

Amsterdam
17 juli 2023

Staatscommissie rechtsstaat
Ter attentie van mr. Ernst Numann
Turfmarkt 147
2511 DP DEN HAAG
info@staatscommissierechtsstaat.nl

Prof. dr. mr. J.E. Soeharno
E j.e.soeharno@uva.nl
T +31 20 577 1035 (direct)
T +31 20 577 1635 (personal assistant)
F +31 20 577 1775

Re: Uitnodiging brief voor Staatscommissie rechtsstaat

Geachte leden van de Staatscommissie rechtsstaat,

Graag reageer ik op de brief van Ernst Numann van 23 mei 2023 namens de Staatscommissie rechtsstaat, met daarin het verzoek om – gelet op haar taakstelling – een brief aan de staatscommissie te schrijven met de focus op integriteitsvragen en juridische professies, waaronder de advocatuur.¹

Bij wijze van inleiding: de bekende Amerikaanse filosoof Francis Fukuyama analyseerde in 2022 dat democratische instituties vanuit twee hoeken worden bedreigd: (1) neoliberal markt- en managementdenken en (2) identiteitsdenken (links óf rechts). In het eerste geval worden institutionele waarden ondergeschikt gemaakt aan – grof gezegd – beheerswaarden, in het tweede geval aan opvattingen van *social justice* die samenhangen met identitaire verhoudingen.² Aan de hand van deze dreigingen schets ik hierna enkele grove lijnen.

1. Beheerswaarden vóór institutionele waarden

De – veelal door de overheid gepropageerde – invoering van meer markt- en managementdenken in instituties en juridische professies die een centrale rol vervullen in de rechtstaat schuurt op meerdere fronten met de daarvan verlangde integriteit. In de kern gaat het om de vraag of – wat ik hierna aanduid als – *beheerswaarden*³ zoals betaalbaarheid, (kosten)efficiëntie, productiviteit, doelmatigheid, sturing en verantwoording *voorrang* mogen hebben op institutionele of professionele *kernwaarden*, zoals onafhankelijkheid, (on)partijdigheid of deskundigheid.

1. Bij de rechterlijke macht draait de overheid (via de Raad voor de rechtspraak) stevig aan de knoppen in het huidige stelsel van outputfinanciering (uit 2002). Magistratelijke kernwaarden als onafhankelijkheid en professionaliteit⁴ zijn hierdoor onder druk komen te

¹ Ik schrijf deze reactie op persoonlijke titel. Ik ben hoogleraar rechtspleging in filosofisch perspectief aan de Universiteit van Amsterdam, advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. en raadsheer plaatsvervanger bij het Gerechtshof Den Bosch (voor hoofd- en nevenfuncties zie de [website](#) van de UvA).

² Francis Fukuyama, *Liberalism and its discontents*. New York: Farrar, Straus and Giroux 2022, p. ix, 19-29.

³ Over de spanning tussen klassiek rechtsstatelijke beginselen en 'new public management' beginselen zie het fraaie proefschrift van Elaine Mak, *De rechtsstaat in balans*. Nijmegen: Wolf 2007.

⁴ Zie de Gedragscode rechtspraak 2010.

staan. Ten aanzien van *onafhankelijkheid* verdient de directe ministeriële financiering robuuste(r)e waarborgen voor rechterlijke onafhankelijkheid.⁵ Ten aanzien van *professionaliteit* hebben rechters hun zorgen in de afgelopen 20 jaar niet onder stoelen of banken gestoken.

De geluiden zijn inmiddels genoegzaam bekend: outputfinanciering zet druk op aanhoudingen, getuigenverhoren, zittingsduur (in de toeslagenzaken soms zelfs beperkt tot enkele minuten), uitspraken (want liever schikkingen) en deugdelijke zaaksvoorbereiding. Illustratief zijn de binnen de rechtspraak ontwikkelde zogenaamde 'professionele standaarden' – naar eigen zeggen aanbevelingen en *best practices* – waaronder "Lees het hele dossier" en "Maak er melding van aan de andere leden van de combinatie als toch niet het hele dossier is gelezen."⁶ Een buitenstaander kan zich afvragen hoe ernstig de situatie op de werkvloer is als dergelijke standaarden als aanbevelingen dan wel *best practices* hebben te gelden.

