhavingsstrategie hanteerden, meer mensen en middelen dan de instanties die een meer formalistische strategie volgden. Tenslotte is volgens Hutter de publieke belangstelling voor de handhaving van regelgeving bepalend voor de keuze voor een handhavingsstijl: 'there is much evidence to suggest that the degree of local tolerance or intolerance of offences is also crucial in determining regional enforcement styles'²⁷³ en '... public indifference may lead the police to tolerate offences in one area which their colleagues do not tolerate in others.'²⁷⁴

Zoals gezegd is het Britse systeem van handhaving afhankelijk van de samenwerking tussen *regulators* en *regulated*. Deze samenwerking is voor de handhavende instanties te meer belangrijk, omdat de Britse handhavers bij wet weinig bevoegdheden hebben verkregen om informatie met betrekking tot naleving van regels door ondernemingen te verzamelen. Veel van de controle op regelnaleving wordt door de ondernemingen zelf verricht.²⁷⁵ De Britse handhaver is daarmee afhankelijk van de vrijwillige verstrekking van deze informatie door de betreffende ondernemingen. Dit betekent dat zowel in de fase van de normvaststelling, als in de fase van de norm-

270 Lomas, 1994, p. 81.

271 Hutter, 1988, p. 131.

272 Vogel, 1986, p. 81.

273 Hutter, 1988, p. 193.

274 Hutter, 1988, p. 194.

275 Sommige wetten verlangen van werkgevers dat ze handhavende instanties inlichten over ongevallen die zich op het bedrijfsterrein voordoen. Een voorbeeld hiervan is de *Offices, Shops and Railway Premises Act* van 1963. Een ambtenaar belast met de handhaving van deze wet merkte op: 'if people bother to fill in the OSRP forms I don't want to be too harsh on them.' (Hutter, 1988, p. 188).

handhaving, het te reguleren bedrijfsleven uitvoerig wordt geconsulteerd. Deze consultatie kan tevens worden gezien als een strategie om regelgeving te bevorderen: door het voortdurend contact wordt het milieu binnen het bedrijf hoger op de agenda geplaatst. Reeds in haar jaarverslag over 1973 stelde de *Alkali Inspectorate* dat de participatie van de bedrijven 'is a good guarantee of their support in enforcing requirements among the members, for they are anxious that all similar works in the country should have to meet the same requirements, with *due allowance* for adjustments to meet special local circumstances.'²⁷⁶

Van de mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging wordt door de Britse handhavers van bestuursrechtelijke regelgeving vrijwel nooit gebruik gemaakt. Strafrechtelijke vervolging wordt gezien als het falen van de handhavende instantie, men is er dan niet in geslaagd door overreding een bedrijf over te halen de normen na te leven. Bovendien is men bang de goede relatie met het bedrijfsleven te beschadigen. Strafrechtelijke vervolging zou in de toekomst een weigering tot medewerking en informatieverstrekking van de kant van het bedrijfsleven kunnen betekenen en daardoor contraproductief werken.²⁷⁷

De soepele opstelling van de Britse handhaver, het gebrek aan formele dwangmiddelen en de terughoudendheid strafrechtelijk te vervolgen betekenen niet dat de naleving van milieuregelgeving in het Verenigd Koninkrijk beduidend slechter is dan elders. De studie van Vogel laat zien dat de naleving van milieuregels in het Verenigd Koninkrijk niet beter of slechter is dan de naleving van milieuregels onder het zeer strikte en repressieve Amerikaanse handhavingssysteem. Volgens Hawkins lijkt de nieuwe Environment Agency een wat hardere lijn te volgen dan voorheen gebruikelijk. Hij schat dat deze instantie zo'n 340 tot 400 strafrechtelijke onderzoeken per jaar start, terwijl dat er vroeger 40 à 50 waren. Hawkins verwacht echter niet dat dit een fundamentele wijziging in de handhavingsstijl van de Britse milieu-inspecteur betekent. De extra zaken zijn hooguit een druppel op de gloeiende plaat en komen misschien voort uit het enthousiasme waarmee de nieuwe instantie haar taken oppakt. Over het algemeen blijft de Britse milieuhandhaving gericht op *compliance by negotiation*.²⁷⁸

§ 3.3 Handhaving van andere bestuursrechtelijke regelgeving

De in de vorige paragraaf geschetste kenmerken van de Britse handhaving beperken zich niet tot het milieurecht. Uit het onderzoek van Vogel komt naar voren dat de-

²⁷⁶ Geciteerd in Vogel, 1986, p. 85.

²⁷⁷ Zo beschrijft Hutter dat enkele milieuinspecteurs in haar onderzoek controlebezoeken aflegden bij bedrijven waar al maanden en soms jaren milieuovertredingen plaatsvonden. In geen van deze gevallen werd strafrechtelijke vervolging überhaupt genoemd als mogelijk handhavingsmiddel.

²⁷⁸ Deze recente gegevens zijn afkomstig uit een interview met Hawkins.

zelfde handhavingsstijl terug te vinden is bij andere typen regelgeving. Net als milieuregelgeving gaat het om regelgeving die gericht is op het bedrijfsleven, zoals regelgeving inzake arbeidsomstandigheden, bescherming van consumenten en economische regelgeving. Bij al deze typen regelgeving heeft de handhaving een flexibel en informeel karakter.²⁷⁹ Daarbij wordt strafrechtelijke vervolging geschuwd en wordt uitgebreid gebruik gemaakt van het geven van informele en formele waarschuwingen. Het geven van waarschuwingen speelt in de bestuurlijke handhaving eenzelfde rol als bij de politie (zie § 2.2), maar 'whereas the police make limited use of their discretion to issue informal warnings, almost all regulatory agencies make extensive use of it.'²⁸⁰ Zo hanteert de *Field Operations Division van de Health and Safety Executive*, die belast is met de handhaving van de *Health and Safety at Work Act*, ook een coöperatieve handhavingsstijl. Deze inspectie tracht door advies, overreding en onderhandeling fabrieken tot naleving van arbeidsveiligheidsregels te bewegen en is zeer terughoudend met het instellen van strafrechtelijke vervolging.²⁸¹

Hawkins heeft onderzoek verricht naar verschillen in handhavingsstijl tussen de vijf afdelingen van de Health and Safety Executive. De *Factory Inspectorate*, de afdeling belast met de controle van fabrieken, gaat alleen tot vervolging over bij herhaling van ongelukken die letsel of dood tot gevolg hebben. Bij deze zaken zijn alle andere handhavingsmiddelen al gefaald en wordt vanuit de media en de politiek druk uitgeoefend om tot vervolging over te gaan. Voor het overgrote meerendeel van de fabrieken geldt dat de inspectie door overleg en forbearance regelnaleving probeert te bevorderen. Bij de afdelingen die belast zijn met het toezicht op mijnen en nucleaire installaties komen nauwelijks strafrechtelijke vervolgingen voor. Er worden hooguit twee zaken per jaar aangebracht. En daarbij ging het nog enkele malen om hetzelfde bedrijf, namelijk de *Waste Processing Industry* in Sutherfield. Dit bedrijf had nucleair afval in zee geloosd en er werd vanuit de media en de politiek grote druk uitgeoefend op de Health and Safety Executive om tot vervolging over te gaan. Dat er zo weinig strafrechtelijk vervolgd wordt door de afdelingen die belast zijn met de controle van mijnen en nucleaire installaties heeft twee oorzaken. Ten eerste gaat het om een relatief klein aantal bedrijven dat gecontroleerd moet worden, waardoor de ambtenaren de bedrijven goed kennen. Daardoor gaat er een sterke voorkeur uit naar het behouden van een goede relatie met het bedrijf en te komen tot vrijwillige naleving. Ten tweede beschikken deze afdelingen, in tegenstelling tot de overige

279 'Many regulatory agencies have been found to adopt an enforcement style which relies upon negotiation, bargaining, education, and the offering of advice as the means of gaining compliance with the law.' (Hutter, 1988, p. 5).

280 Rowan-Robinson, 1990, p. 247.

281 Veljanovski, 1984, p. 182-182; Matthews, 1993, p. 7-9. Illustratief is ook het citaat van een uitspraak van een arbeidsinspecteur in het onderzoek van Hawkins: 'If you've got too much work on at the time, ... , then obviously you'll say "Do I prosecute or don't I prosecute? I haven't got time to take the statements." And therefore prosecution falls by the wayside.'; Hawkins, 1989, p. 677.

drie, over de mogelijkheid een bedrijf stil te leggen. Volgens Hawkins is er daarom minder behoefte aan strafrechtelijke vervolging.²⁸²

Een andere handhavende instantie is de *Trading Standards Department*, deze instantie is verantwoordelijk voor de handhaving van *consumer protection and general trade practices law*. De handhaving is georganiseerd op een lokaal niveau; er zijn zo'n 126 afdelingen van de Trading Standards Department in het Verenigd Koninkrijk. De handhaving wordt niet gestuurd door de centrale overheid en kan van plaats tot plaats verschillen. Ook de Trading Standards Department gaan niet snel tot strafrechtelijke vervolging over. Section 26 van de *Trade Descriptions Act 1968* en section 27 van de *Consumer Protection Act 1987* stellen dat handhaving van deze wetten een plicht is van deze instantie, maar 'a duty to enforce is not a duty to prosecute.'²⁸³ De handhavingstijl van deze instantie heeft een sterk informeel karakter, waarbij de nadruk ligt op het overreden van producenten om onveilige produkten uit de handel te nemen. Daarbij hechten handhavende ambtenaren groot belang aan een coöperatieve verhouding met 'hun' bedrijven, omdat zij dit zien als voorwaarde voor een effectieve handhaving.²⁸⁴ Daarnaast wordt de handhavingstijl sterk beïnvloed door een tekort aan capaciteit.

Rowan-Robinson c.s. kwamen in hun onderzoek naar de handhavingstijl van verschillende Schotse handhavende instanties tot dezelfde conclusies.²⁸⁵ Handhavende instanties op het terrein van milieurecht, consumentenrecht, arbeidsveiligheidsrecht en belastingrecht in Schotland hanteren allemaal een flexibele handhavingstijl, waarbij grote terughoudendheid bestaat ten aanzien van strafrechtelijke vervolging. Daarbij komt dat het de handhavende instanties aan middelen ontbreekt om elke geconstateerde overtreding strafrechtelijk te vervolgen. Kennelijk achten zij dit ook niet nodig omdat 'there is considerable evidence to indicate that enforcement agencies regard the mere presence of the criminal law as the "ultimate sanction" as a useful tool for securing compliance.'²⁸⁶ Handhavende instanties kiezen er liever voor om hun spaarzame middelen te investeren in een op *compliance* gerichte handhavingstrategie. Dit handhavingbeleid was vrijwel nergens vastgelegd in een *top down* richtlijn of beleidsnotitie. Handhavingbeleid kan ook in Schotland eerder gedefinieerd worden als *bottom up*, het ontwikkeld zich uit de dagelijkse handhavingstijl.

282 Deze gegevens zijn afkomstig uit een interview met Hawkins. Carson kwam in zijn onderzoek naar de handhaving van arbeidsveiligheidsregelgeving tot dezelfde conclusie. In de dossiers van arbeidsinspecteurs ontdekte hij in totaal 3800 overtredingen van de Factories Act. Slechts in tien van deze gevallen werd tot strafrechtelijke vervolging overgegaan. Van de 633 zaken waartegen arbeidsinspecteurs wel optraden, werd 87% afgedaan door middel van een waarschuwing. (Carson, 1970).

283 Howells en Weatherwill, 1995, p. 437.

284 Howells en Weatherwill, 1995, 438.

285 Rowan-Robinson, 1990, p. 210-215.

286 Rowan-Robinson, 1990, p. 273.

De enige uitzondering op dit algemene beeld van de Britse handhaver is de *Agricultural Agency*. Hoewel er geen empirisch onderzoek voorhanden is, heeft Hawkins het vermoeden dat deze instantie een meer punitieve handhavingsstrategie volgt. Deze instantie gelooft meer in een formeel-juridische benadering en gaat sneller over tot strafrechtelijke vervolging. De oorzaak daarvoor ligt in het grote aantal te controleren inrichtingen en het kleine aantal inspecteurs. Het opbouwen van een goede relatie met een bedrijf door het meerdere malen te bezoeken is hier niet mogelijk. De enige mogelijkheid is het vervolgen van zoveel mogelijk overtredingen en hopen dat hiervan een generaal preventieve werking van uitgaat.²⁸⁷

De belangrijkste verklaring voor de flexibele en coöperatieve handhavingstijl van vrijwel alle handhavende instanties in het Verenigd Koninkrijk is gelegen in de aanzienlijke discretionaire bevoegdheid van Britse handhavende ambtenaren. Deze vrijheid komt voort uit het vertrouwen en het gezag dat overheidsambtenaren in het Verenigd Koninkrijk van oudsher hebben.²⁸⁸ Daarbij speelt een rol dat de handhaving van regelgeving in het Verenigd Koninkrijk in sterke mate is gedecentraliseerd en vooral op lokaal niveau plaatsvindt. 'In a localised system of enforcement the "field" officer typically is given wide discretion to decide what action to take when a breach of a regulatory code is discovered.'²⁸⁹ De manier van optreden hangt meer af van het concrete geval, dan van de toepassing van algemene richtlijnen. Er wordt vrijwel geen gebruik gemaakt van strafrechtelijke vervolging. 'In England the general aim is to solve problems by avoiding the formal law.'²⁹⁰ Naleving van regelgeving wordt getracht te bereiken door informele mechanismen van sociale controle en zelfregulering. De handhavende instanties onderhouden daartoe doorgaans nauwe contacten met de bedrijven die ze moeten controleren. Deze bedrijven worden uitgebreid geraadpleegd alvorens voorschriften worden vastgesteld of gehandhaafd.

