

De rechtvaardige advocaat

H.J.M. Boukema
advocaat te Den Haag*

Wat is een goed advocaat? H.J.M. Boukema gaat in discussie met Marc Loth (over publieke veantwoordelijkheid, nr. 2003-1)¹ en bepleit vervolgens dat de advocaat verantwoordelijkheid aanvaardt voor méér dan enkel een vakbekwame dienstverlening aan de cliënt. De rechter kan uitmaken of een advocaat in een concreet geval wel fungeert als intermediair tussen justitiabele en rechter, en of hij bijdraagt aan het goed functioneren van het rechtsstelsel. Maar: 'voordien moet de advocaat bij zichzelf te rade gaan'.

Moreel negatieve oordelen over advocaten vinden door de eeuwen heen hun weerslag in de wereldliteratuur. Ook Nederlandse advocaten zijn soms kleurrijk besproken in de belletristiek en de media; hun moreel gehalte springt niet altijd in het oog. Een deel van de kritiek berust op miskennen en onbegrip over de aard van het beroep en de eisen die dit stelt. Een ander deel van de kritiek kan ook de hedendaagse advocaat zich aantrekken.

De vraag naar maatstaven ter toetsing van het morele handelen van een advocaat is al vaker gesteld; antwoorden blijven steken op een zeker niveau van abstractie. Recent heeft Loth een opstel geschreven met een pleidooi voor 'een betere beroepsethiek'.² Hij geeft een genuanceerde bespreking van uiteenlopende opvattingen over 'de advocatuur' en noemt haar 'rechtsstatelijke rol' als 'één van de pijlers van onze rechtsstaat'. Een minimale eis voor het optreden vindt Loth het beginsel van *fair play*. Loth's betoog mondt uit in een waardeoordeel: 'In zijn professionele handelen mag de advocaat geen eigenbelang nastreven, of zelfs maar die schijn wekken, maar hij of zij behoeft natuurlijk ook niet in het algemeen belang te handelen (wat dat dan ook is).'

Zou een advocaat het versturen van een declaratie voortaan dienen na te laten ter vermijding van de *schijn* van het nastreven van eigenbelang?³ De uitroep 'Erst kommt das Fressen, dann die Moral' (Brecht) geeft

aan dat moreel prijzenswaardig handelen een toereikende economische grondslag veronderstelt. Inderdaad zal een advocaat die de kost nauwelijks verdient, of een advocaat wiens financiële behoeften te overheersend zijn, eerder in de verleiding kunnen komen moreel onjuist te handelen dan een coryfee van de balie, verbonden aan een lucratief kantoor, wiens goede reputatie een economisch relevant *asset* is.

Loth bepleit een 'aspiratieve beroepsopvatting' tegenover een 'minimale beroepsethiek'. Volgens hem 'lijkt toch in elk geval

een goed resultaat wil zien, zal ook bij zo'n maatstaf gebaat zijn.

POSITIEVE CONNOTATIES

Een justitiabele, die een goede advocaat zoekt, beschikt doorgaans niet over mogelijkheden een juiste keuze te doen, tenzij hij een professioneel inkoper van juridische diensten is. Een niet-professionele inkoper weet nauwelijks welke maatstaven hij moet aanleggen om te beoordelen of een advocaat als 'goed' is te kwalificeren. Bekendheid is een criterium, specialisatie een ander.

Een advocaat die nauwelijks de kost verdient zal eerder in de verleiding kunnen komen moreel onjuist te handelen dan een coryfee van de balie

de rechtvaardiging van het professionele handelen voor verbetering vatbaar. De kwaliteit van de argumenten dient kortom te worden verbeterd, welke conclusies men uiteindelijk ook zal bereiken. En daarvoor is nodig dat de beroepsethiek voor advocaten wordt verrijkt met professionele idealen, wordt verdiept tot de persoonlijke morele opvattingen, en wordt uitgebreid tot de reflectie over alle morele aspecten van de beroepspraktijk.'

Het is een lofwaardig, maar ambitieus streven. De in zijn praktijk met problemen geconfronteerde advocaat zal behoefte hebben aan een bescheidener en praktischer maatstaf. Een justitiabele, die wenst dat zijn advocaat zijn belangen optimaal behartigt

Bekendheid kan echter veroorzaakt zijn door andere kwaliteiten dan vakmatige.

Hetzelfde kan voor reputatie gelden. Een reputatie kan zijn ingegeven door academische verdiensten, maar een academische hoogvlieger behoeft niet te beschikken over de in een bepaalde zaak vereiste tact, of agressiviteit, of gewiektheid. Andere maatstaven voor een advocaat kunnen – afhankelijk van de situatie – prestige, naamsbekendheid, publiciteit, invloed of macht zijn. Contemporaine opvattingen over een 'goed advocaat' monden, net als bij de sofisten, uit in waardering van stijl.⁴ In *The Varieties of Goodness*⁵ onderscheidt Von Wright tussen *technisch* en *moreel* 'goed'. Hier gaat het dan doorgaans om technisch 'goed'.

* Advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn. Hij studeerde behalve rechten ook wijsbegeerte en promoveerde op een rechtsfilosofisch onderwerp.

De rechtvaardige rechter kennen wij uit de literatuur, evenals de onrechtvaardige rechter. Tal van figuren en functionarissen verkrijgen die adjectieven, maar zowel de rechtvaardige advocaat als zijn onrechtvaardige confrère zijn in de geschiedenis zeldzame personages. De kwalificaties ‘rechtvaardig’ en ‘onrechtvaardig’ hebben doorgaans betrekking op oordelende personen. Advocaten zijn vooral vertolkers van partijstandpunten. Aan hen worden andere kwalificaties toegeschreven dan ‘(on)rechtvaardig’; sommige zijn zelfs positief. De advocateneed bevat weliswaar het aspect ‘rechtvaardigheid’ voor het toetsen van het gedrag van advocaten⁶, maar in het tuchtrecht voor advocaten blijkt die maatstaf geen beduidende rol te spelen.⁷

De term ‘rechtvaardigheid’ heeft positieve connotaties en is retorisch sterk. Perelman betoogt dat rechtvaardigheid in de geschiedenis is opgevat als ‘aan ieder hetzelfde geven of doen’.⁸ Ook is verdedigd dat het rechtvaardig is ‘ieder naar zijn verdiensten’ te belonen. Tegenover dit meritocratisch argument staat ‘aan ieder naar diens werk en resultaat’. Een theorie van de ‘juiste prijs’ past hierbij, alsmede een waardering voor het marktmechanisme. Tegenover dit negentiende-eeuwse liberalisme staat het twintigste-eeuwse socialisme met ‘aan ieder naar zijn (levens)behoeften’. Perelman vat opvattingen over rechtvaardigheid samen in de formule ‘to each member of the same essential category, the same thing’. Een andere opvatting over rechtvaardigheid is de *lex talionis*: evenveel kwaad voor aangedaan kwaad en evenveel goed voor ondervonden goed. Een Oud-Testamentische opvatting laat recht en rechtvaardigheid samenvallen. De Farizeeër is een rechtvaardig man zolang hij de regels naar de letter naleeft.

De modernere opvatting *summum ius, summa iniuria* impliceert de mogelijkheid van toetsing van het positieve recht aan een norm van hogere orde. Vermoedelijk op grond van de Franse burgerlijke traditie,



waarop de Nederlandse advocatuur⁹ is geïnspireerd en die op zijn beurt wortels heeft in de Romeinse advocatuur¹⁰, is de term ‘rechtvaardigheid’ uit de Advocatenwet terug te voeren op deze laatste klassieke opvatting over rechtvaardigheid.

Plato’s opvatting over de rechtvaardige man is ‘the just man as one who possesses integrity, who lives according to consistent principles and is not to be diverted from them by consideration of gain, desire or passion’¹¹. Deze rechtvaardige man is een burger die zijn verantwoordelijkheden tegenover de samenleving kent. Het staat te bezien of deze aan het stoïcijnse mens- en maatschappijbeeld, dat van invloed is geweest op onze van oorsprong christelijke samenleving, ontleende opvatting over rechtvaardigheid aan de hedendaagse advocaat een toepasbare maatstaf biedt.

BIJDRAGE AAN RECHTSBEDELING

De wetgever heeft aan advocaten drie bijzondere voorrechten gegeven: een *beroepsgeheim*, waardoor alles wat aan een advocaat in die hoedanigheid wordt toevertrouwd geheim kan blijven; een *verschoningsrecht*, waardoor een advocaat niet als getuige hoeft te spreken en waardoor het beroepsgeheim wordt gegarandeerd; en een *procesmonopolie*: alleen advocaten mogen voor bepaalde rechterlijke colleges optreden. Deze drie voorrechten heeft de wetgever maar om één reden gegeven: opdat het rechtsstelsel goed kan functioneren, in het belang van de samenleving.

Het fenomeen appel is al rot!

Een functionele maatstaf voor het beoordelen van het handelen van de advocaat geeft het EHRM:¹² ‘The Court reiterates that the special status of lawyers gives them a central position in the administration of justice as intermediaries between the public and the courts. Such a position explains the usual restrictions on the conduct of members of the Bar (...). Moreover, the Court has already held that the courts – the guarantors of justice, whose role is fundamental in a State based on the rule of law – must enjoy public confidence (...). Regard being had to the key role of lawyers in this field, it is legitimate to expect them to contribute to the proper administration of justice, and thus to maintain public confidence therein.’