Dat ongeveer een derde van de rechterlijke macht het zogenaamde Leeuwarder manifest onderschreef, een groot deel de acties van Tegenlicht ondersteunde en er dit jaar een heuse staking dreigde, is, ook internationaal gezien, voor rechters bijzonder.

2. Ook in andere juridische beroepen staat rechtsstatelijkheid onder druk vanuit beheerswaarden en marktdenken. Het notariaat, dat het publieke belang van rechtszekerheid door onafhankelijke en onpartijdige vastlegging van rechtsverhoudingen dient, kent nu ruim twintig jaar marktwerking. Uit de evaluaties blijkt dat de initiële waarschuwing van de Raad van State voor "uitglijders"⁷ als gevolg van deze marktwerking bewaarheid is geworden.⁸ Een vergelijkbare situatie speelt bij gerechtsdeurwaarders – een onmisbare (laatste) schakel in onze rechtspleging. Ook daar zet marktwerking de kernwaarden onder druk. Marjolein Odekerken verwoordt het treffend:

"Door de sterke nadruk op zijn rol als ondernemer met commerciële belangen is de van oorsprong bemiddelende en sociale rol van de gerechtsdeurwaarder en daarmee het dienen van maatschappelijke belangen naar de achtergrond verschoven."⁹

3. Bij de advocatuur verschiet de kwestie van kleur, omdat de advocaat geen directe verantwoordelijkheid draagt voor het publiek belang.¹⁰ Er is in beginsel vrije advocaatkeuze (en omgekeerd: vrije cliëntkeuze) waarbij enige vorm van marktwerking past. De overheid laat het echter afweten waar zij een belangrijke correctie op marktwerking in de advocatuur

⁵ Zie de bijdragen in T. Trotman, P. Bovend'Eert (e.a.), *Rechterlijke onafhankelijkheid*. LeA Uitgevers 2023.

⁶ *Professionele standaard: Meervoudig beslissen. Best practices en aanbevelingen civiele afdelingen van de hoven* 2015, par. 6.1.

⁷ Kamerstukken II 2008/09, 32 250, nr. 4: "De notaris bekleedt een publiek ambt en is tegelijkertijd professioneel dienstverlener die opereert op een markt. Deze dubbele positie kan onder druk van marktwerking tot "uitglijders" leiden."

⁸ Cf. Prof. mr. A.H.M. Rieter, Een openbaar ambt op een doodlopende weg? *WPNR* 7293/2020, p. 547-555. Zie ook Congresbundel, *Marktwerking in het notariaat; droom of nachtmerrie?* Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap. Deventer: Kluwer 2010. A.H.N. Stollenwerk schrijft in het voorlopende artikel Marktwerking in het notariaat, droom of nachtmerrie? Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie 6816/2009: "Voor velen in het notariaat is het antwoord op de vooromschreven vraag zonneklaar: de marktwerking is een nachtmerrie."

⁹ Cf. M.W.A. Odekerken, De toegevoegde waarde van de gerechtsdeurwaarder in de praktijk: het oplossen van geschillen en het toewerken naar de-escalatie. *Compendium Beslag- en executierecht* 2018, p. 141. Zie ook haar proefschrift *Het incasseren van ongenoegen. Deurwaarders en schuldenaren*. Den Haag: Boom Juridisch 2017.

¹⁰ Zie voetnoten 14 en 15 hierna.

zou moeten garanderen: in de sociale advocatuur is het niet mogelijk om een normaal verdienmodel te hanteren (ik hoor van sommige studenten dat zij graag sociaal advocaat zouden willen worden, maar vanuit het veld gewaarschuwd worden dat er geen droog brood mee te verdienen valt). Door het ontbreken van adequate begrenzing van marktwerking trekt de advocatuur uit dit domein, waardoor in de regel kansarme rechtszoekenden buiten de boot vallen.