§ 3.4 Bestuurlijk gedogen

Zoals hierboven reeds is aangegeven, wordt met regulation vooral sociaal-economische ordeningsregelgeving bedoeld. De Britse rechtspraak kent een ruime interpretatie van dit begrip regulation. Dat heeft in dit kader twee belangrijke gevolgen. Ten eerste valt onder regulation niet alleen het opstellen van algemene regels, maar ook de nadere invulling, uitvoering en handhaving daarvan. Regulation is dus eerder een verzamelbegrip dat de gehele reguleringsketen omvat. Vergeleken met Nederland kent het Verenigd Koninkrijk een minder duidelijk onderscheid tussen de drie fasen van de reguleringsketen: normvaststelling, uitvoering en handhaving. Zoals hierboven reeds vermeld is er verder weinig algemene regelgeving. De daadwerkelijke

287 Deze gegevens zijn afkomstig uit een interview met Hawkins.

288 Vogel, 1986; Hawkins, 1989, p. 674.

289 Rowan-Robinson c.s., 1990, p. 221.

290 Hawkins, 1989, p. 668.

normstelling ligt meer in de hand van uitvoerende overheidsorganen en is meer afhankelijk van omstandigheden van het geval. Dit is typerend voor het systeem van case-law. Daar waar gedogen in de Nederlandse praktijk vooral het afzien van handhaving van bestaande normen is, moet gedogen in de Britse situatie ook eerder in de reguleringsketen gezocht worden. De Britse bestuursambtenaar is uitvoerend regelgever en handhaver tegelijk. De Britse ambtenaar is geneigd geen normen op te leggen, waarvan hij van te voren al weet dat die niet nageleefd worden. Gedogen in de Britse praktijk is dus niet alleen het afwijken van een algemeen geldende regel of formeel vastgestelde vergunning, maar ook het achterwege late van strenge normering.

Het tweede belangrijke gevolg van de ruime opvatting van regulation, is de relatief grote discretionaire bevoegdheid van de Britse handhaver. Het belangrijkste kenmerk van de Britse ambtenaar is zijn relatief onafhankelijke positie. Handhavende ambtenaren genieten een grote mate van *discretion* bij de beslissing al dan niet te handhaven. Vanuit deze discretion moeten we gedogen zien. Soepele toepassing en afzien van handhaving passen binnen deze discretion. Dit afzien van handhaving is dus evengoed een onderdeel van regulation. '... the concept of regulation implies a toleration of conduct that causes, or possesses the potential for harm, not the eradication of existing harmful acts. This tolerance requires administrative choice as to the kind and level of harmful activity deemed to fall within the regulatory agency's mandate, as well as discretion as to its enforcement at the field level.'²⁹¹

De flexibele en informele manier van handhaving van bestuursrechtelijke regelgeving in Groot-Brittannië, gebaseerd op overleg en samenwerking met de normadresaten, roept het vermoeden op dat er daarmee ruime toepassingsmogelijkheden zijn voor gedogen. Hutter geeft een voorbeeld van een milieuinspecteur die bij de controle van een inrichting op diverse overtredingen stuitte. De inspecteur gaf de beheerder van de inrichting een informele waarschuwing maar voorspelde daarbij dat wanneer hij over enkele maanden een hercontrole zou uitvoeren, er nog niks aan de overtreding gedaan zou zijn. 'Like any other regulatory official, he was prepared to tolerate this and, moreover, to enter a long-term "game" of negotiating and cajoling the offender to comply with his requests.'²⁹²

De Britse handhaver heeft een grote mate van discretion en heeft dus de vrijheid af te zien van handhaving. Tenzij er sprake is van duidelijk en acuut gevaar voor de volksgezondheid, zijn Britse handhavende instanties over het algemeen terughoudend om van ondernemingen grotere kosten voor milieu- of veiligheidsmaatregelen te eisen dan zij zich redelijkerwijze kunnen veroorloven. Hawkins ondervond in zijn onderzoek naar de handhavingsactiviteiten van waterschappen dat 'economic incapa-

291 Hawkins en Thomas, 1984, p. 12.

292 Hutter, 1988, p. 134.

city is recognized by field inspectors as a “genuine” reason for non-compliance.’²⁹³ In de praktijk betekent dit dat de striktheid van de handhaving verschilt van plaats tot plaats en van tijd tot tijd. Met name in tijden van economische teruggang is de Britse handhaver bereid tot een soepele opstelling ten aanzien van de naleving van regelgeving. ‘No change has been made in the regulations themselves, merely in the deadline for compliance with them.’²⁹⁴

Gedogen staat bekend als forbearance en wordt gebruikt als instrument in het onderhandelingsproces met bedrijven. De handhaver biedt bijvoorbeeld aan de ene overtreder te gedogen als het bedrijf de andere overtreder aanpakt. De handhaver ‘koopt’ met het gedogen als het ware regelnaleving.²⁹⁵ Ook wordt het gedogen van bepaalde overtredingen gebruikt om vertrouwen en een goede relatie te scheppen met een bedrijf, als basis voor toekomstige handhavingsinspanningen. Hawkins omschrijft deze toepassing van gedogen door Britse milieuhandhavers zo treffend, dat een uitgebreid citaat op zijn plaats is:

‘The offer of forbearance is the opportunity for another display of the officer’s craft. He will not ask for costly remedies unless the problem is a major one or the polluter is undoubtedly wealthy. He will recognize inherent constraints facing the polluter, such as lack of space. He will respect a previously co-operative relationship. Most important, he will offer a less authoritarian response than that legally mandated. He offers the polluter time to attain compliance, for bargaining strategies are based on the principle that succes in pollution control is “bought” by giving up some of the demands that are fixed in the legal norms to be implemented.’²⁹⁶

Gedogen wordt dus gebruikt om een vertrouwensband met de normadressaat op te bouwen. Door de soepele opstelling van de handhaver van bepaalde overtredingen, voelt een ondernemer zich moreel verplicht op zijn beurt de handhaver tegemoet te komen door bepaalde overtredingen ongedaan te maken. Daarnaast bevordert het gedogen de zelf-rapportage van overtredingen door bedrijven. Bedrijven zijn eerder geneigd overtreding aan het bevoegd gezag te melden wanneer zij weten dat er niet meteen tegen wordt opgetreden. De Britse handhaver is afhankelijk van deze vrijwillige informatie, omdat hij zeer weinig bevoegdheden heeft om een bedrijf tot informatieverstrekking te dwingen. Gedogen wordt in de Britse handhavings-

293 Hawkins, 1989, p. 123.

294 Vogel, 1986, p. 80.

295 Veljanovski, 1984, p. 80.

296 Hawkins, 1984, p. 123. Illustratief is hier ook het citaat van een uitspraak van een van de handhavende ambtenaren die door Hawkins werd geïnterviewd: ‘... instead of leaving the impression that you’re some jumped-up little upstart from an office using the law to tell him what he must do, if you talk to him right, you finish up with leaving him with the view that “Well, he’s a damn good chap. ... I could’ve been prosecuted for this. I’m breaking the law, but he’s obviously going to shoot it under the carpet and let me get away with it.” So ... he does what he has to do, with goodwill, and everybody’s happy.’

praktijk gezien als een volwaardig onderdeel van het onderhandelingsproces rond regelnaleving. Handhaving van regels is daarbij geen doel op zich, maar is een middel dat de handhaver binnen zijn discretionaire bevoegdheid al of niet kan gebruiken. 'Bargaining is possible, then, only *because the law need not be formally enforced*.'²⁹⁷

§ 4 Conclusie

Net als in Nederland geldt in het Britse strafrecht het opportuniteitsbeginsel. Politie en justitie zijn niet verplicht om tot vervolging over te gaan. De laatste jaren is er in het Verenigd Koninkrijk veel aandacht voor alternatieven voor strafrechtelijke vervolging en heeft met name het geven van waarschuwingen een grote vlucht genomen. In Engeland en Wales kan de politie een formele waarschuwing (caution) geven, waarna niet tot vervolging wordt overgegaan. In Schotland heeft de procureur fiscal een zelfde soort mogelijkheid. Bij minder ernstige delicten als openbare dronkenschap, prostitutie, verkeersovertreding en bezit van drugs voor eigen gebruik wordt van deze mogelijkheid tot het geven van een waarschuwing veelvuldig gebruik gemaakt. Het Home Office heeft in 1994 door middel van een richtlijn geprobeerd de grote verschillen in de toepassing van cautioning tussen de verschillende politiekorpsen te verkleinen. Daarnaast schreef de richtlijn voor dat aan recidivisten niet langer cautions gegeven dienen te worden. De praktijk laat echter zien dat er weinig veranderd is: er bestaan nog steeds verschillen tussen korpsen en ook recidivisten krijgen nog vaak alleen maar een waarschuwing.

Het Verenigd Koninkrijk kent geen centraal vastgesteld drugsbeleid. Officieel wordt een harde lijn gevolgd, maar in de praktijk wordt daar nogal van af geweken. In de praktijk wordt een twee-sporenbeleid gevolgd: enerzijds wordt tegen handel in drugs hard opgetreden en anderzijds ligt de nadruk op het verminderen van de schadelijke gevolgen van drugsgebruik. Deze 'zachte' benadering van het gebruik van drugs heeft er toe geleid dat diegenen die verdacht worden van bezit van kleine hoeveelheden drugs die bestemd zijn voor eigen gebruik, niet meer dan een waarschuwing krijgen. Dit geldt vrijwel overal voor het bezit van soft drugs, maar bij veel politiekorpsen ook voor het bezit van hard drugs. Ook verdachten die voor de tweede of derde maal worden opgepakt wegens bezit van drugs voor eigen gebruik krijgen veelal alleen maar een waarschuwing. Verder is er oog voor de sociale en gezondheidsaspecten van het gebruik van drugs, waarbij ingezien wordt dat strafrechtelijke vervolging de problemen van een verslaafde alleen maar vergroot. Heroïne kan door een dokter aan verslaafden worden voorgeschreven, iets dat zelfs in Nederland niet mogelijk is. De versoepeling in opsporing en vervolging van drugsdelicten is vooral ingegeven door capaciteitsoverwegingen, maar ook veranderde opvattingen binnen politie en justitie over de strafwaardigheid van drugsgebruik spelen hierbij

297 Hawkins, 1989, p. 123.

een rol. Van een *gedoogbeleid* is echter geen sprake.

Gedogen komt ook bij de handhaving van bestuursrechtelijke regelgeving voor, bijvoorbeeld op het terrein van het milieurecht, de arbeidsveiligheid en het consumentenrecht. De Britse handhavingspraktijk kenmerkt zich door een zeer flexibele en informele handhavingsstijl. De Britse handhavende ambtenaar probeert door overleg, onderhandeling en het geven van advies norm-adressaten, veelal bedrijven, tot regelnaleving te bewegen. Daarbij is de handhaver afhankelijk van de bereidheid van het bedrijf tot samenwerking. Een goede relatie met de te reguleren bedrijven wordt daarom van groot belang geacht. Er wordt daarom weinig gebruik gemaakt van formele handhavingsmiddelen zoals administratiefrechtelijke maatregelen of strafrechtelijke vervolging. Daarnaast heeft de Britse handhavende ambtenaar een grote discretionaire bevoegdheid om zelf te beslissen om al of niet tot handhaving over te gaan (discretion).

Gedogen in het Britse bestuursrecht komt voort uit deze ruime mate van discretion en uit de hierboven geschetste coöperatieve handhavingsstijl. Het afzien van handhaving staat bekend als *forbearance* en speelt een rol in het handhavingsproces. *Forbearance* kan bijvoorbeeld gebruikt worden als onderhandelingsmiddel: op korte termijn wordt een overtreding gedoogd als een bedrijf belooft voor de lange termijn structurele maatregelen te nemen. Ook wordt het gedogen van bepaalde overtredingen gebruikt om vertrouwen en een goede relatie te scheppen met een bedrijf, als basis voor toekomstige handhavingsinspanningen. Verder wordt gedoogd wanneer naleving bijzonder hoge kosten met zich meebrengt of wanneer een overtreding geen gevaar voor mens en milieu met zich meebrengt. Gedogen is, met name in het milieurecht, een belangrijk onderdeel van de handhavingspraktijk. Door de discretion en de informele wijze van handhaven wordt er veel gebruik van gemaakt. *Forbearance* wordt niet als iets verwerpelijks beschouwd, maar maakt deel uit van het handhavingsproces.

Geconcludeerd kan worden dat gedogen ook in het Verenigd Koninkrijk zowel in de strafrechtelijke, als in de bestuursrechtelijke handhavingspraktijk voorkomt. Gedogen speelt er alleen een wat andere rol dan in Nederland en Duitsland. Terwijl gedogen in Nederland en Duitsland een plaats heeft gekregen in de beleidsvorming en de rechtspraktijk, speelt gedogen in het Verenigd Koninkrijk alleen een rol in de dagelijkse handhavingspraktijk. Grote uitzondering daarbij is de richtlijn inzake *cautioning* van de Home Office, die in de praktijk dan ook weinig navolging vindt.

Gedogen in Frankrijk

dr. C.M. Joubert

§ 1 Inleiding

De eerste, spontane reactie van de contactpersoon bij de Franse *gendarmerie*, toen hij werd opgebeld om informatie over gedogen in Frankrijk, was: 'Maar u weet toch wel dat het, zelfs wannéér er in Frankrijk zou worden getolereerd, absoluut on-Frans zou zijn om dat op papier vast te leggen! De mogelijke overtreders moeten vooral niet daarvan op de hoogte worden gesteld!' Dit bleek echter wel mee te vallen: Sinds 1978 zijn alle overheidsorganen verplicht om circulaires en richtlijnen openbaar te maken. Daar ook in Frankrijk niet tegen alles tegelijk kan worden opgetreden, moeten ook Franse ministers beleid ontwikkelen waaruit circulaires en richtlijnen ontstaan. Franse officieren van justitie hebben echter duidelijk een eigen competentie om over zaken te beslissen. De vraag is daarom in hoeverre deze richtlijnen bindend zijn voor de uitvoerende autoriteiten en in hoeverre men van een uniforme toepassing van de wet kan spreken.