De taak een bijdrage te leveren aan het goed verlopen van de rechtsbedeling staat de advocaat niet toe louter de belangen van cliënten te dienen ten nadele van het rechtsstelsel. De consequentie van dit standpunt dat advocaten niet alle mogelijkheden van het rechtsstelsel mogen gebruiken en belangen van het rechtsstelsel prioriteit hebben boven de belangen van de cliënt lijkt ongenueanceerd. Als maatstaf voor het aanwenden van mogelijkheden, die het rechtsstelsel biedt, zou de dubbele toets kunnen gelden die zowel in het mededingingsrecht als in de rechtspraak van het EHRM¹³ wordt aangehouden, te weten die van *functionaliteit* en *proportionaliteit*. Mocht hetgeen een advocaat doet zijn aan te merken als slechts ‘het gooien van zand in de

Zowel de rechtvaardige advocaat als zijn onrechtvaardige confrère zijn in de geschiedenis zeldzame personages

machine van de rechterlijke macht¹⁴, dan is niet aan deze dubbele toets voldaan.

Het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen eist onafhankelijkheid van de advocaat. Een rechtspersoon die werd vertegenwoordigd door een advocaat, tevens haar bestuurder, is niet-ontvankelijk verklaard op grond van: 'de opvatting van de rol van de advocaat, volgens welke hij moet worden gezien als medewerker bij de rechtspleging, die geheel onafhankelijk en in het overwegend belang van deze rechtspleging de door zijn cliënt benodigde rechtskundige bijstand moet verlenen.'¹⁵

VERANTWOORDELIJKHEID

De advocaat moet onafhankelijk zijn ten opzichte van de rechter en van de overheid, alsmede van economische en andere machthebbers. Hij moet ook onafhankelijk van zijn cliënten zijn, zowel functioneel, financieel als emotioneel (betrokkenheid en volledige inzet zijn verenigbaar met onafhankelijkheid). Dit alles vereist juridische waarborgen voor afhankelijkheid, evenals de mogelijkheid voor de advocaat behoorlijk te kunnen verdienen om economisch onafhankelijk te zijn. Het vereist ook een bepaalde persoonlijke instelling.

De vraag of advocaten het rechtsstelsel misbruiken ten behoeve van hun cliënten wordt meestal door de rechter beantwoord. Die antwoorden geven blijk van subtiele casuïstiek. Heeft de rechter eenmaal geoordeeld dat bepaalde gedragingen misbruik van procesrecht opleveren, dan moet de advocaat zich van die gedragingen onthouden. Maar de rechter kan het processuele optreden van de advocaat niet volledig beoordelen of geheel corrigeren.

Met inachtneming van het primaat van de belangen van cliënt, behoren advocaten het behoorlijk functioneren van het rechtsstelsel mede als maatstaf voor hun optreden in overweging te nemen. De ene advocaat spreekt het algemeen belang meer aan dan de andere. Advocaten moeten beseffen dat

uiteindelijk onze rechtsstaat het mogelijk maakt dat Nederlandse advocaten hun werk in onafhankelijkheid kunnen doen. Er zit een ongerijmdheid in het benadelen van het rechtsstelsel terwijl dit het functioneren van advocaten mogelijk maakt.

Het algemeen belang als richtsnoer voor het optreden van advocaten is diffuus en moet per geval worden gewogen, en misschien geformuleerd. De technisch oordelende advocaat, die verantwoordelijkheid in verband met het algemeen belang afwijst door te stellen dat het de rechter is die oordeelt, getuigt van een praktische instelling, voelt de charme van schijnbare eenvoud en vindt Pontius Pilatus aan zijn zijde, maar geeft blijk van een niet algemeen aanvaarde opvatting over verantwoordelijkheid.

Een definitie van morele verantwoordelijkheid¹⁶ luidt: 'A person is regarded as morally responsible for some act or occurrence x if and only if he is believed (1) to have done x, or to have brought x about; and (2) to have done it or brought it about freely.' Uit de definitie volgt een relatie tussen enerzijds de mogelijkheid van ingrijpen of nalaten, en anderzijds de verantwoordelijkheid voor gevolgen van de keuze uit beide. Bij die keuze bieden rechtsbeginselen steun. Het HvJ EG heeft vastgesteld dat aan ons rechtsstelsel bepaalde fundamentele rechtsbeginselen ten grondslag liggen.¹⁷ Het hof beschouwt die rechtsbeginselen als bronnen van recht, evenals het Amerikaanse Hooggerechtshof dit doet.¹⁸ De verklaring is dat het niet slechts *rechts*beginselen zijn, maar dat die beginselen ten grondslag liggen aan onze cultuur en onze samenleving zoals wij die kennen, alsmede aan het vigerende mens- en maatschappijbeeld.