4. Maatschappelijk slecht uit te leggen is de situatie bij het Openbaar Ministerie. Hier hebben sturing- en verantwoording (beheerswaarden) voorrang gekregen op magistratelijke kernwaarden. De magistratelijke kernwaarden 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' zijn zelfs – bewust, met het oog op efficiëntere aansturing – uit de gedragscode OM gehaald. Dit betreft kernwaarden die in voorgaande gedragscode(s) (laatstelijk uit 2006) nog bovenaan de lijst kernwaarden prijken. De magistratelijke rol gold voorheen als vanzelfsprekend: onder de kernwaarde 'onpartijdigheid' stond in de oude gedragscode bijvoorbeeld dat een officier "zowel de belastende als de ontlastende"¹¹ feiten moest betrekken in zijn vervolging(sbeslissing). Het is een maatschappelijk verlies dat, met de kernwaarden onafhankelijkheid en onpartijdigheid, die gedragsrechtelijke verplichting in de huidige code is verdwenen. In plaats daarvan is nu de kernwaarde "omgevingsgericht" opgenomen, een kernwaarde die ook als het tegendeel van onafhankelijk en onpartijdig kan worden begrepen.

Vanuit het perspectief van maatschappelijk *vertrouwen* is het antwoord op de eerdergenoemde voorrangsvraag (beheerswaarden of kernwaarden) tamelijk helder. Wat is minder gewenst? Een net iets minder onpartijdige rechter of een net iets minder efficiënte rechter? Een authentieke notariële akte met fouten maar wel tegen een lage prijs? Een officier van justitie die zeer omgevingsgericht is maar weinig acht slaat op ontlastend bewijs? De rechtsstaat is gebaat bij een duidelijke onderschikking van beheerswaarden aan institutionele waarden – in ieder geval meer dan nu het geval is.

2. Voorrang voor *social justice*

Een tweede bedreiging vormt de identitaire nadruk op *social justice*. Deze term, afkomstig van met name Angelsaksische universiteiten, is inmiddels gemeengoed en klinkt door in vraagstukken als klimaat, migratie, sociale ongelijkheid, gendervraagstukken, racisme en diversiteit. In het juridische veld wordt de term ook gebezigd ten aanzien van (extensieve interpretatie van) *mensenrechten*.

Ik wil er geen misverstand over laten bestaan dat de waarde van (veel van) de discussies en het academisch onderzoek op dit terrein onschatbaar is. Hoe 'neutraal' en 'gelijk' is onze rechtspleging bijvoorbeeld als sociale achterstand *in feite* toegang tot recht illusoir maakt, zoals in de toeslagenaffaire? Uit dergelijk onderzoek volgt dat er nog veel werk aan de winkel is waar het gaat om onze instituties. Waar ik echter moeite mee heb, is de – cynische – conclusie dat de rechtsstatelijke waarden zoals neutraliteit of gelijkheid sterk gerelativeerd moeten worden *ten faveure* van *social justice* opvattingen.

Kern van mijn zorg is de miskening van de rechtsstaat als domein van morele pluriformiteit. De rechtsstaat bestaat (mede) om pluriformiteit *mogelijk* te maken en morele of politieke polarisatie te beteugelen. Daarin schuilt ook de waarde van het – voor ieder geldende – *objectieve* recht. Maar onder het mom van *social justice* wordt (soms óók) de jurist geacht op te komen voor een *specifieke* vorm van rechtvaardigheid.

Het gaat mij hier niet om een specifieke, linkse of rechtse, vorm van *social justice* – die discussie laat ik open. *Social justice* ideeën kunnen zowel ter linker- als ter rechter zijde van het politieke

¹¹ Zie de handleiding gedragscode OM (2006H002) van het College van procureurs-generaal, par. 3. In de huidige gedragscode 2016 treffen we een dergelijke norm helaas niet meer aan.

spectrum worden gehanteerd. Voorbeelden uit 'rechtse hoek' zien we in de Verenigde Staten, waar advocaten die Trump bijstonden in het aanvechten van de verkiezingsuitslag (deels) *public interest litigators* waren. *Public interest litigation* past goed in het wereldbeeld van *social justice*, maar de *public interest* van de een is de *public interest* van de ander niet. En de (sociale) rechtvaardigheid van de één is de (sociale) rechtvaardigheid van de ander niet. Kortom, het is gevaarlijk om (rechtsstatelijke) beroepsethiek te vervangen door een morele agenda – hoe mooi of wenselijk die ook kan lijken.