In deze paragraaf zal worden ingegaan op het opportuniteitsbeginsel in het strafrecht en zal onderzocht worden of en in welke mate het fenomeen gedogen voorkomt (§ 2). Vervolgens zal gekeken worden of gedogen ook voorkomt bij de uitvoerende instanties in het administratieve strafrecht (§ 3). Over het onderwerp gedogen is in Frankrijk heel weinig geschreven en daarom zullen de illustraties van het fenomeen wat beperkt blijven. Ten slotte zullen enkele conclusies worden getrokken (§ 4).

§ 2 Gedogen in het strafrecht

§ 2.1 Inleiding

Als men het fenomeen gedogen in een vreemd rechtsstelsel wil bestuderen moet men een ruime invalshoek nemen en op zoek gaan naar alle mogelijke verschijnselen die als een vorm van gedogen gezien kunnen worden. De overheid kan in principe op twee manieren gedogen: vóór (*a priori*) of ná de vervolging (*a posteriori*). In deze paragraaf komt ten eerste het *a priori* gedogen aan de orde (§ 2.2). Daarbij worden ook de wettelijke grenzen van het gedogen in het algemeen bestudeerd. Ten tweede wordt bekeken of een overtreding ook achteraf getolereerd kan worden (§ 2.3). Vervolgens wordt gekeken in welke mate de onthouding van strafvervolging in de praktijk voorkomt (§ 2.4) en ten slotte wordt op een bijzonder vervolgingsbeleid ingegaan: het Franse drugsbeleid (§ 2.5).

§ 2.2 Gedogen *a priori*: legaliteit en opportuniteit van de vervolging

De Franse officier van justitie (*procureur de la République*) beslist over de vervolging van een strafbaar feit. Hoewel de Franse jurisprudentie dit principe sinds 8 december 1826 erkent,²⁹⁸ is het pas in 1958 in het wetboek van strafvordering (*Code de procédure pénale* = CPP) opgenomen:²⁹⁹ 'De officier van justitie ontvangt alle klachten en aangiften en beslist over hun gevolgen.' (Art. 40 par. 1 CPP).³⁰⁰ Het Franse recht kent derhalve het opportuniteitsbeginsel. Bij de beslissing over de vervolging moet de officier van justitie de legaliteit van een eventuele vervolging beoordelen, alvorens hij de vraag van de opportuniteit van een dergelijke vervolging kan beantwoorden.³⁰¹ In het Franse juridische jargon spreekt men over *classement sans suite*, wat letterlijk 'zonder gevolgen archiveren' betekent.

Bij de beoordeling van de legaliteit van een eventuele vervolging moet een aantal technische vragen beantwoord worden: Is het feit strafbaar? Heeft de verdachte het feit begaan? Moet de verdachte als dader of als medeplichtig vervolgd worden? Zijn er immuniteitsredenen die een rol kunnen spelen? De officier moet zich ook afvragen of er sprake is van noodweer of noodtoestand, of de verdachte toerekeningsvatbaar is, of de verdachte gehandeld heeft uit dwang. Afhankelijk van de beantwoording van deze vragen, moet de officier de zaak zonder gevolgen archiveren. Ook moet gekeken worden of de officier ontvankelijk is.

Op dezelfde manier beslist de officier van justitie over processenverbaal en andere mededelingen die hem door de politie of andere ambtenaren worden gegeven.³⁰² De persoonlijkheid van de verdachte kan een rol spelen bij het beoordelen over de opportuniteit van de vervolging. Hierover zal de officier van justitie informatie inwinnen met de hulp van de gerechtelijke politie (*police judiciaire*, wat betreft functie vergelijkbaar met de Nederlandse recherche). Volgens art. 41 par. 6 CPP kan hij verder informatie verzamelen bij de reclassering (*comité de probation et d'assistance aux libérés*) en bij alle andere instanties die bij wet bevoegd zijn informatie over de materiële, sociale of familiale situatie van een verdachte te verstrekken. Hij kan informeren naar de beste mogelijkheden voor de sociale reïntegratie van de verdachte. Ten slotte heeft de officier van justitie bij wet nog de mogelijkheid om een verdachte te dwingen zich aan een afkick-programma te onderwerpen of zich onder medisch toezicht te laten plaatsen (artt. L. 628-1, 355-15 – 355-17 *Code de la Santé Publique* = CSP). In principe geldt deze mogelijkheid slechts voor *first offenders*, maar de wet laat de mogelijkheid open, de opportuniteit van een

298 Bull.crim., nr. 250.

299 Pradel, p. 1225.

300 "Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie les suites à leur donner."

301 Nadal, 1973, p. 492.

302 Stefani, 1993, p.448.

dergelijke behandeling opnieuw te overwegen bij recidive (art. L. 628 par. 5 CSP).³⁰³ Het komt ook voor dat de officier van justitie het sepot laat hangen van een vergoeding aan het slachtoffer, bijvoorbeeld als het gaat om gevallen van onbedekte cheques.³⁰⁴

De werking van het opportuniteitsbeginsel blijft in Frankrijk beperkt tot de beslissing over de vervolging. Is de vervolging reeds begonnen, dan kan de officier van justitie zijn beslissing niet meer terugdraaien. Hoewel de officier van justitie vrij is om over de vervolging te beslissen, bevat de wet een drietal garanties tegen een willekeurige toepassing van de *classement sans suite*: Ten eerste is de officier van justitie ondergeschikt aan zijn hiërarchische meerdere (de *procureur général* en de *Garde des Sceaux* – de zegelbewaarder – feitelijk de minister van justitie). Deze kan van mening zijn dat een zaak ten onrechte is geseponeerd en de officier opdracht geven alsnog te vervolgen (artt. 36 en 37 CPP). Het tegenovergestelde is eveneens mogelijk. De officier van justitie kan opdracht krijgen een zaak te seponeren hoewel hij zelf van mening is dat de zaak vervolgd zou moeten worden.³⁰⁵ Bovendien kan de minister van justitie door middel van *circulaires* het vervolgingsbeleid beïnvloeden. In beide gevallen hervindt de officier van justitie zijn vrijheid tijdens de zitting. Hij kan daar zijn persoonlijke overtuiging naar voren brengen, zelfs wanneer deze in tegenstelling is met de officiële houding van zijn meerderen of met een eventuele opdracht tot vervolging.³⁰⁶ Een tweede garantie is de mogelijkheid voor het slachtoffer de vervolging in gang te zetten door middel van burgerlijke partijstelling (*constitution de partie civile*): Het slachtoffer kan zich tot de onderzoeksrechter wenden om de opening van een gerechtelijk vooronderzoek te vorderen.³⁰⁷ Ten slotte is de *chambre d'accusation* bevoegd mensen te vervolgen ten aanzien van wie de officier al heeft geseponeerd (artt. 202 en 204 CPP).

Kort samengevat zal de officier van justitie een zaak seponeren wanneer hij van mening is dat de zaak niet ontvankelijk is, een of meer bestanddelen van het strafbaar feit ontbreken of wanneer hij de vervolging niet opportuun acht. Statistisch gezien wordt grofweg de helft van de ter kennis van de officier van justitie gebrachte *délits*³⁰⁸ uiteindelijk geseponeerd. Het percentage geseponeerde overtredingen (*con-*

303 Pradel schrijft "hoewel de redenen die een sepot kunnen motiveren niet in de wet zijn opgenomen, kunnen ze van zeer verschillende aard zijn: de eerbaarheid van de verdachte, de relatief lage toegebrachte schade, schuld van het slachtoffer, spijt van de verdachte." (Pradel, p. 1225).

304 Dit opmerkelijke voorbeeld wordt gegeven door Pradel, 1992, p. 1225.

305 Zie Stefani, Levasseur, Bouloc, 1993, p. 454.

306 Zie J. Pradel, p. 1227.

307 Voor een korte overzicht van deze procedure zie bij voorbeeld: Pradel, 1993, p. 115.

308 Zowel in het 'oude' als in het 'nieuwe' wetboek van strafrecht (dat sinds maart 1994 van kracht is geworden) wordt een driedeling in strafbare feiten gemaakt: *crimes*, *délits* en *contraventions* (art. 111-1 CP *nieuw*); de formele wet bepaalt welke strafbare feiten als *crimes* en *délits* worden gezien en stelt daarop een straf voor; *contraventions* worden door lagere wetgeving (*règlement*) bepaald (art. 111-2 CP *nieuw*).

traventions) schijnt nog groter te zijn.³⁰⁹ Wat betreft gedeponeerde *crimes* bevat de geraadpleegde literatuur geen percentages, maar wel kan voorzichtig aangenomen worden dat naarmate een strafbaar feit ernstiger is, de waarschijnlijkheid van een (opportuniteits)sepot geringer zal zijn.

§ 2.3 *Gedogen a posteriori: de theorie van de erreur invincible*

Het adagium 'Nul n'est censé ignorer la loi' geldt nog steeds in het Franse recht.³¹⁰ In de moderne samenleving, waar elk aspect van het leven zijn eigen wetten kent, is het echter niet eenvoudig om alle regels te kennen. Wat gebeurt er wanneer zelfs een bevoegde ambtenaar een regel verkeerd uitlegt? Kan de burger zich naar Frans recht beroepen op rechtsdwaling? Na veel aarzeling aan de kant van de jurisprudentie bleek dit wel mogelijk te zijn, maar de laatste jaren is het Hof van Cassatie weer tot een veel strengere toepassing van het beginsel gekomen.

In de wetgeving bevinden zich slechts twee voorbeelden van rechtsdwaling als schulduitsluitingsgrond: Reeds in een decreet van 5 november 1870 werd gesteld dat burgers zich op onbekendheid met de wet konden beroepen als het feit binnen 5 dagen na het in kracht treden van de wet begaan werd. In het Franse fiscaal recht wordt verder gesteld dat een burger niet strafbaar is als hij zich ten goeder trouw gebaseerd heeft op een verkeerde interpretatie van de teksten door een bevoegde ambtenaar.³¹¹

Er bestaan echter geen soortgelijke bepalingen in het *Code Pénal*.³¹² Als gevolg hiervan is de theorie van de *erreur invincible* ontstaan: Een burger die alles heeft gedaan om aan informatie te komen maar daartoe niet in staat was of de verkeerde informatie heeft gekregen, kan zich er in principe beroepen dat hij niet op de hoogte was van het recht. Hoewel de jurisprudentie deze theorie, zij het met enige aarzeling, tot ongeveer de jaren zestig accepteerde, lijkt het erop dat zij inmiddels terug is gekeerd naar een zeer strenge uitleg van het beginsel. In principe wordt een rechtsdwaling niet als schulduitsluitingsgrond erkend door het Hof van Cassatie als de dwaling veroorzaakt wordt door een constante jurisprudentie van lagere rechtbanken,³¹³ maar nog slechts als haar grond ligt in verkeerde informatie door bevoegde ambtenaren.³¹⁴

³⁰⁹ Stefani, Levasseur, Boulloc, 1993, p. 151; zie ook Pradel, p. 1225.

³¹⁰ Rechteren blijken echter wel moeite te hebben met de snelle veranderende regels. Zie hierover Le canard enchaîné, 19 juni 1996.

³¹¹ Wet nr. 59-1472 van 28 december 1959.

³¹² Zie J.-P. Couturier, 1968, pp. 547 e.v.

³¹³ Crim. 28 april 1932, S., 1933.2275; 10 november 1959, B., 476; 28 februari 1961, R., B. 121, geciteerd in M.-L. Rassat, 1987, p. 374.

³¹⁴ Decocq, 1971, pp. 214 e.v.; Rassat, 1987, p. 374; Joyer, 1990, pp. 101-110.

Een officier van justitie zou in theorie een zaak kunnen seponeren, anticiperend op de mogelijke bevindingen van de rechter. Of officieren van justitie in de praktijk inderdaad seponeren op basis van een mogelijke rechtsdwaling is zeer de vraag. In principe kan deze theorie pas toegepast worden wanneer de vervolging reeds is aangevangen en daarom kan zij moeilijk worden beschouwd als een vorm van gedogen *stricto sensu*. In haar beperkte toepassingsmogelijkheden is zij een schulduitsluitingsgrond en kan als zodanig slechts worden toegepast nadat de vervolging is begonnen. Het Hof van Cassatie is bovendien zo streng geworden met het accepteren van een beroep op rechtsdwaling, dat een officier hierop moeilijk met een sepot zou kunnen anticiperen. Hooguit zou hij naar aanleiding van een rechtsdwaling een zaak kunnen seponeren bij gebrek aan opportuniteit. In hoeverre dit daadwerkelijk gebeurt is een vraag die slechts aan de hand van een zeer uitgebreide (statistische en psychologische) studie naar de motivaties van opportuniteitssepots zou kunnen worden beantwoord.