CASUÏSTIEK

Het ontbreken van een algemeen geldende moraal deed aan het einde van de zestiende en het begin van de zeventiende eeuw de casuïstiek ontstaan. Als gevolg van de Reformatie werd de door de Rooms-

Katholieke Kerk geleerde moraal niet meer universeel erkend. Moest een katholiek onderdaan een protestants vorst trouw zijn? Moest een katholiek koopman zijn handelsovereenkomst met een protestantse afnemer honoreren? Jonson en Toulmin¹⁹ betogen: 'In an era of fashionable agnosticism, their casuistry sought to bolster confidence about certain values and principles; although (...) it was the assurance of moral probability rather than certitude.'

Is het reëel om in ons hedendaags cultuurrelativisme méér te verlangen? Casuïstiek is nog steeds bruikbaar. Bisschop Bär gaf in een kranteninterview een voorbeeld van hedendaagse casuïstiek:²⁰ Over het gebruik van condooms in het gevecht tegen aids zou hij 'een "realistische positie innemen". Over de medische redenen van dat gebruik heeft de kerk zich niet uit te spreken, zoals onlangs ook een prominente Nederlandse arts heeft gezegd.'

De door de rechtspraak en het EVRM gecodificeerde rechtsbeginselen en de deels in juridische vorm gegoten morele beginselen bieden houvast bij het casuïstisch vaststellen van de juiste gedragscode. Ook de door het EHRM geformuleerde taak van de advocaat biedt hulp. Die aan de Westerse samenleving ten grondslag liggende beginselen hebben weliswaar als gevolg van vigerend cultuurrelativisme en de kwantitatieve toename van migratie een deel van hun universele vanzelfsprekendheid verloren, niettemin vormen die beginselen de fundamentele van de dominante cultuur. De in de rechtspraak erkende rechtsbeginselen leveren aan de advocaat *concepts*, die met een casuïstische redenering tot een *conception* leiden.²¹

De advocaat heeft vrijheid van keuze en daarmee verantwoordelijkheid voor zijn handelen of nalaten. Hij hoeft niet alle opdrachten uit te voeren. Verder moet de advocaat beseffen dat hij medeverantwoordelijk is voor een goede rechtspleging. Bij twijfel heeft de advocaat primair als taak het

De advocaat mag niet louter de belangen van cliënten dienen ten nadele van het rechtsstelsel

behartigen van de belangen van zijn cliënt – zolang het gaat om rechtens en moreel te respecteren belangen. Moeilijk te verdedigen is dat een advocaat de taak heeft om immorele of destructieve belangen van de cliënt te bevorderen.

Conrad beschrijft in *The Shadow Line* het ‘menselijk surplus’ dat nodig is bij het uitvoeren van een beroep: ‘(...) it flashed upon me that high professional reputation was not necessarily a guarantee of sound mind.’²² Berthoud schrijft in zijn introductie:²³ ‘Under normal conditions, fidelity to the technicalities of the craft will see you through; but in an exceptional trial, it needs to be supplemented by human qualities that may have nothing to do with professional skills, and may even work against them.’

De toetssteen van Conrads ‘menselijk surplus’ spreekt aan, maar heeft het manco dat die voor concrete casus een beroep doet op abstracte normen van morele aard. De naar een maatstaf voor juist gedrag zoekende advocaat heeft behoefte aan een concrete maatstaf.

Het tuchtrecht voor advocaten geeft geen finale maatstaf voor beslissingen in moeilijke gevallen. In de eerste plaats gaat het in deze aangelegenheden doorgaans om morele beslissingen waar respectabele standpunten kunnen conflicteren. In de tweede plaats heeft het tuchtrecht een beperkte rol bij het toetsen van gedrag.

Hetgeen zich volledig afspeelt tussen advocaat en cliënt, opdrachtnemer en opdrachtgever, blijft deels verborgen achter het beroepsgeheim. Het Hof van Justitie EG erkent het *legal privilege* van het verkeer tussen cliënt en advocaat.²⁴ De Nederlandse rechter erkent het wettelijk verschoningsrecht en het beroepsgeheim. Het tuchtrecht voor advocaten dient daar voor te wijken. Weliswaar bepaalt Gedragsregel nr. 37 dat de advocaat zijn beroepsgeheim niet tegenover de deken kan invoeren, maar gedragsregels zijn gewoonteregels, ‘opgetekende coutumes, een weergave van datgene wat in de

balie in een bepaald tijdvak leefde als ere-recht’,²⁵ die in rangorde achterblijven bij een bij wet in formele zin vastgelegd beroepsgeheim, verankerd in de rechtspraak. In Nederland wordt het *nemo tenetur*-beginsel voor het advocatenrecht verworpen,²⁶ maar het mag betwijfeld worden of deze opvatting bij het EHRM stand zal houden.