Toegespitst op de advocatuur – toenemende vereenzelviging advocaat en cliënt

Ontwikkelingen in de *advocatuur* zijn navenant.¹² Robert Barrington, hoogleraar in Sussex en voormalig directeur van Transparency International, riep onlangs advocaten op om op basis van *social justice* overwegingen cliënten te weigeren: "there is a group of clients who should not be represented by lawyers."¹³ Ook op het niveau van de IBA (International Bar Association) en de CCBE (Council of Bars and Law Societies of Europe) is er discussie of advocaten niet een verantwoordelijkheid hebben voor *wider public interests*, bijvoorbeeld als het gaat om enkele van de bovengenoemde thema's. Daarbij hoort dan ook de vraag of advocaten *human rights due diligence* moeten doen ten aanzien van cliënten of zaken alvorens deze (vooral: niet) aan te nemen.

Er was aanvankelijk ook in Nederland discussie over het opnemen van een zogenaamde 'zesde kernwaarde' in de wet, namelijk publieke verantwoordelijkheid.¹⁴ Die kernwaarde is niet opgenomen in de wet (mede) naar aanleiding van scherpe kritiek van de president Hoge Raad, die schreef dat

"dit belang nooit in de weg mag staan aan de onafhankelijke maar principieel partijdige, deskundige en integere behartiging van de belangen van de cliënt."¹⁵

Dergelijke oproepen vinden in de praktijk echter gehoor. In Engeland is er, onder de noemer "Lawyers are responsible,"¹⁶ een groeiende groep die weigert 'aan de verkeerde kant' van klimaatzaken op te treden. In Nederland is er het voorbeeld van de door meerdere kantoren getekende *Stand Firm Verklaring* waarin advocaten andere advocaten opriepen om niet voor Russen of Russische entiteiten op te treden "voor zover zij niet openlijk stelling nemen tegen de inval in Oekraïne."¹⁷ Dit terwijl onze rechtsstaat het beginsel kent dat *iedereen* toegang zou moeten hebben tot recht (en daarmee tot een advocaat) alsook het beginsel dat advocaat en de zaak niet vereenzelvigd mogen worden. Toen er uiteindelijk geen advocaat meer te vinden was om de lopende zaken voor de Russische Federatie waar te nemen weigerde zelfs de Haagse deken een advocaat aan te wijzen, mede onder verwijzing naar deze verklaring (de Haagse deken werd uiteindelijk door de tuchtrechter teruggefloten).

Het verontrust dat – ook in de ogen van sommige academici, gerenommeerde media, ngo's en zelfs advocaten zélf – *social justice* opvattingen voorrang krijgen boven internationaal erkende rechtstatelijke beginselen. Denk, zoals gezegd, aan het beginsel dat een ieder zich vrijelijk tot een advocaat moet kunnen wenden en het beginsel dat de advocaat niet mag worden vereenzelvigd met de cliënt.

¹² Uitgebreider over de materie zie J.E. Soeharno, Moet een 'goede' advocaat 'foute' zaken weigeren? Drie poortwachtersrollen van de advocaat. *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2022/4, p. 103-112.

¹³ Zie www.legalfutures.co.uk/latest-news/lawyers-should-draw-line-on-which-clients-to-represent.

¹⁴ Zie M.A. Loth, De publieke verantwoordelijkheid van de advocatuur (Jonge Balie lezing 2002). *Advocatenblad* 2003, p. 24, 28 en R. Verkijk, "Vrije advocatuur" – de verhouding tussen de zesde kernwaarde en de autonomie van de advocaat. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2011, 4, p. 161.

¹⁵ Kamerstukken II, 32 382, nr. 3 (Advies Hoge Raad).

¹⁶ Zie www.lar.earth.

¹⁷ Zie <https://trip.nl/app/uploads/2022/03/Verklaring-Stand-firm-Advocatenkantoren-slaan-handen-ineen-voor-Oekraïne.pdf>.

Dat laatste is niet in lijn met de tijdgeest, maar wellicht juist daarom des te belangrijk. Zo schrijven de *United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers*:

"Lawyers shall not be identified with their clients or their clients' causes as a result of discharging their functions."