§ 2.4 *Vervolgingspraktijk in vogelvlucht*

Het reeds in hoofdstuk 2 uitvoerig aangehaalde onderzoek van Van Ruller en Faber gaat niet alleen in op het sepotbeleid in de negentiende en twintigste eeuw in Nederland, maar vermeldt ook enige gegevens betreffende seponeren in Frankrijk en België.³¹⁵ Hun conclusie ten aanzien van het tijdvak van 1831 tot 1951 is dat het aantal seponeringen in Frankrijk per 100.000 inwoners 20 keer zo groot is geworden.³¹⁶ 'Het aandeel van het sepot als afdoeningswijze is toegenomen van 18% naar 65%.' Tussen 1951 en 1961 was er zelfs sprake van meer dan een verdubbeling van het aantal sepots. Daarentegen was het aandeel van afdoening van strafzaken door de rechter sinds 1831 afgenomen van 73% naar 31%. Uit deze cijfers kan de conclusie getrokken worden dat ook in Frankrijk steeds meer zaken door het Openbaar Ministerie worden afgedaan.³¹⁷ Volgens Van Ruller en Faber zijn deze cijfers 'wel te beschouwen als maat van tolerantie van wetsovertredingen die normaal gesproken vervolgd hadden kunnen of moeten worden. Aan de hand van de zojuist gegeven cijfers zou men kunnen zeggen: getolereerd in langzaam maar zeker toenemende mate.'³¹⁸

Volgens een studie van het C.E.S.D.I.P. (*Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales*) uit 1989 worden 80% van de aan het openbaar ministerie voorgelegde zaken op grond van het opportuniteitsbeginsel van art. 40

315 Van Ruller en Faber, 1995.

316 Een onderzoek van het C.E.S.D.I.P. spreekt van een stijging van 30% à 50% tussen 1831 en 1870; zie Aubusson de Cavarlay en Lévy, 1990 III.2.

317 Ook in België blijkt het seponeren in de beschouwde periode zeer geleidelijk te zijn toegenomen. Het aandeel van de geseponeerde zaken die bij de parketten waren binnengekomen was in 1836 14,83% en in 1982 70,36% (Van Ruller en Faber, 1995, p. 95).

318 Van Ruller en Faber, 1995, p. 93.

CPP geseponeerd.³¹⁹ Uit deze studie blijkt een grote discrepantie te bestaan tussen de vervolgingspraktijk van verschillende strafbare feiten: Slechts 1,6% van de diefstalzaken (winkeldiefstal en roof niet inbegrepen) worden vervolgd, terwijl maar liefst 78,9% van de overtredingen van openbaar-vervoerverordeningen vervolgd worden. Het onderzoek onderscheidt tussen zaken waar vervolging niet mogelijk geacht wordt enerzijds, en zaken waar vervolging wel mogelijk wordt geacht, anderzijds. Als de vervolging niet haalbaar wordt geacht, kan dit het gevolg zijn van juridische of technische beperkingen, bijvoorbeeld als er kennelijk geen sprake is van een strafbaar feit, als geen klacht ontvangen is (bij klachtdelikten) of als het een klacht tegen een onbekende dader betreft. In dat laatste geval, zou de vervolging van de zaak aanvullend onderzoek vereisen, waarvan de resultaten onzeker zijn. Uit het onderzoek blijkt dat 65,4% van de zaken als niet vervolgbaar worden beschouwd.³²⁰

Tot deze technische septs kan zowel door de officier van justitie, als ook door de griffier worden besloten. Opmerkelijk is dat 56,2% van de diefstalzaken waar de dader onbekend was, nooit door een officier gezien is. Deze zaken worden volgens een vaste regel door de griffie gearchiveerd. Bij de griffie waren alle zaken wel geregistreerd, terwijl nationale statistieken laten zien dat 42% van de door Franse officieren van justitie geseponeerde zaken waar de dader onbekend is in de regel slechts een nummer krijgen. Alle andere gegevens van zaak worden niet eens geregistreerd (*compostage*). De enige reden voor deze *compostage* is het bijhouden van statistieken voor een bepaald arrondissement. Deze gang van zaken illustreert de implicaties van de door politie of *gendarmerie* gebruikte bewoordingen in een proces-verbaal: Als een opsporingsambtenaar een proces-verbaal tegen een onbekende dader aan de officier van justitie voorlegt, wordt het zonder meer gearchiveerd.³²¹

Slechts 34,6% van de zaken in het onderzoek van de C.E.S.D.I.P. bleken vervolgbaar. Ongeveer de helft van die zaken werd na evaluatie door een officier van justitie uiteindelijk geseponeerd. De meest voorkomende gronden voor seponering waren: zeer geringe schade (minder dan 100 FF) of vergoeding en/of het normaliseren van de strafbare situatie. Onder het normaliseren van de onrechtmatige situatie wordt verstaan het herstel van de rechtmatige toestand, bijvoorbeeld door vergoeding van de schade of teruggave van het gestolene. Zaken met een zeer geringe schade, meestal overtredingen van openbaar vervoer-verordeningen en winkeldiefstal, werden vrijwel allemaal geseponeerd. De helft van de geseponeerde zaken waar vervolging haalbaar werd geacht betrof zaken waar vergoeding of normalisatie had plaatsgevon-

319 De studie onderzocht gedurende een jaar een representatief monster van alle zaken (ongedekte cheques uitgezonderd) van een arrondissement in de Parijs regio; zie Aubusson de Cavarlay en Lévy, 1990; Simat-Durand, 1989, p. 4; Simat-Durand, 1995, p. 13.

320 Simat-Durand, 1995, p. 13.

321 Simat-Durand, 1995, p. 13.

den. Een beslissing tot vervolging over te gaan volgde uiteindelijk in slechts dan 18% van de bestudeerde zaken.³²²

De *police* en de *gendarmerie* hebben beide invloed op het proces van seponeren. Ondanks het feit dat zij juridisch gezien geen bevoegdheid hebben ten aanzien van de vervolging van een zaak, beschikken zij over een zekere beslissingsmarge: Zij kunnen bijvoorbeeld weigeren de klacht van een burger in behandeling te nemen of door middel van de *main courante* een zaak (voorlopig) afhandelen. De uitdrukking *main courante* wordt gebruikt voor het noteren van de feiten in een bepaald register, welk register voor vertrek van de verdachte door hem wordt ondertekend. Het feit dat iemand in verzekering wordt gesteld (*garde à vue*) heeft zeker ook invloed op de vervolging, daar een dergelijke maatregel altijd in een proces-verbaal moet worden opgenomen.³²³

Uit recentere cijfers van het Franse ministerie van Justitie blijkt dat het aantal septs zich van 1991 tot 1995 in een stijgende lijn heeft ontwikkeld (van 45% tot 80%). Van deze septs schommelt het percentage septs met bekende daders rond de 50% (tussen 42% en 53%).

§ 2.5 Drugsbeleid in ontwikkeling

Op 1 maart 1994 is de nieuwe *Code Pénal* in werking getreden en tegelijkertijd zijn de bepalingen met betrekking tot verdovende middelen die tot dan toe in het wetboek van volksgezondheid (*Code de la Santé Publique*) waren opgenomen, naar de *Code Pénal* overgebracht. Uitzondering zijn de bepalingen die betrekking hebben op het gebruik van drugs, die blijven in het wetboek van volksgezondheid. Het ministerie van justitie had reeds sinds de wet van 31 december 1970³²⁴ een aantal circulaires uitgebracht om op deze wijze de toepassing van de wet min of meer te harmoniseren. Circulaires hebben in Frankrijk echter geen bindende status en worden slechts als indicatie gebruikt door de verschillende parketten. De officier van justitie is immers vrij om van de circulaire af te wijken als de lokale omstandigheden dit vorderen.³²⁵

De wet is zeer streng als het gaat om verdovende middelen. De strafmaat is niet alleen hoger in vergelijking tot andere Europese landen maar zelfs in vergelijking tot andere delicten in Frankrijk. Een andere voorbeeld van deze strengheid is het feit dat de *garde à vue* (vgl. met inverzekeringstelling), die in de regel voor 24 uur mag

322 Simat-Durand, 1995, pp. 14-15.

323 Simat-Durand, 1989, pp. 2 e.v.

324 Nr. 70-1320. Deze wet huisvestte toen alle bepalingen met betrekking tot verdovende middelen in de *Code de la Santé Publique*.

325 Boekhout van Solinge, 1996, p. 93.

worden opgelegd, voor drugsdelicten tot 48 uur mag worden gevorderd. In geval van handel in verdovende middelen kan de maatregel zelfs met nogmaals 48 uur worden verlengd, tot een maximum van 96 uur.

Het wetboek van volksgezondheid bevat zoals reeds vermeld bepalingen over het gebruik van verdovende middelen (*usage de stupéfiants*). Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen soorten verdovende middelen, evenmin als tussen *soft* en *hard* drugs, tussen gebruik in de privésfeer of in het openbaar en tussen regelmatig of incidenteel gebruik. De wet bevat de mogelijkheid een overtreder met een gevangenisstraf van twee maanden tot een jaar te bestraffen, of met een boete tussen de 500 en de 25.000 FF. De wet biedt tevens de mogelijkheid een overtreder niet te vervolgen: De vervolging kan voorkomen worden met een *injonction thérapeutique*. Dit houdt in dat de officier van justitie de overtreder kan voorstellen zich aan een afkickkuur te onderwerpen (*cure de désintoxication*).³²⁶

De bepalingen met betrekking tot de produktie of fabricage (art. 222-35 CP), de import of export (art. 222-36 Code Pénal), het witwassen van uit de handel in verdovende middelen afkomstige gelden (art. 222-38 Code Pénal), het transport, bezit en aanbieden van verdovende middelen (art. 222-37) zijn in 1994 naar het wetboek van strafrecht overgebracht. De overtreding van deze bepalingen kan leiden tot een gevangenisstraf variërend van 10 jaar tot levenslang. Een uitzondering hierop is het aanbieden of overdragen van verdovende middelen aan een persoon die consumptie als oogmerk heeft, hetgeen met een gevangenisstraf van 5 jaar wordt bestraft (art. 222-39 Code Pénal). De relatief lage strafmaat op deze bepaling (die bedoeld is om kleine handelaars aan te pakken) is geïntroduceerd om een soort snelrechtprocedure mogelijk te maken.³²⁷

Ondanks de strafbaarstelling van drugsgebruik en -bezit (artt. L.628 CSP en 222-37 Code Pénal) worden gebruikers in de meeste gevallen niet vervolgd.³²⁸ In een circulaire werd al in 1978 aan officieren van justitie aanbevolen zaken van cannabisgebruik niet te vervolgen en met een waarschuwing af te doen.³²⁹ In een circulaire van 1987 wordt er geen onderscheid meer gemaakt tussen soorten verdovende middelen maar tussen gewoonte- en gelegenhedengebruikers.³³⁰ De ene moet in principe met dwang in de hulpverlening geholpen worden, terwijl de andere met een waarschu-

326 Zie Boekhout van Solinge, 1996, p. 94.

327 Boekhout van Solinge, 1996, p. 98.

328 J. Bigot, p. 590; De commissie Henrion meldde in 1995 dat al sinds 1978 feitelijk niet meer opgetreden wordt tegen incidentele haschgebruikers; zie ook Kortenhorst, 1996, p. 211. Boekhout van Solinge spreekt dit echter tegen en geeft aan dat in sommige arrondissementen, vooral op het platteland, gebruik wel degelijk vervolgd wordt (Boekhout van Solinge, 1996, p. 101).

329 Zie hierover Kortenhorst, 1996, p. 211.

330 NOR: JUS.A 87 00057 C.

wing over de gevaren van het gebruik van verdovende middelen naar huis wordt gestuurd. Het proces-verbaal wordt, nadat het naar de officier van justitie is verstuurd zonder gevolgen gearhiveerd. In geval van recidive wordt (summier) onderzocht of de gebruiker sociaal geïntegreerd is. Als dat zo is wordt hij voor de officier van justitie voorgeleid. Daar wordt hij in vrijheid gesteld met de mededeling dat hij na een mogelijke recidive vervolgd zou kunnen worden. Als de gebruiker tekenen van verslaving vertoont zal hij in dwangverpleging opgenomen worden (*injonction thérapeutique*). Als hij dit alternatief weigert wordt hij strafrechtelijk vervolgd.

In een nota van 23 december 1992 gericht aan de procureurs-generaal, herhaalt het ministerie van justitie het in de circulaire van 1987 gemaakte onderscheid. Wel wordt de tekst aangevuld met het volgende. Voor de gelegheidsgebruiker wordt benadrukt dat het seponeren van de zaak met een waarschuwing de voorkeur verdient. Voor de gewoontegebruiker wordt dwangverpleging opgelegd. Voor gebruikers-verkopers wordt aanbevolen om 'soepel' met de delictsomschrijving om te gaan. Op deze manier zou de procedure van onmiddellijk dagvaarding (*poursuite en comparution immédiate*, art. L.627-2 CSP) gebruikt kunnen worden met gunstige gevolgen voor de druk op het justitiële apparaat. Voor verslaafden, die zich tevens vaak aan allerlei andere delicten schuldig maken, wordt aan een gedifferentieerde aanpak de voorkeur gegeven, met name ten aanzien van het verschil tussen professionele criminelen en diegenen die alleen strafbare feiten plegen om in de eigen behoefte te kunnen voorzien.³³¹

In een gezamenlijke circulaire van de ministers van justitie, binnenlandse zaken, defensie, sociale zaken en volksgezondheid wordt deze lijn aangescherpt.³³² Voor gelegheidsgebruikers die geen andere strafbare feiten hebben gepleegd wordt niet meer aanbevolen te seponeren, maar veeleer een dwangverpleging te vorderen. Voor verslaafden die zich wel aan andere strafbare feiten schuldig hebben gemaakt wordt een repressievere aanpak aanbevolen. In deze circulaire wordt tevens aanbevolen in elk departement een convenant van aanpak (*convention d'objectifs*) samen te stellen, waarin de doelstellingen van de verschillende autoriteiten met betrekking tot de aanpak van drugsverslaafden worden opgenomen. De in elk departement tot stand gekomen convenanten beoogen een gedifferentieerde aanpak en de sociale integratie van de drugsgebruikers.