Uit het tuchtrecht voor advocaten is om de genoemde redenen onvoldoende houvast te construeren voor het gedrag van advocaten in de moeilijke gevallen waarin de advocaat de toepassing van zijn vakmanschap onverenigbaar weet met morele normen.

DIVERSE SOORTEN WERK

Bij het formuleren van een bruikbare maatstaf is het dienstig te onderscheiden naar het soort werk dat advocaten verrichten. In strafzaken is het de taak van de advocaat erop toe te zien dat de cliënt een eerlijk proces krijgt en verder dat op grond van de ten processe vaststaande feiten en de toepasselijke rechtsregels de juiste conclusie volgt. Voor de door de wetgever uitgevaardigde wetten draagt de advocaat geen verantwoordelijkheid en ook niet voor de toepassing ervan in de rechtspraak. Niets dwingt de advocaat overigens om ‘beyond the call of duty’ te trachten de verdachte vrijgesproken te krijgen.

Deze traditionele Engelse opvatting²⁷ spoort met de door het EHRM in de *Schöpfer*-zaak uitgesproken taak van de advocaat ‘to contribute to the proper administration of justice, and thus to maintain public confidence therein.’²⁸ Uit discussies over de advocatenneed, die in en langs de balie worden gevoerd²⁹, blijkt dat ‘rechtvaardigheid’ ook wel wordt opgevat als ‘fatsoenlijk’ of ‘moreel juist’. Uitgaande van deze uitleg vinden sommige auteurs de advocatenneed niet toepasselijk op strafpleiters. Die consequentie vloeit voort uit een andere opvatting van de term ‘rechtvaardigheid’ dan in dit opstel is verdedigd; zij leidt tot een dogmatische moeilijkheid: advocaten zweren te voldoen aan een wettelijk voorschrift, verklaren daarna dit voorschrift buiten toepassing en gaan

onbekommerd verder met de praktijkvoering.

In civiele, administratieve en fiscale zaken is de taak van de advocaat het bekwaam assisteren van de rechtzoekende bij het gebruik van de regels van het procesrecht bij het bereiken van een door de cliënt gezochte oplossing, die in het rechtsstelsel past, en daarbij het overtuigen van de rechter dat zijn cliënt betere rechten heeft dan de wederpartij. Vragen over een juiste beroepsuitoefening lijken bij strafpleiters meer in het oog te springen dan bij civiele advocaten, maar ook de laatsten worden geconfronteerd met *tragic choices*.³⁰

Alle advocaten erkennen grenzen bij de uitoefening van hun taak: getuigen en de rechter mogen niet worden bedreigd of omgekocht, de rechter mag niet worden voorgelogen of misleid, stukken mogen niet worden vervalst et cetera. Volgens het burgerlijk procesrecht moet de advocaat zich coöperatief opstellen bij een efficiënte, snelle en redelijke procesvoering³¹. Civiele procespartijen en hun advocaten moeten nu reeds rekening houden met gerechtvaardigde belangen van hun wederpartij blijkens rechtspraak, die de vermogensrechtelijke begrippen ‘redelijkheid en billijkheid’ van toepassing verklaart op het burgerlijk procesrecht³².



Moraal
is imperialisme...
of egocentrisme...



ADVOCAAT AANSPRAKELIJK?

Het positieve recht biedt ook hulp bij de vaststelling van taak en verantwoordelijkheid van de advocaat die slechts aan technisch-juridische criteria toetst en de cliënt als normgevend beschouwt: 'la bouche de son mandant'. Polak verdedigt dat: 'de dienstverlener zich steeds moet verdiepen in de belangen van zijn opdrachtgever, maar dat hij zich niet hoeft te laten leiden door de wijze waarop de opdrachtgever dat belang ziet. Integendeel, uiteindelijk moet de dienstverlener zich laten leiden door zijn eigen visie op dat belang. Dienstverleners treden vrijwel altijd ook op als adviseur, in de zin dat zij hun opdrachtgever een bereedene aanbeveling tot handelen doen. Dit betekent in sommige gevallen dat de dienstverlener verplicht is te adviseren over eventuele alternatieven of risico's en zich niet mag beperken tot enkel de opdracht van de cliënt.'³³

Uitvloeisel van dit standpunt is dat de advocaat, die eenvoudig de instructies van zijn cliënt uitvoert, niet gevrijwaard is van een vordering wegens aansprakelijkheid voor wanprestatie en eventueel onrechtmatige daad. Onduidelijk is naar welke maatstaven de rechter moet beoordelen of uitvoering van een ondubbelzinnig verstrekte instructie niettemin wanprestatie oplevert, of zelfs onrechtmatig is. De vraag of een

Welke bijdrage levert de lucratieve commerciële advocatuur aan het vervullen van de verantwoordelijkheden van de advocatuur?

derde een vordering kan instellen tegen een advocaat die door correcte uitvoering van instructies van een cliënt aan de derde nadeel toebrengt, is nog minder gemakkelijk te beantwoorden.³⁴ Op basis van het *Schöpfer*-arrest³⁵ volgt weliswaar dat de advocaat bepaalde verantwoordelijkheden heeft tegenover het rechtsstelsel, maar niet zonder meer een juridische afdwingbare verplichting tegenover anderen dan de eigen cliënt.