Toegespitst op de (civiele) rechtspraak – liever een constitutioneel hof

Ook bij *rechters* speelt de discussie, vooral omdat *social justice* thema's – rondom klimaat, migratie, sociale ongelijkheid, gender, racisme en diversiteit – steeds vaker actief aan de rechter, meestal de civiele rechter, worden voorgelegd waar de politiek nalatig zou zijn. Deze beweging is niet uniek. Fukuyama beschrijft dat in de Verenigde Staten aan progressieve zijde:

"there are demands for a massive redistribution of wealth and power, as well as recognition of groups rather than individuals based on fixed characteristics such as race and gender, as well as policies to equalize outcomes between them. Since none of this is likely to happen on the basis of a broad social consensus, progressives are happy to continue to make use of courts."¹⁸

Dit brengt mij op het punt van constitutionele toetsing (waaronder mensenrechtentoetsing) die er in Nederland lijkt te komen. De door de regering voorgestane idee is om daarvoor geen constitutioneel hof op te richten maar om dit aan de zaaksrechter te laten. Mijns inziens is dat een onwenselijke ontwikkeling. De specifieke techniek en expertise van constitutionele toetsing is in de huidige rechtspraak, zeker in de civiele rechtspraak, niet tot onvoldoende aanwezig.

De praktijk in Nederland laat zien dat civiele rechters dergelijke toetsing plegen te beschouwen als een *keuze* tussen twee partijstandpunten, wat in de praktijk neerkomt op een belang enerzijds en een mensenrecht anderzijds. Daarbij merk ik op dat het mensenrechtendiscours, gekoppeld aan de toenemende versoepeling van het privaatrecht, de beslisruimte van de zaaksrechter al heeft vergroot. In de treffende woorden van Ruth de Bock:

"Daarbij komt dat rechtsregels niet altijd duidelijk of zelfs tegenstrijdig zijn, of niet meer passen bij nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen. Een rechterlijke beslissing berust daardoor uiteindelijk – in meer of mindere mate – op een *keuze*."

En over het vervagende onderscheid tussen politieke en juridische kwesties door het inwerkende mensenrechtendiscours:

"Het is echter maar de vraag of er zo'n duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen 'politieke kwesties' en 'juridische kwesties', al was het maar omdat – onder meer door de inwerking van grondrechten in de rechtsorde – elk persoonlijk of maatschappelijk probleem, elke politieke discussie, óók als een juridische vraag kan worden geconceptualiseerd."¹⁹

De praktijk van constitutionele toetsing in landen als Duitsland en Italië laat zien dat de techniek van constitutionele toetsing complexer is en, onder meer, gaat over (i) het afwegen van grondrechten *onderling* en (ii) de vraag welke staatsmacht in de eerste plaats bevoegd is om ten overstaan van het voorliggende belang te oordelen, en hoeveel speelruimte de rechter daarna (eventueel) nog heeft. In het licht daarvan zou ik pleiten voor een constitutioneel hof zodat constitutionele expertise – die op dit moment vreemd is aan de Nederlandse rechtsorde – ten volle kan worden ontwikkeld.

¹⁸ Fukuyama 2022, p. x.

¹⁹ Ruth de Bock, De rechter als waakhond. *Ars Aequi* 2020/900. Ik laat de vraag in het midden hoe deze rechtsvindingsvisie – bijvoorbeeld in het licht van rechtszekerheid – te waarderen.

Voorrang voor de rechtsstaat

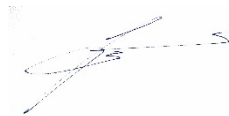
Juist in pluriforme samenlevingen is het onwenselijk om te streven naar vergaande integratie van morele opvattingen in de rechtsorde. Dat geldt wellicht te meer waar ook rekening gehouden moet worden met niet-westerse opvattingen. In de woorden van de rechtsfilosoof Brian Tamanaha:

"Western theories (...) that assume a match between background morality and law are plainly inapt. The law will not match morality of society and there will be no overarching coherence. There is no standard formula (...) other than to tread with care."²⁰

Kortom, het lijkt van belang om rechtsstatelijke – institutionele en professionele – waarden scherp te blijven onderscheiden van markt, management en (sociale) rechtvaardigheid. Dit heeft implicaties voor de beroepsethiek van juridische professies, met name waar het gaat om onderschikking van beheerswaarden en morele opvattingen aan de *rechtsstatelijke* rol van rechters, advocaten, officieren van justitie en andere sleutelspelers.

Tot nadere toelichting ben ik graag bereid.

Hartelijke groet,



Jonathan E. Soeharno

²⁰ B.Z. Tamanaha, *On the rule of law. History, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 138 (selectie JS).