De laatste (bekende) circulaire over dit onderwerp betreft de harmonisatie van het gebruik van dwangverpleging (*circulaire relative à l'harmonisation des pratiques relatives à l'injonction thérapeutique*).³³³ De circulaire bepaalt onder andere wie als

331 Zie ook circulaire CRIM-92-13/S.D.J.C. van 2 oktober 1992 betreffende de bestrijding van drugsmisbruik (*La lutte contre le développement de la toxicomanie*)

332 14 januari 1993, NOR/INT/K/93/00009/C.

333 DGLDT/CRIM/DGS no 20C, 28 april 1995.

doelgroep van deze maatregel kan worden aangemerkt: gewoontegebruikers van heroïne en cocaïne, alsmede van cannabis als deze er herhaaldelijk en in grote hoeveelheden of in combinatie met alcohol, medicamenten of andere producten gebruik van maken. Bovendien wordt van alle geconstateerde gevallen van gebruik van verdovende middelen proces-verbaal opgemaakt, welke doorgestuurd worden naar de officier van justitie.

Een complicatie bij het bestuderen van de uitvoering van het beleid in de praktijk is het feit dat het verschil tussen gebruik en bezit onduidelijk is. Zoals reeds vermeld valt het één onder de wetgeving inzake volksgezondheid, terwijl het andere onder het wetboek van strafrecht valt. Dit houdt in dat bezit van verdovende middelen kan leiden tot een gevangenisstraf van tien jaar en/of een boete van 50 miljoen Franse Francs. In de praktijk wordt dit onderscheid niet overal op dezelfde manier gemaakt, noch wordt een middel als de *injonction thérapeutique* overal gelijk toegepast. Uit een studie van de Universiteit van Amsterdam blijkt bijvoorbeeld dat een officier van justitie in Parijs pas na de derde keer een drugsgebruiker vervolgd en dat hij de *injonction thérapeutique* voor cannabisgebruikers nooit toepast. Bovendien bepaalt hij voor zichzelf de grens tussen bezit – dat altijd wordt vervolgd – en gebruik bij 30 gram.³³⁴

Anders dan besitters, worden gebruikers in Frankrijk in de praktijk niet vaak. De grens tussen gebruik en bezit kan van arrondissement variëren: Bij het parket in Lyon bijvoorbeeld ligt de grens bij 20 gram, in Parijs bij 30 gram en in Lille tussen 75 (hash) en 100 gram (marihuana).³³⁵ Er is wat dat betreft dus geen sprake van een eenduidig landelijk beleid.³³⁶

In 1995 is een in opdracht van de minister van volksgezondheid door de commissie Henrion geschreven rapport verschenen.³³⁷ Het rapport tracht de door de minister voorgelegde vraag te beantwoorden of de strafbaarstelling van het gebruik van drugs gehandhaafd moest blijven. Verder moesten de commissieleden zich buigen over de vraag of er een verschil gemaakt moest worden tussen soft en hard drugs. Hoewel de 17 leden van de commissie op die vragen geen eenduidig antwoord konden geven, werd wel een onderscheid gemaakt in het gevaar dat uit diverse vormen van drugsgebruik kan resulteren. Een minderheid pleitte voor een verschil in benadering

334 Boekhout van Solinge, 1996, pp. 101-102.

335 Kortenhorst, 1996, p. 211; vergelijkbare grenzen worden ook door Boekhout van Solinge (1996, pp. 101v) geconstateerd.

336 Een studie van M.D. Barré, onderzoekster aan het C.E.S.D.I.P. heeft aangetoond dat, in ieder geval in arrondissementen rondom Parijs, bijna niemand meer voor enkel het gebruik van cannabis wordt veroordeeld.

337 *Rapport de la commission de réflexion sur la drogue et la toxicomanie*, 1995, Paris, Ministère des Affaires Sociales, de la Santé et de la Ville.

tussen de gelegenheids-hashgebruiker en de gewoonte-harddrugsgebruiker. De voorstanders van decriminalisering in de commissie hebben zelfs een proef voorgesteld, waarbij gedurende twee jaar het gebruik van soft drugs door personen ouder dan 16 jaar en elders dan in het openbaar niet werd vervolgd. In het geval dat na de proef de situatie niet zou zijn verslechterd, zou gediscussieerd kunnen worden over de mogelijkheid de handel in soft drugs onder overheidstoezicht te plaatsen.³³⁸

Wat betreft het beleid van de politie (*Gendarmerie* en *Police Nationale*) kan vermeld worden dat het wordt afgestemd op het beleid van de officier van justitie. In principe wordt iemand die door de politie is aangehouden naar het politiebureau gebracht waar een proces-verbaal wordt opgemaakt. Dit kan na een verblijf in de cel gedurende de *garde à vue*. Het is echter mogelijk dat een persoon naar een politiebureau wordt gebracht waar hij vervolgens wordt ondervraagd, zonder dat proces-verbaal wordt opgemaakt. De betrokkene moet dan voor zijn vertrek een register ondertekenen, de zogenaamde *main courante*. Dit register is handgeschreven en maakt geen deel uit van een geïnformateerde databank. Het is aan de *police judiciaire* te beoordelen na hoeveel keer tekenen in de *main courante* proces-verbaal moet worden opgemaakt. In Parijs bijvoorbeeld werden in 1990 van de 8.200 zaken betreffende druggebruik behandeld door de *Brigade des Stupéfiants*, 5.500 tot een proces-verbaal hebben geleid.³³⁹ De rest, 3.200 zaken(!) werd als *main courante* afgehandeld.³⁴⁰ Er zijn geen richtlijnen die de politie voorschrijven tegen cannabisgebruik niet op te treden. In de praktijk wordt tegen cannabisgebruik echter vaak niet opgetreden. Het is natuurlijk altijd mogelijk dat een politieagent zijn ogen sluit of dat hij, nadat hij naar de identiteit van een gebruiker heeft gevraagd, de drugs in beslag neemt.³⁴¹ Deze praktijk is echter moeilijk aan de hand van de bestaande cijfers aan te tonen.

§ 3 Gedogen in het administratieve strafrecht

De uitdrukking 'administratief strafrecht' wordt in de doctrine gebruikt om het scheidingsgebied tussen bestuursrecht en strafrecht aan te duiden. Het betreft het rechtsgebied dat zich bezighoudt met de sanctionering van het aan verschillende administratieve organen gedelegeerde toezicht.³⁴² De normering, de controle over de uitvoering van de regels en de sanctionering ervan zijn bevoegdheden die aan een breed scala van publieke en para-publieke instanties zijn opgedragen. Deze regelgeving en haar handhaving zijn verspreid over ongeveer 50 bestuursrechtelijke wetten, die allen ook strafrechtelijke bepalingen omvatten, en bevoegdheden van

338 P.C., Kortenhorst, 1996, pp. 211 en 213.

339 De *Brigade de Répression du Trafic Illicite des Stupéfiants* (BRTIST) is een gespecialiseerde recherche-eenheid die in Parijs en de drie omliggende departementen actief is.

340 Cesoni en Shiray, 1992, p. 154; geciteerd in Boekhout van Solinge, 1996, p. 107.

341 Boekhout van Solinge, 1996, p. 107.

342 De uitdrukking '*droit pénal administratif*' wordt gebruikt door Lascoumes en Barberger, 1988, p. 45 en Robert, 1994, p. 247.

gerechtelijke politie (dat wil zeggen opsporingsbevoegdheden) toekennen aan meer dan 100 verschillende soorten opsporingsambtenaren.³⁴³

In het administratief strafrecht wordt niet gesproken over *classement sans suite*, daar de wet deze bevoegdheid enkel aan de officier van justitie toekent. Bovendien zijn ingevolge art. 40 par. 2 CPP alle ambtenaren verplicht de door hen geconstateerde strafbare feiten ter kennis van de officier van justitie te brengen. In principe is de handhaving van de administratieve regelgeving opgedragen aan bijzondere ambtenaren die, anders dan de politie, een dubbele bevoegdheidsbeperking hebben. Waar politieambtenaren meestal slechts beperkt zijn in hun bevoegdheid *ratione loci*, kennen ambtenaren van administratieve organen ook beperkingen *ratione materiae*. Zij hebben geen algemene opsporingsbevoegdheid maar zijn slechts bevoegd voor de in de bijzondere wet genoemde feiten.³⁴⁴

Er bestaan echter een aantal administratieve organisaties (bijvoorbeeld de douane of de fiscale autoriteiten) die de bevoegdheid hebben om overtreders een transactie aan te bieden. De fiscale autoriteiten hebben de bevoegdheid om sommige feiten met een transactie af te doen (artt. L247 –L251A *Livre de procédures fiscales* – LPF). Zij gaan hiertoe over wanneer zij van mening zijn dat vervolging te tijdrovend of de uitkomst ervan te onzeker is. Zij zijn tevens bevoegd – samen met het openbaar ministerie als toegevoegde partij (*partie jointe*) – de strafrechtelijke vervolging te beginnen.³⁴⁵

Of gedogen in de handhaving van bestuurlijke regelgeving voorkomt is een vraag die slechts aan de hand van statistieken en studies te beantwoorden valt. In de Franse doctrine wordt zover bekend het onderwerp 'handhaving' slechts in positieve zin benaderd. De negatieve handhaving, ofwel het gedogen van strafbaar gedrag, komt slechts incidenteel naar voren, bij voorbeeld wanneer toevallig uit het dossier of de feiten blijkt dat een delict pas na de derde recidive wordt vervolgd.

Of het administratieve strafrecht aan dezelfde voorwaarden onderworpen is als het algemene strafrecht, is een vraag waarop nog geen eenduidig antwoord is gevonden. Wel wordt gepleit voor een dergelijke onderwerping van het administratief strafrecht aan algemene beginselen van het strafrecht, met name wat betreft de rechten van de

343 In hun studie uit 1988 telden Lasconnes & Barberger 51 administratieve wetten en 177 categorieën van opsporingsambtenaren. Voorbeelden van deze wetten zijn: *code du travail, code rural et forestier, appendice au code pénal, code de l'environnement, code du commerce, nouveau code des impôts, code général des impôts, code de la famille et de l'aide sociale, code de la santé publique, code de la sécurité sociale* en de *code de la construction et de l'habitation*. (Lascoumes en Barberger, 1988, p. 45).

344 Lascoumes en Barberger, 1988, p. 58.

345 Informatie afkomstig uit gesprekken met mw. E. Pelsez, Franse liaison-magistraat bij het Nederlandse ministerie van justitie.

verdachte.³⁴⁶ Een andere vraag is of het administratief strafrecht aan de regels van het administratief recht is onderworpen. Die vraag kan positief worden beantwoord.

Een kenmerk van het administratief handhaven van normen is de hiërarchische band tussen de agenten die de norm moeten handhaven en de autoriteit die voor de handhaving verantwoordelijk is. Hoewel deze band ook in het strafrecht bestaat, lijkt zij op het eerste gezicht in het administratief recht aanzienlijk sterker. De hiërarchische lijn wordt onder andere zichtbaar door het bestaan van circulaires (ook dienstinstructies, *instructions de service* genoemd) en richtlijnen.

Een circulaire wordt door een hiërarchisch meerdere, meestal de minister, gebruikt om voornemens met betrekking tot de uitvoering van een bepaalde dienst of de interpretatie van een bepaalde wet of lagere regelgeving bekend te maken.³⁴⁷ Traditioneel werd de circulaire beschouwd als een puur interne mededeling van de meerdere aan zijn ondergeschikten en zonder effect voor de burger die hiervan immers vaak geen weet had. De wet van 17 juli 1978 heeft in deze situatie echter verandering gebracht doordat zij bestuursorganen verplicht circulaires te publiceren. Volgens een besluit van 1983 (*décret* van 23 november) kunnen betrokkenen zich op circulaires beroepen tegenover het bestuur zolang deze niet in strijd zijn met wet en reglement. De jurisprudentie maakt een nogal subtiel onderscheid tussen de effecten voor de geadmistreerden van circulaires en van richtlijnen.³⁴⁸ Richtlijnen zijn bepalingen waarbij de administratie, die een discretionaire bevoegdheid moet uitvoeren en in principe verplicht is alle gevallen individueel te beoordelen, de algemene voorwaarden en criteria bekend maakt aan de hand waarvan zij zal beslissen. Dit natuurlijk zonder zich het recht te ontfangen anders te beslissen als de feitelijke situatie daartoe aanleiding geeft. De hierboven genoemde wet van 17 juli 1978 verplicht de administratie eveneens om haar richtlijnen te publiceren.³⁴⁹

Of de circulaires en richtlijnen gebruikt worden om een vervolgingsbeleid aan te duiden is een vraag die slechts aan de hand van speculatie en onder voorbehoud kan worden beantwoord. Het is al de vraag of een dergelijke circulaire van de minister aan de administratieve autoriteiten legaal zou zijn. Omdat enkel de officier van justitie de bevoegdheid heeft een zaak te seponeren, zou een circulaire die deze bevoegdheid aan andere ambtenaren toekent onwettig zijn. De ambtenaren hebben ten slotte slechts de bevoegdheden die zij bij wet hebben gekregen. Of in de praktijk alle geconstateerde strafbare feiten inderdaad aan de officier van justitie worden voorgelegd is moeilijk te zeggen. De instantie belast is met de handhaving van mededingingswetgeving en de bestrijding van fraude in het economisch verkeer

346 Zie hierover Robert, 1994, p. 948.

347 Rivero en Waline, 1994, p. 82.

348 C.E. 11 december 1970.

349 Rivero en Waline, 1994, p. 83.

(*Direction de la concurrence et des fraudes*) zegt in principe gebonden te zijn aan de verplichting alle geconstateerde strafbare feiten aan de officier van justitie te melden, die dan over de opportuniteit van de vervolging zal beslissen. In de praktijk worden echter per post wel een of meer waarschuwingen aan de overtreder gestuurd. Gaat de overtreder desondanks door, dan kan de directie het feit, samen met de reeds gestuurde waarschuwingen, aan de officier voorleggen.³⁵⁰

§ 4 Conclusie

Hoewel niet zo openlijk als in Nederland, komen ook in Frankrijk vormen van gedogen voor. Ook in Frankrijk geldt ten aanzien van de vervolging het opportuniteitsbeginsel. Onderzoek heeft uitgewezen dat er op zeer ruime schaal wordt geseponeerd. Hoewel volgens de letter van de wet de bevoegdheid om over vervolging te beslissen slechts aan de officier van justitie toekomt, komt de beslissing af te zien van vervolging (of beter de beslissing een zaak niet ter kennis van de officier van justitie te brengen) in de praktijk ook toe aan andere opsporingsambtenaren. Deze uitspraak verdient echter enig voorbehoud: Het onderwerp ligt in Frankrijk wat gevoelig omdat, zoals reeds vermeld, enkel de officier van justitie de bevoegdheid heeft een zaak zonder gevolg te archiveren (*classement sans suite*). Dat andere instanties feitelijk ook bij deze beslissing een rol spelen wordt formeel echter niet erkend. De wet is immers duidelijk: Artt. 19 en 40 par. 2 CPP verplichten alle publiekrechtelijke opsporingsambtenaren (politie, gendarmerie en alle andere bijzondere opsporingsambtenaren) elke overtreding van de wet in een proces-verbaal vast te leggen, om het vervolgens naar de officier door te sturen. De praktijk laat echter zien dat elk bureau of organisatie wat betreft het doorsturen van processen-verbaal aan de officier van justitie zijn eigen beleid heeft. Het mag dan ook duidelijk zijn dat er geen sprake kan zijn van een geharmoniseerd vervolgingsbeleid over het hele land.