De omweg via het aansprakelijkheidsrecht brengt ons tot algemeen aanvaarde opvattingen over moraal die via de onrechtmatige daad in het positieve recht tot uitdrukking komen.³⁶

PROPORTIONEEL EN FUNCTIONEEL NADEEL

Bij discussies over de taakvervulling door de advocaat zijn de economische realiteit en de ontwikkelingen van de markt relevant.³⁷ Internationale transacties leiden tot internationale samenwerking tussen advocaten, variërend van *ad-hoc*verwijzing tot het opzetten van eigen kantoren in het buitenland of het overnemen van halve of hele advocatenkantoren. Enkele grote internationale advocatenkantoren domineren de juridische adviesmarkt voor de financiële wereld. Grote internationale accountantskantoren bieden *one stop shopping* aan en lijven advocaten in bij hun tienduizenden tot wel honderdduizend werknemers. (Inmiddels zijn bij deze kantoren afstotingsverschijnselen zichtbaar.) Grote organisaties hebben hun eigen belangen,³⁸ die niet hoeven samen te vallen met het belang van een goed werkend rechtsstelsel,³⁹ het algemeen belang, of de belangen die het EVRM beschermt.

De nationale markt is grofweg in drie categorieën te verdelen: (a) het typisch juridische handwerk (strafrecht, familierecht, geschillen met de lokale overheid), (b) de algemene commerciële advocatuur en (c) *niche*-advocatuur: specialisatie naar rechtsgebied of type cliënten. Nu de advocatuur sterk door de genoemde marktontwikkelingen

wordt beïnvloed, de rechtshulp aan weinig kapitaalkrachtige rechtzoekenden wordt beperkt en de rechtvaardiging voor het procesmonopolie vervaagt, rijst de vraag welke bijdrage de lucratieve commerciële advocatuur, die zich bezighoudt met grote internationale transacties, levert aan het vervullen van de verantwoordelijkheden van de advocatuur.

Voor de drie categorieën advocaten blijft de in het vorenstaande verdedigde maatstaf *in abstracto* toepasselijk, maar de uitwerking ervan zal verschillen. De categorie advocaten, die door de gevestigde advocatuur ook wel misprijzend wordt aangeduid als 'verkopers van juridische diensten'⁴⁰ heeft te veel afstand van de procespraktijk om te vallen onder de ratio die het EHRM in de *Schöpfer*-zaak⁴¹ formuleerde: het zijn van intermediair tussen rechter en justitiabelen én het bijdragen aan het goed functioneren van het rechtsstelsel. De vraag of voor zulke juridische dienstverleners een plaats in de balie is wordt elders besproken.⁴²

In onze relativistische tijden kan het stoïcijnse richtsnoer hulp bieden: mocht *honeste vivere* te veel gevraagd zijn, en *suum cuique tribuere* buiten de mogelijkheden van de 'snelle handelaar in juridische producten' liggen, dan toch voor allen *neminem laedere*. Bij conflicterende belangen – en daar gaan juridische procedures over – zal het moeilijk zijn de wederpartij geen enkel nadeel toe te brengen. Het richtsnoer zou aangevuld moeten worden met het reeds genoemde begrippenpaar *proportionaliteit* en *functionaliteit*.

BIJ ZICHZELF TE RADE

De in populaire media bejubelde én verguisde technische opvatting over de uitvoering van het advocatenberoep, die de advocaat ontslaat van verantwoordelijkheid voor de gevolgen van zijn handelen, is slechts verdedigbaar op grond van een ongebruikelijke opvatting van het begrip 'verantwoordelijkheid' en met het ontkennen van de toepasselijkheid van hogere beginselen dan die van

de effectieve, technisch juiste beroepsuitoefening.

De technische norm schiet ook tekort volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat de advocaat twee taken oplegt: het fungeren als intermediair tussen justitiabele en rechter, alsmede het bijdragen aan het goed functioneren van het rechtsstelsel door het bevorderen van rechtvaardigheid.

De rechtspraak zal uitmaken of een advocaat in een concreet geval die taken op juiste wijze vervult. Voordien moet de advocaat bij zichzelf te rade gaan.



NOTEN

- Zie 'Naar een betere beroepsethiek. De publieke verantwoordelijkheid van de advocatuur', *Advocatenblad* 2003-1, pp. 24-30. Zie ook 'Reacties' achterin dit nummer.
- M.A. Loth, *Naar een betere beroepsethiek, De publieke verantwoordelijkheid van de advocatuur*, *Advocatenblad*, 10 januari 2003, pp. 24-30.
- De rechtspraak van het EHRM over de schijn van partijdigheid en afhankelijkheid van rechtsprekende colleges in het licht van art. 6 EVRM laat zien tot hoe ver die schijn zich kan uitstrekken.
- Vgl. R. van de Klashorst, *Een goede advocaat?*, *Advocatenblad* 1994, pp. 924-930; Mario Untersteiner, *The Sophists*, transl. by Kathleen Freeman, Oxford, 1954.
- G.H. von Wright, *The Varieties of Goodness*, London, 1963.
- Art. 3 lid 2 *Advocatenwet*.
- S. Boekman, *Het huidige advocatentuchtrecht*, tweede druk, Deventer, 1998.
- Ch. Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London, 1963, pp. 16 e.v.
- Vgl. E.W.A. Henssen, *Twee eeuwen advocatuur in Nederland*, Deventer 1998.
- Zie W.J. Zwalve, *Keizers, soldaten en juristen: vijf Romeinse juridische biografieën*, Deventer, 1998.
- Loc. cit.*
- EHRM 20 mei 1998, NJ 1999, 711, m.n. EJD (*Schöpfer*), r.o. 29. Zie bijv. *Black's Law Dictionary* (Fifth Edition, St. Paul, Minn., 1979, p. 776) voor betekenissen van 'justice': to do justice; to see justice done, to summon one to do justice. Naast deze connotaties met 'rechtvaardigheid' is er de betekenis van 'rechtspleging' en 'recht doen', welk laatste begrip ook een connotatie met rechtvaardigheid heeft. Zie voor de opvatting van het EHRM over de rol van de advocaat, het opstel van Dirk Voorhoof, *Nikula vs. Finland: de expressievrijheid van de advocaat*, *Mediaforum* 2002, pp. 206-212.
- De dubbele toets van functionaliteit en proportionaliteit is één van de maatstaven waaraan de rechter ambtshalve moet toetsen om te beoordelen of een inbreuk op de uitingenvrijheid toelaatbaar is. Vgl. M. Bulk, *Rectificatie en uitingenvrijheid*, ac. prft. Amsterdam, 1998, pp. 54 e.v.
- A.H. van Delden over een advocaat in een gerucht makende strafzaak. Vgl. *NRC Handelsblad* 10 juni 2000, p. 2.
- HvJ EG 8 december 1999, zaak T-79/99, *Jurisprud.* 1999, *Euro-lex European Law v. Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen)*, r.o. 28. (Cursivering toegevoegd.) Het Gerecht vervolgt: 'Deze opvatting weerspiegelt de rechts-tradities die de lidstaten gemeen hebben, en wordt ook aangetroffen in de communautaire rechtsorde, zoals blijkt uit artikel 17 van het Statuut (in die zin HvJ EG 18 mei 1982, AM & S/Commissie, 155/79, *Jurispr. blz.* 1575, punt 24).'
- Arnold S. Kaufmann, *Responsibility*, in: Paul Edwards (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, New York, 1967, Vol. 7, p. 183. Over verantwoordelijkheid zijn bibliotheken volgeschreven. Voor dit opstel volstaat het een causale relatie te leggen tussen de gevolgen van het eigen handelen (of nalaten).
- HvJ EG, Zaak 23/68, *Jurisprud.* 1969, p. 43. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen erkent als zijn taak de bescherming van fundamentele rechten (vgl., bijv. HvJ EG 14 mei 1974, Zaak 4/73, *Jurisprud.* 1974, p. 0491; *Nold v. Europese Commissie*; HvJ EG 1 februari 1996, Zaak C-177/94, *Jurisprud.* 1996, p. I-0161; *Perfili*) maar stelt aard en omvang van die rechten zelf vast. De uitleg van die rechten door het EHRM kan verschillen met de interpretatie door het Hof van Justitie. Vgl., bijv., HvJ EG 21 september 1989, Gevoegde zaken 46/87 en 227/88, *Jurisprud.* 1989, p. 2919; *Hoechst/Europese Commissie*; HvJ EG 20 febr. 2001, zaak T-112/98, *NJB* 2001, p. 631; *Mannesheim/Europese Commissie*.
- R.M. Dworkin bespreekt in zijn opstel *Is Law a system of Rules?* (in: R.M. Dworkin, *The Philosophy of Law*, Oxford, 1977, p. 44) een klassieke beslissing van een New Yorkse rechter over aanspraken op een erfenis van een grootvader, die door zijn kleinzoon werd doodgeschoten juist met het oog op die erfenis: '(...) all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime.' *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).
- Albert R. Jonson, Stephen Toulmin, *The Abuse of Casuistry, A History of Moral Reasoning*, Berkeley etc., 1988, p. 148.
- NRC Handelsblad*, 30 mei 1994. In één adem bedient de Bisschop zich ook van een *argumentum ad verecundiam*. John Locke vond dit een respectabel argument in *An Essay Concerning Human Understanding* (London, 1690, Reprint of fifth edition, J.W. Yolton, ed., 2 vols., London etc., 1961) hoewel het van overdreven bescheidenheid getuigt, maar tegenwoordig is de status ervan omstreten. Vgl. Frans van Eemeren, Rob Grootendorst, *Dat heeft u mij niet horen zeggen...*, *Drogredenen van A tot Z*, Amsterdam etc., 1992, pp. 73 e.v.
- Volgens R.M. Dworkin zijn (rechts)begrippen te onderscheiden in *concepts* en *conceptions*. (Zie diens *Taking Rights Seriously*, London, 1977.) Het begrip 'vrijheid van drukpers' is een *concept*; het oordeel van de Hoge Raad dat neonletters op een fabriekstoren te Naarden onder dit begrip vallen, is een *conception*. (Vgl. HR 24 jan. 1967, NJ 1967, 270; *Nederland ontwapent*, m.n. W.F. Prins.)
- Joseph Conrad, *The Shadow Line*, London, 1917, herdruk, Harmondsworth, 1986, met een voorwoord door Jacques Berthoud, p. 57.
- Joseph Conrad, *op. cit.*, p. 15.