Er zijn circulaires en richtlijnen (in Frankrijk afkomstig van het bevoegde ministerie en niet van de procureurs-generaal) die beogen de vervolging van sommige strafbare feiten te versoepelen of juist te verscherpen. Deze gelden echter slechts als indicatie, omdat de officieren van justitie immers vrij zijn het beleid aan de lokale omstandigheden aan te passen. Een voorbeeld hiervan is het vervolgingsbeleid inzake verdovende middelen. Door de jaren heen is door de bevoegde ministeries een vijftal circulaires uitgegeven om te proberen de vervolging van gebruik en bezit van verdovende middelen te harmoniseren. Het feit dat in de praktijk verschillende parketten verschillende grenzen hanteren voor het bepalen van het onderscheid tussen gebruik en bezit (bijvoorbeeld: Lyon 20 gram, Parijs 30 gram en Lille 75 gram) laat zien dat officieren van justitie zich de vrijheid permitteren (op grond van art. 40 CPP) de lokale omstandigheden een rol te laten spelen. Bovendien bepaalt elk politie- of

350 Informatie afkomstig uit gesprekken met mw. Pelsey.

gendarmerie-bureau zijn eigen beleid voor wat betreft welke feiten aan de officier van justitie worden voorgelegd en welke als *main courante* worden afgehandeld.

Handhaving van bestuursrechtelijke regelgeving geschiedt in Frankrijk met behulp van het administratieve strafrecht. Bovenstaande conclusies over het algemene strafrecht gelden ook ten aanzien van dit bijzondere strafrecht. Over de daadwerkelijke handhaving van bestuursrechtelijke regelgeving zijn weinig gegevens beschikbaar. Het vermoeden bestaat echter wel dat in de dagelijkse handhavingspraktijk niet snel tot vervolging wordt overgegaan, maar dat eerst meermalen waarschuwingen worden gegeven.

Samenvatting en conclusie

Er is de laatste jaren in de politiek, de media en de rechtswetenschap veel discussie gevoerd over door het gedogen van regelovertredingen door de overheid, bijvoorbeeld het bezit van drugs of milieuovertredingen. Met de beleidsnota *Grenzen aan gedogen* beoogt het kabinet duidelijkheid te scheppen over het gebruik en de aanvaardbaarheid van gedogen in Nederland. In de publieke opinie bestaan bepaalde meningen en vooronderstellingen over gedogen. Zo zou gedogen een typisch Nederlands verschijnsel zijn en zou gedogen voortkomen uit de godsdienstvrijheid en verdraagzaamheid ten tijde van de Republiek. Ten behoeve van deze nota is door mij onderzoek verricht naar de juistheid van deze vooronderstellingen. Daartoe heb ik getracht de historische en culturele context van het verschijnsel gedogen in kaart te brengen. In dit onderzoek stonden de volgende onderzoeksvragen centraal:

- 1 Is gedogen een recent verschijnsel of kwam het in Nederland altijd al voor?
- 2 Is gedogen en/of gedoogbeleid inderdaad een typisch Nederlands verschijnsel of komt het in andere landen ook voor?

Ter beantwoording van de eerste onderzoeksvraag heb ik enkele opmerkingen gemaakt over de godsdienstvrijheid en tolerantie die hier te lande ten tijde van de Republiek heerste. Daarnaast is gezocht naar historische voorbeelden van gedoogpraktijken en is de ontwikkeling van de opportuniteit in de Nederlandse vervolging na 1813 geschetst. Ter beantwoording van de tweede vraag is een korte rechtsvergelijkende studie gemaakt van Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk. Daarbij werd een onderscheid gemaakt tussen gedogen in het strafrecht en gedogen in het bestuursrecht. Gedogen in het strafrecht betekent dat af wordt gezien van strafrechtelijke vervolging. Er is daarom in genoemde landen gekeken naar het vervolgingsbeleid en de vervolgingspraktijk. Daarbinnen is meer concreet gekeken naar het drugsbeleid en de vervolging van het bezit van kleine hoeveelheden drugs die bestemd zijn voor eigen gebruik. Bestuurlijk gedogen betekent dat door een bestuursorgaan of andere handhavende instantie wordt afgezien van de handhaving van bestuursrechtelijke regelgeving. In dit onderzoek heb ik getracht de handhavingspraktijk van genoemde landen bestuurd en aangegeven welke betekenis gedogen daarbij heeft. Vaak stond daarbij het milieurecht centraal. Het was overigens geen bewuste keuze om zoveel aandacht te besteden aan de handhaving van drugbeleid en milieurecht. Tijdens het onderzoek bleek echter dat, net als in Nederland, gedoogproblematiek zich met name op deze terreinen afspeelt.

Het historische onderzoek laat zien dat gedogen in Nederland zeker geen nieuw verschijnsel is, maar dat het al vele eeuwen bestaat. Kanttekeningen dienen echter wel geplaatst te worden bij de gedachte dat de Nederlandse gedoogpraktijken voortkomen uit de tolerantie en godsdienstvrijheid ten tijde van de Republiek. Ten eerste

kan worden betoogd dat gedogen niet zozeer voortkomt uit tolerantie als gevolg van godsdienstvrijheid, maar eerder vanuit de verzuiling van de Nederlandse samenleving als gevolg van die godsdienstvrijheid. Het bestaan van verschillende groepen in de samenleving maakt een gedifferentieerde toepassing en handhaving van wettelijke voorschriften noodzakelijk. Daarnaast wilde men de handelsbelangen niet in gevaar brengen door een onverdraagzame en fundamentalistische bejegening van anders denkkenden. Ten tweede kende ook de godsdienstvrijheid zijn beperkingen, zij gold niet overal en niet voor iedereen. Katholieken werden beschouwd als staatsgevaarlijk, dopers werden vervolgd en armlastige vluchtelingen werden minder snel toegelaten dan welgestelden. Tenslotte is van belang dat de tolerantie in de zeventiende en achttiende eeuw een veel beperktere betekenis had dan nu. Vroeger had tolerantie alleen betrekking op het dulden van andere geloofsopvattingen. Tegenwoordig gaat het eerder om een heel scala aan gedragingen. Het huidige, ruimere tolerantiebegrip kan dan ook niet zonder meer geprojecteerd worden op de tolerantie uit vorige eeuwen.

Concrete voorbeelden laten echter zien dat gedogen ten tijde van de Republiek wel voorkwam. Zo werd prostitutie in Amsterdam veelal gedoogd om erger kwaad te voorkomen en was er soms zelfs sprake van een zekere regulering. Andere voorbeelden betreffen het gedogen van overspel, bedelarij, sodomie, bezit van verboden boeken en de milde toepassing van *criminele plakaten*. De gegeven voorbeelden laten zien dat er ook in het verleden voornamelijk praktische redenen waren om te gedogen. Er werd gedoogd om erger kwaad te voorkomen, vervolging werd niet opportuun geacht of de opvattingen over de strafwaardigheid van het gedrag waren veranderd.

Gedurende de Franse bezetting werd in Nederland het Franse rechtstelsel ingevoerd. Ook na de bevrijding in 1813 werd de Franse wetgeving grotendeels gehandhaafd. Voortaan was er één orgaan belast met de vervolging van strafbare feiten: het openbaar ministerie. Vervolgingsrichtlijnen uit de negentiende eeuw laten zien dat toen al in bepaalde gevallen nadrukkelijk van vervolging diende te worden afgezien. De ontwikkeling van een negatieve interpretatie van het opportunitetsbeginsel aan het begin van de vorige eeuw tot de positieve interpretatie in de tweede helft van deze eeuw, laat zien hoe de ruimte voor gedogen is vergroot. Het bestaan van een beleid waarin vervolging niet alleen wettelijk toegestaan en maatschappelijk gewenst moet zijn, maar ook nog eens prioriteit moet hebben, brengt met zich mee dat veel niet vervolgd wordt.

Gedogen kwam in het verleden dus zeker wel voor, maar de Nederlandse samenleving was niet zo tolerant als wel wordt gedacht. De huidige Nederlandse gedoogpraktijken kunnen dan ook niet worden verklaard door de verwijzing naar de godsdienstvrijheid en verdraagzaamheid ten tijde van de Republiek. Huidige gedoogpraktijken kunnen mijns inziens eerder verklaard worden vanuit actuele ontwikkelingen

in de samenleving, de politiek en het recht. Gewezen kan worden op de sterke toename van de hoeveelheid sociaal-economische ordeningswetgeving en de zich wijzigende maatschappelijke opvattingen over onrecht en strafbaar gedrag. Het is daarom nuttig om de blik over de grens te werpen om te kijken onder welke omstandigheden daar gedoogd wordt.

De gedoogproblematiek in Duitsland is sterk vergelijkbaar met de Nederlandse. Ten eerste speelt gedogen een belangrijke rol in het Duitse strafrecht, met name bij de vervolging van drugsgebruik. Op grond van de wettelijke uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel in art. 153 StPO en art. 31a BtMG, kan de *Staatsanwalt* bij het bezit van een kleine hoeveelheid drugs voor eigen gebruik afzien van strafrechtelijke vervolging. Dit geldt zowel voor het bezit van soft drugs als het bezit van hard drugs. Het Duitse constitutionele hof heeft deze bevoegdheid om af te zien van vervolging zelfs omgezet in een plicht. Het hof heeft namelijk bepaald dat de vervolging van een verdachte wegens het bezit van een kleine hoeveelheid drugs bestemd voor eigen gebruik in strijd is met de *Verhältnismäßigkeit* (proportionaliteit) en het *Übermaßverbot* (de negatieve variant van het opportuniteitsbeginsel). Verder riep dit hof de deelstaten op te komen tot een meer uniforme toepassing van art. 31a BtMG en daartoe richtlijnen op te stellen. Verschillende Duitse deelstaten hebben inmiddels dergelijke richtlijnen opgesteld, waarin zij aangegeven bij welke hoeveelheden bezit van soft en/of hard drugs de *Staatsanwalt* dient af te zien van vervolging. Sommige richtlijnen, bijvoorbeeld die van Sleeswijk-Holstein, gaan zelfs verder dan het Nederlandse beleid. Hoewel er van verschillende kanten wel op wordt aangedrongen, is een algemene richtlijn voor de gehele bondsrepubliek voor het gedogen van het bezit van kleine hoeveelheden (soft) drugs nog niet in zicht.

Gedogen is ook in het Duitse bestuursrecht een veel voorkomend verschijnsel, dat bekend staat als *Behördliche Duldung*. Het komt op vrijwel alle beleidsterreinen voor, waarvan het bouwrecht en het milieurecht de belangrijkste zijn. In de bestuursrechtelijke vakliteratuur is er zelfs eerder en meer over geschreven dan in Nederland. Gedogen wordt gezien als een instrument van *informales Verwaltungshandeln* en heeft daardoor een soort semi-juridische status. Gedogen wordt op grond van het opportuniteitsbeginsel onder voorwaarden toelaatbaar geacht. Er moet sprake zijn van actief gedogen: De overheid moet kennis hebben van een onrechtmatige situatie en bewust besluiten hiertegen niet op te treden. Daarbij moet de beslissing om te gedogen vallen binnen de discretionaire beslissingsruimte die de betreffende wet geeft om al of niet op te treden en mag het gedogen niet ingaan tegen andere wettelijke bepalingen. Tenslotte wordt doorgaans aangenomen dat het om een beperkte tijdsduur moet gaan. Wordt niet voldaan aan deze voorwaarden, dan wordt ook gesproken van gedogen, zij het weliswaar van onrechtmatig gedogen.

Ook in de strafrechtelijke en administratiefrechtelijke jurisprudentie speelt gedogen alle lange tijd een rol. De huidige lijn in de Duitse rechtspraak laat zien dat gedogen

onder voorwaarden rechtmatig wordt geacht en zelfs tot een rechtvaardigingsgrond kan leiden. Bestuurlijk gedogen kan daarmee strafrechtelijke consequenties hebben. Een burger wiens gedragingen rechtmatig door het bestuur zijn gedoogd, kan een beroep doen op dwaling of zelfs een rechtvaardingsgrond. De jurisprudentie heeft deze lijn bevestigd.

Gedogen komt ook in het Verenigd Koninkrijk voor. Net als in Nederland geldt in het Britse strafrecht het opportuniteitsbeginsel. Politie en justitie zijn niet verplicht om tot vervolging over te gaan. De laatste jaren is er in het Verenigd Koninkrijk veel aandacht voor alternatieven voor strafrechtelijke vervolging en heeft met name het geven van waarschuwingen een grote vlucht genomen. In Engeland en Wales kan de politie een formele waarschuwing (*caution*) geven, waarna niet tot vervolging wordt overgegaan. In Schotland heeft de *procurator fiscal* een zelfde soort mogelijkheid. Bij minder ernstige delicten als openbare dronkenschap, prostitutie, verkeersovertreding en bezit van drugs voor eigen gebruik wordt van deze mogelijkheid tot het geven van een waarschuwing veelvuldig gebruik gemaakt. Het *Home Office* heeft in 1994 door middel van een richtlijn geprobeerd de grote verschillen in de toepassing van *cautioning* tussen de verschillende politiekorpsen te verkleinen. Daarnaast schreef de richtlijn voor dat aan recidivisten niet langer *cautions* gegeven dienen te worden. De praktijk laat echter zien dat er weinig veranderd is: er bestaan nog steeds verschillen tussen korpsen en ook recidivisten krijgen nog vaak alleen maar een waarschuwing.

Het Verenigd Koninkrijk kent geen centraal vastgesteld drugsbeleid. Officieel wordt een harde lijn gevolgd, maar in de praktijk wordt daar nogal van af geweken. In de praktijk wordt een twee-sporen-beleid gevolgd: enerzijds wordt tegen handel in drugs hard opgetreden en anderzijds ligt de nadruk op het verminderen van de schadelijke gevolgen van drugsgebruik. Deze 'zachte' benadering van het gebruik van drugs heeft er toe geleid dat diegenen die verdacht worden van bezit van kleine hoeveelheden drugs die bestemd zijn voor eigen gebruik, niet meer dan een waarschuwing krijgen. Dit geldt vrijwel overal voor het bezit van soft drugs, maar bij veel politiekorpsen ook voor het bezit van hard drugs. Ook verdachten die voor de tweede of derde maal worden opgepakt wegens bezit van drugs voor eigen gebruik krijgen veelal alleen maar een waarschuwing. Verder is er oog voor de sociale en gezondheidsaspecten van het gebruik van drugs, waarbij ingezien wordt dat strafrechtelijke vervolging de problemen van een verslaafde alleen maar vergroot. Heroïne kan door een dokter aan verslaafden worden voorgeschreven, iets dat zelfs in Nederland niet mogelijk is. De versoepeling in opsporing en vervolging van drugsdelicten is vooral ingegeven door capaciteitsoverwegingen, maar ook veranderde opvattingen binnen politie en justitie over de strafwaardigheid van drugsgebruik spelen hierbij een rol. Van een gedoogbeleid is echter geen sprake.

Gedogen komt ook bij de handhaving van bestuursrechtelijke regelgeving voor, bijvoorbeeld op het terrein van het milieurecht, de arbeidsveiligheid en het consumentenrecht. De Britse handhavingspraktijk kenmerkt zich door een zeer flexibele en informele handhavingsstijl. De Britse handhavende ambtenaar probeert door overleg, onderhandeling en het geven van advies norm-adressaten, veelal bedrijven, tot regelnaleving te bewegen. Daarbij is de handhaver afhankelijk van de bereidheid van het bedrijf tot samenwerking. Een goede relatie met de te reguleren bedrijven wordt daarom van groot belang geacht. Er wordt daarom weinig gebruik gemaakt van formele handhavingsmiddelen zoals administratiefrechtelijke maatregelen of strafrechtelijke vervolging. Daarnaast heeft de Britse handhavende ambtenaar een grote discretionaire bevoegdheid om zelf te beslissen om al of niet tot handhaving over te gaan (*discretion*). Gedogen in het Britse bestuursrecht komt voort uit deze ruime mate van *discretion* en uit de hierboven geschetste coöperatieve handhavingsstijl. Het afzien van handhaving staat bekend als *forbearance* en speelt een rol in het handhavingsproces. *Forbearance* kan bijvoorbeeld gebruikt worden als onderhandelingsmiddel: op korte termijn wordt een overtreding gedoogd als een bedrijf belooft voor de lange termijn structurele maatregelen te nemen. Ook wordt het gedogen van bepaalde overtredingen gebruikt om vertrouwen en een goede relatie te scheppen met een bedrijf, als basis voor toekomstige handhavingsinspanningen. Verder wordt gedoogd wanneer naleving bijzonder hoge kosten met zich meebrengt of wanneer een overtreding geen gevaar voor mens en milieu met zich meebrengt. Gedogen is, met name in het milieurecht, een belangrijk onderdeel van de handhavingspraktijk. Door de *discretion* en de informele wijze van handhaven wordt er veel gebruik van gemaakt. *Forbearance* wordt niet als iets verwerpelijks beschouwd, maar maakt deel uit van het handhavingsproces.

Hoewel vormen van gedogen ook in het Verenigd Koninkrijk geen onbekend verschijnsel zijn, speelt gedogen er een wat andere rol dan in Nederland en Duitsland. Terwijl gedogen in Nederland en Duitsland een plaats heeft gekregen in de beleidsvorming en de rechtspraktijk, speelt gedogen in het Verenigd Koninkrijk alleen een rol in de dagelijkse handhavingspraktijk.

Ook in Frankrijk geldt ten aanzien van de vervolging van strafbare feiten het opportuniteitsbeginsel. Bij de beslissing over het al dan niet vervolgen betreft de officier van justitie zowel technisch-juridische aspecten (de vraag naar de legaliteit) als de wenselijkheid van vervolging (de vraag naar de opportuniteit). Wanneer niet tot gedogen wordt overgegaan, spreekt men *classement sans suite*, wat letterlijk 'zonder gevolg archiveren' betekent. Het Franse strafrecht maakt een onderscheid tussen drie typen strafbare feiten: *crimes* (ernstige misdrijven), *délits* (misdrijven) en *contraventions* (overtredingen). Statistisch wordt grofweg de helft van de ter kennis van de officier van justitie gebrachte *délits* uiteindelijk geseponneerd. Het percentage geseponneerde *contraventions* is nog groter. Het Franse ministerie van justitie probeert het vervolgingsbeleid te sturen door het uitvaardigen van circulaires en richtlijnen.

Deze circulaire en richtlijnen kunnen er op gericht zijn om van de vervolging van bepaalde type misdrijven of overtredingen af te zien.

Ondanks deze circulaire en richtlijnen zijn er in het Franse vervolgingsbeleid nogal wat lokale verschillen. De officieren van justitie zijn vrij om het beleid aan te passen aan de lokale omstandigheden. Dit geldt met name ten aanzien van de vervolging van het bezit van drugs. De bevoegde ministeries hebben door middel van circulaire geprobeerd de vervolging van het gebruik en het bezit van soft drugs te harmoniseren. Toch zijn er nog steeds grote lokale verschillen. Met name in grote steden wordt het bezit van kleine hoeveelheden soft drugs die bestemd zijn voor eigen gebruik niet vervolgd.

Bestuursrechtelijke regelgeving wordt in Frankrijk gehandhaafd met behulp van het strafrecht. Dit 'administratieve strafrecht' heeft betrekking op normering, uitvoering en controle die gedelegeerd is aan publieke en semi-publieke instanties. De handhaving van bestuursrechtelijke regelgeving is opgedragen aan bijzondere ambtenaren die slechts opsporingsbevoegdheid hebben voor de in de bijzondere wet genoemde feiten. Dit administratief strafrecht kent niet het fenomeen van de *classement sans suite*. Over de daadwerkelijke handhaving van bestuursrechtelijke regelgeving zijn weinig gegevens beschikbaar. Het vermoeden bestaat echter wel dat in de dagelijkse handhavingspraktijk niet snel tot vervolging wordt overgegaan, maar dat eerst meermalen waarschuwingen worden gegeven.

De bevindingen van dit onderzoek laten zien dat gedogen in het verleden al voorkwam en ook in Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk voorkomt. Dit is niet verwonderlijk. Het is immers in geen enkel land mogelijk om alle wetgeving voor de volle 100% te handhaven. Nederland, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk zijn bijvoorbeeld gebonden aan dezelfde internationale verdragen betreffende de bestrijding van drugs. Alle vier de landen hebben ook grotendeels gelijke wetgeving inzake verdovende middelen. Bij de implementatie en handhaving van deze wetgeving moet elk land prioriteiten stellen. Geen van de staten heeft immers de justitiële capaciteit om *alle* overtredingen van drugswetgeving op te sporen en te vervolgen. Hetzelfde geldt voor de stortvloed aan bestuursrechtelijke ordeningswetgeving die met name na de Tweede Wereldoorlog in alle vier landen is ingevoerd. Nederland, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk kampen dus met een handhavingstekort. Het grote verschil tussen landen zit hem echter in de mate van bewustheid waarmee van handhaving wordt afgezien. Wordt bewust van handhaving afgezien, dan spreken we van gedogen.

Behalve verschillen tussen de landen, zijn er in dit onderzoek ook verschillen geconstateerd binnen de onderzochte landen. Ten aanzien van de handhaving van regelgeving en de opvattingen over gedogen zijn er verschillen te vinden tussen de verschillende Duitse deelstaten, tussen Noord- en Zuid-Frankrijk en tussen Schotland

en Engeland/Wales. In Duitsland is regelgeving op bondsniveau veelal raamwetgeving die nader door landen moet worden ingevuld, bijvoorbeeld ten aanzien van volksgezondheid en milieu. Hier is dus ruimte voor eigen interpretaties en het scheppen van gedoogmogelijkheden. In Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk wordt de wetgeving centraal vastgesteld, maar ligt de verantwoordelijkheid voor de uitvoering en handhaving op een lokaal niveau. Lokale handhavende instanties kunnen echter bij de organisatie van uitvoering en handhaving eigen prioriteiten stellen en daarmee weer ruimte voor gedogen creëren. Gedoogverschillen binnen een land hangen dus sterk samen met de wensen en opvattingen op lokaal niveau over het te voeren beleid en de uitvoering van wetgeving. Daar waar men niet wenst te gedogen, wordt de wetgeving zo geïnterpreteerd en ingevuld dat gedogen juridisch gezien niet mogelijk is. Daar waar men wel wenst te gedogen, interpreteert men dezelfde wetgeving zo dat gedogen juridisch wel mogelijk is.

Hetzelfde principe kan ook gebruikt worden voor het verklaren van verschillen tussen landen. Alle landen staan voor de keuze hoe wetgeving te handhaven. De bestuurscultuur in een land speelt daarbij een belangrijke rol. Daar waar men wil gedogen, zal men er in de wetgeving de ruimte voor vinden en het zelfs juridisch benoemen. Dat zien we in Duitsland en Nederland. Frankrijk kent echter een geheel andere bestuurscultuur, waarin men niet wenst te gedogen. Wetsovertredingen dienen niet te worden getolereerd en wanneer dit al gebeurt, dan dient het zeker geen officiële erkenning te krijgen. Gedogen is daarom niet bekend, heeft geen juridische status en komt officieel niet voor. Dat wil echter niet zeggen dat het in de praktijk niet voorkomt. Het is alleen niet of anders geproblematiseerd. Dat zien we ook in het Verenigd Koninkrijk. Gedogen wordt daar niet gezien als het afzien van handhaving, maar het maakt deel uit van het handhavingsproces. Het geven van een *caution* wordt niet gezien als het niet optreden, maar wordt gezien als een formele handhavingsbevoegdheid. De bestuursrechtelijke handhaver gedooft overtredingen om een goede relatie op te bouwen met een ondernemer, hetgeen onderdeel is van het handhavingsproces.

De wetgeving en de organisatie van handhaving bepalen de *mogelijkheid* tot gedogen. Culturele aspecten als de houding ten opzichte van regelgeving en handhaving bepalen vervolgens in hoeverre er *daadwerkelijk* gedooft wordt. In Nederland maken we een *beleid* rondom gedogen, in Duitsland geldt het als *informales Verwaltungshandeln* en krijgt het daarmee een zekere rechtmatigheid, in het Verenigd Koninkrijk behoort het tot de ambtelijke *discretion* die al sinds jaar en dag hoog in het vaandel staat en in Frankrijk wil men er officieel niet van weten, maar speelt het via de band van het sepot en de rechtsdwaling toch een rol in de rechtspraktijk.

Gedogen is geen typisch Nederlands verschijnsel. Typisch Nederlands is dat er vanuit de rijksoverheid een algemeen beleid ten aanzien van gedogen is gevormd.

Dit is in de geschiedenis en in het buitenland nog niet eerder voorgekomen. Maar gedogen *zelf* is een verschijnsel van alle tijden en alle plaatsen.

Geraadpleegde literatuur

Aubusson de Cavarlay B. en R. Lévy, *L'Abandon des poursuites par le parquet*, Bulletin d'information du C.E.S.D.I.P., Ministère de la justice, mei 1990 III.2.

Ball, C., *Cautioning: a radical shift in policy?*, New Law Journal, 1994, pp. 495-496.

Bardach, E. en R.A. Kagan, *Going by the Book: The problem of Regulatory Unreasonableness*, Temple University Press, Philadelphia, 1982.

Berkey, J. Le Francq van, *Gedichten*, Amsterdam, 1786.

Bigot, J., *Le statut du ministère public en France*, Revue International de Droit Pénal vol 63, pp. 585-592.

Blankenburg, E. en F. Bruinsma, *Dutch Legal Culture*, Kluwer, Deventer, 1994.

Boekhout van Solinge T., *Cannabis in Frankrijk*, in: P. Ghun & A. Sas (red.), *Cannabis-beleid in Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten*, Universiteit van Amsterdam C.E.D.R.O., 1996, p. 93.

Bosch Kemper, B. de, *Het Wetboek van Strafvordering aan ervaring en wetenschap getoetst*, Nederlandse Jaarboeken voor rechtsgeleerdheid en wetgeving, 1847.

Bosman, F. en K. van Es, *Softdrugs in Europa; formeel verboden, praktisch gedoogd*, Justitiële Verkenningen, jrg. 19, nr. 6, 1993, pp. 46-60.

Brune, J. de, *De Grond-steenen van een vaste Regeringe*, Gorinchem, 1661.

Bunt, H.G. van de en Ed. Leuw, *Gedogen als zelfkant van de rechtshandhaving?*, Justitiële Verkenningen, jrg. 21, nr. 8, 1995, pp. 47-75.

Buuren, P.J.J. van, *Gedogend besturen*, Kluwer, Deventer, 1988.

Cats, J., *Alle wercken van den Heere*, Deel 1, Amsterdam, 1726.

Cesoni M. en M. Shiray, *La France*, in: Shiray M. (red.), *Penser la drogue, penser les drogues II – Les marchés interdits de la drogue*, Paris, Éditions Descartes, 1992.

Collison, M., *Drug Crime, Drug Problems and Criminal Justice: Sentencing Trends and Enforcement Targets*, The Howard Journal, 1994, p. 25-40.

Collison, M., *Drug offenders and criminal justice. Careers, compulsion, commitment and penalty*, Crime, Law & Social Change, 1994, p. 49-71.

Corstens, G.J.M., *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, IJmuiden, 1974.

Couturier, J.P., *L'erreur de droit invincible en matière pénale*, Revue science criminelle et de droit pénal comparé, 1968, p. 547-563.

- Decocq, A., *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, pp. 214 vv.
- Deursen, A.Th. van, *Lichaam en geest; Korte reflecties bij de geschiedenis van de Nederlandse tolerantie*, Justitiële Verkenningen, jrg. 21, nr. 8, 1995, pp. 37-47.
- Downes, D., *Contrasts in Tolerance; Post-war Penal Policy in The Netherlands and England and Wales*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- Effen, J. van, *De Hollandse Spectator*, Amsterdam, nr. 9, 1734.
- Evans, R. en C. Wilkinson, *Variations in Police Cautioning Policy and Practice in England and Wales*, The Howard Journal, 1990, pp. 155-177.
- Evans, R., *Evaluating Young Adult Diversion Schemes in the Metropolitan Police District*, Criminal Law Review, 1993a, p. 490-497.
- Evans, R., *Comparing Young Adult and Juvenile Cautioning in the Metropolitan Police District*, Criminal Law Review, 1993b, pp. 572-578.
- Evans, R., *Cautioning: Counting the Cost of Retrenchement*, Criminal Law Review, 1994, pp. 566-575.
- Faber, S., *Strafrechtspleging en criminaliteit te Amsterdam, 1680-1811; De nieuwe menslievendheid*, Gouda Quint, Arnhem, 1983.
- Fionda, J., *Public prosecutors and discretion. A comparative study*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- Gentzcke, D., *Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht; Eine verwaltungs- und strafrechts-dogmatische untersuchung am Beispiel der behördlichen Duldung im Wasserrecht*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 1990.
- Gijswijt-Hofstra, M. (red.), *Een schijn van verdraagzaamheid. Afwijking en tolerantie in Nederland van de zestiende eeuw tot heden*, Hilversum, 1989.
- Gijswijt-Hofstra, M., *Een schijn van verdraagzaamheid. Proeven uit vijf eeuwen Nederlands verleden*, in: Gijswijt-Hofstra, M. (red.), *Een schijn van verdraagzaamheid. Afwijking en tolerantie in Nederland van de zestiende eeuw tot heden*, Hilversum, 1989, pp. 9-40.
- Greenhorn, M., *Cautions, Court Proceedings and Sentencing; England and Wales 1995*, Home Office Statistical Bulletin, nr. 16, 1996.
- Grosse-Suchsdorf, U., H.K. Schmaltz en R. Wiechert, *Niedersächsische Bauordnung, Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz; Kommentar*, Curt R. Vincentz Verlag, Hannover, 1992.
- Hahn, V.U., *Arbeitsstrafrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1992.
- Hallwaß, C., *Die behördliche Duldung als Unrechtsausschließungsgrund im Umweltstrafrecht*, Kiel, 1987.
- Hawkins, K., *Environment and Enforcement; Regulation and the Social Definition of Pollution*, Clarendon Press, Oxford, 1984.

- Hawkins, K. en J.M. Thomas, *The Enforcement Process in Regulatory Bureaucracies*, in: Hawkins, K. en J.M. Thomas, *Enforcing Regulation*, Kluwer Nijhof Publishing, Boston, 1984, pp. 3-22.
- Hawkins, K., *Rule and Discretion in Comparative Perspective: The Case of social Regulation*, Ohio State Law Journal, 1989, pp. 663-679.
- Heider, K., *Die Bedeutung der behördlicher Duldung im Umweltstrafrecht*, Druckerei Ruf, Stuttgart, 1994.
- Heine, G., *Allemagne. Crimes against the environment*, Revue Internationale de Droit Penal/International Review of Penal Law, 1992, pp. 731- 759.
- Henrion, *Rapport de la commission de réflexion sur la drogue et la toxicomanie*, 1995, Paris, Ministère des Affaires Sociales, de la Santé et de la Ville.
- Hermes, G. en J. Wieland, *Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens*, Heidelberg, 1988.
- Hofstede, G.H., *Allemaal andersdenkenden; Omgaan met cultuurverschillen*, Contact, Amsterdam, 1991.
- Hooft, P.C., *Gedichten*, Deel 2, Amsterdam, 1875.
- Hüting, R., *Die Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1996.
- Israel, J., *The Dutch Republic; its rise, greatness and fall 1477-1806*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- Joyer, J.C., *Droit pénal et procédure pénale*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, pp. 101-110.
- Jurgens, G.T.J.M., *Bestuurlijk gedogen; Aanvaardbaarheid en gevolgen van bestuurlijk gedogen in het milieurecht en het ruimtelijk recht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1996.
- Justice, *Drugs and the Law*, British Section of the International Commission of Jurists, E&E Plumbridge, Cambridge, 1991.
- Keesom, J., *Het gelijk van professor Rüter*, Ng-magazine, 19 januari 1996, pp. 10-11.
- Kelman, S., *Regulating America, Regulating Sweden: A comparative study of Occupational safety and Health Policy*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1981.
- Killias, M., *Voorbij goed en kwaad; Een buitenstaander over de Nederlandse gedoogcultuur*, Justitiële Verkenningen, jrg. 21, nr. 8, 1995, pp. 15-37.
- Kleinknecht, Th., K. Meyer en L. Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, Verlag C.H. Beck, München, 1995.
- Klingner, K., *Für einen rationalen Umgang mit Drogenkonsumenten; Zur Umsetzung des § 31a BtMG durch bundeseinheitliche Richtlinie*, Neue Juristische Wochenschrift, 1994, pp. 2977-2979.
- Körner, H.H., *Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz*, Beckische Kurz Kommentare, band 37, 4e druk, Verlag C.H. Beck, München, 1994.

- Kortenhorst, P.C., *De invloed van het Nederlandse beleid op het beleid van de buurlanden*, in: T. Blom, H. de Doelder e.a. (red.), *Naar een consistent drugsbeleid*, Rotterdam/Arnhem, 1996, pp. 207-213.
- Lascoumes P. en C. Barberger, *De la sanction à l'injonction*, *Revue Science Criminelle*, 1988, pp. 45-65.
- Lomas, O., *England and Wales*, in: Eser, A. en G. Heine, *Umweltstrafrecht in England, Kanada und den USA*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 1994, pp. 1-149.
- Malitz, M., *Zur behördlichen Duldung im Strafrecht; Grenzen informellen Verwaltungshandelns*, *Kölner Kriminalwissenschaftlicher Schriften*, nr. 18, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.
- Meer, Th. van der, *De geboorte van een homoseksuele minderheid*, in: Gijswijt-Hofstra, M. (red.), *Een schijn van verdraagzaamheid. Afwijking en tolerantie in Nederland van de zestiende eeuw tot heden*, Hilversum, 1989, pp. 157-194.
- Meer, Th. van der, *Sodoms zaad in Nederland. Het ontstaan van homoseksualiteit in de vroegmoderne tijd*, SUN Memoria, 1995.
- Meier, B.D., *Alternatieven zur Strafvervolgung, insbesondere im Bereich der organisierten Betäubungsmittelkriminalität*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996.
- Ministère des Affaires Sociales, de la Santé et de la Ville, *Rapport de la commission de réflexion sur la drogue et la toxicomanie*, Paris, 1995.
- Ministerial Drugs Task Force, *Drugs in Scotland: Meeting the Challenge*, The Scottish Office Home and Health Department, St. Andrews House, Edinburgh, 1994.
- Moons, J.M.A.V., *Het opportuniteitsbeginsel. Enige notities over zijn inhoud en omvang*, *Nederlands Juristenblad*, 1969, pp. 485-495 en 521-529.
- Nadal, *Le ministère public face à certains impératifs*, *Revue Science Criminelle*, 1973, p. 492.
- Peters, A.A.G., *Authority in the Dutch Administration of Criminal Justice*, in: *Contemporary Problems in Criminal Justice; Essays in Honour of Professor Shigemitsu Dando*, Yuhikaku, Tokyo, 1983, pp. 149-190.
- Paeffgen, H.U., *Overlapping tensions between criminal and administrative law: The experience of West German Environmental Law*, *Journal of Environmental Law*, vol. 3, nr. 2, 1991, pp. 247-264.
- Pol, van de L., *Het Amsterdams Hoerdom; Prostitutie in de zeventiende en achttiende eeuw*, Wereldbibliotheek, Amsterdam, 1996.
- Pradel J., *Le rôle du poursuivant en droit français*, *Revue International de Droit Pénal*, vol. 63, 1992, pp. 1217-1230.
- Pradel J., *France*, in: Wyngaert, C. van den (red.), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, Butterworths 1993.

- Randelzhofer, A. en D. Wilke, *Die Duldung als Form flexibeln Verwaltungshandelns*, Berlin, 1981.
- Rassat, M.L., *Droit pénal*, Presses Universitaires de France, 1987.
- Rivero J. en J. Waline, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 1994.
- Robert, J.H., *Le problème de la responsabilité et des sanctions pénales en matière d'environnement*, Revue International de Droit Pénal, 1994, pp. 947-958.
- Ruller, S. van en S. Faber, *Afdoening van strafzaken in nederland sinds 1813, Ontwikkelingen in wetgeving, beleid en praktijk*, VU Uitgeverij, Amsterdam, 1995.
- Schlichter, O. en R. Stich, *Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1995.
- Schütz-Scheifele, K., *Betäubungsmittelstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland und in Großbritannien aus rechtsvergleichender Sicht*, Schäuble Verlag, Rheinfelden, 1988.
- Simat-Durand L., *L'abandon des poursuites: ces classements dits d'opportunité*, Synthèse du rapport, C.E.S.D.I.P., 1989.
- Simat-Durand, L., *The Public Prosecutor and the Expediency of Prosecution*, Penal Issues, Research on Crime and Justice in France, nr. 6, 1995, pp. 13-15.
- Sorgdrager, W., *Nederlands gedoogbeleid; Pragmatisch en effectief*, Justitiële Verkenningen, jrg. 21, nr. 8, 1995, pp. 9-14.
- Stefani, G., G. Levasseur & B. Bouloc, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, Paris, 1993.
- Stijl, S., *De Opkomst en Bloei der Vereenigde Nederlanden*, Dordrecht. 1824.
- Tak, P.J.P., *Het vervolgingsbeleid in de Duitse Bondsrepubliek; een onderzoek naar de uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1973.
- Tak, P.J.P., *The legal scope on non-prosecution in Europe*, Helsinki, 1986.
- Tombs, J. en S. Moody, *Alternatives to Prosecution: The Public Interest Redefined*, Criminal Law Review, 1993, pp. 357-367.
- U.S. Departement of Justice, *Factors in Decisions on Criminal Prosecutions for Environmental Violations in the Context of Significant Voluntary Compliance or Disclosure Efforts by the Violator*, Washington D.C., 1991.
- Veljanovski, C.G., *The Economics of Regulatory Enforcement*, in: Hawkins, K. en J.M. Thomas, *Enforcing Regulation*, Kluwer Nijhof Publishing, Boston, 1984, pp. 169-191.
- Verhaar, V. en F. van den Brink, *De beemoeienissen van stad en kerk met overspel in het achttiende eeuwse-Amsterdam*, in: Faber, S. (red.), *Nieuw Licht op oude justitie, misdaad en straf ten tijde van de republiek*, Coutinho, Muiderberg, 1989, pp. 64-93.
- Vogel, D., *National Styles of Regulation; Environmental Policy in Great Britain and the United States*, Cornell University Press, London, 1986.

Vries, M. de, E. Verwijs, P.J. Cosijn, A. Kluyver, A. Beets en J.W. Muller, *Woordenboek der Nederlandse taal*, vierde deel, M. Nijhoff en A.W. Sijthoff, 's-Gravenhage, 1889, pp. 612-616.

Vugt, G.W.M. van en J.F. Boet, *Zuiver handelen in een vuile context*, Gouda Quint, Arnhem, 1994.

Wagner, H.J., *Betäubungsmittelstrafrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996.

Wenner, G., *Die behördliche Duldung im deutschen Recht – ein neues Instrument informellen Verwaltungshandelns?*, pp. 41- 67.

Wyngaert, C. van den (red.), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, Butterworths, London, 1993.

Zwanenburg, M.A., *(Drugs)Beleid als exportprodukt*, *Ars Aequi*, AA-katern 55, 1995, pp. 2626-2628.