- 24 Zie HvJ EG 18 mei 1982, Zaak 155/79, Jurisprud. 1982, p. 1575, AM&S arrest. Daarnaast is er de *Hilti*-beschikking van het Gerecht van Eerste Aanleg, die het AM&S precedent bevestigt en zelfs uitbreidt. Zie Ger., 4 april 1990, Zaak T-30/89, Jurisprud. 1990, II-163.
- 25 W.G. van Hassel, *Ten geleide bij Gedragsregels, Vademecum Advocatuur, Deel II, 's-Gravenhage*, 2003, p. 266.
- 26 S. Boekman, *op. cit.*, pp. 182 e.v.
- 27 Richard du Cann, *The Art of the Advocate*, Hammondsworth etc., 1980 (Reprinted with revisions).
- 28 EHRM 20 mei 1998, NJ 1999, 711, m.n. EJD (*Schöpfer*).
- 29 N. Christopoulos, a.w., *De advocatened. Een onderzoek naar het gebruik van de eed in het heden en verleden*, Den Haag, 1999, pp. 33-53. De discussie is niet afgerond. Een opgetreden onduidelijkheid in de discussie is dat de auteurs de belangrijkste termen van hun betoog niet definiëren of voldoende preciseren. Verduidelijking van het onderwerp van de discussie is te vinden in een vershijnsel dat Ronald Dworkin t.a.p. zo fraai beschreef.
- 30 Vgl. Guido Calabresi, Philip Bobbitt, *Tragic Choices, The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources*, New York, 1978. Een voorbeeld van zulke keuzes was de toewijzing van de capaciteit van schaarse nierdialyse-apparaten: Wie het eerst komt, het eerst maalt? Of wie de grootste kans op overleven heeft? Een veroordeelde moordenaar of een jonge moeder met kinderen? Het stellen van prioriteiten bij het ter beschikking stellen van financiële middelen leidt tot wachtlijsten in de gezondheidszorg, met soms tragische gevolgen. De neiging om problemen in de gezondheidszorg aan de rechter voor te leggen, levert confrontaties van advocaten met *tragic choices* op. (Vgl., bijv., Pres. Rb. Haarlem 17 sept. 1993, Z 93/2, over dure implantaten; Pres. Rb. A'dam 22 dec. 1994, C 94/30, over vergoeding van operatie buiten Nederland; CRB 12 dec. 1997, Z 97/3, idem.) Nieuw is dit niet. In het verleden sprak de (straf)rechter zich uit over juridische aspecten van abortus en euthanasie. Wij hebben te maken met hetgeen Alexis de Tocqueville (*Democracy in America*, transl. H. Reeve, New York, 1899, pp. 263-274) een kenmerk van het Amerikaanse rechtstelsel noemde: politieke vragen worden vroeger of later tot rechtsvragen, en omgekeerd.
- 31 Boek I van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gaat uit van een coöperatieve houding van procederende advocaten. Zie W.D.H. Asser, J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen. Gedachten over een fundamentele vernieuwing van het burgerlijk procesrecht*, Den Haag, 1999. Vgl. verder A.I.M. van Mierlo, M.M.L. Harreman, *Tekst Boek I Rv nieuw en landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken*, tweede druk, 2001, Den Haag.
- 32 HR 10 maart 1995, NJ 1996, 299; m.n. HJS: 'Het onderhavige arrest lijkt de opvatting te ondersteunen dat de eisen van redelijkheid en billijkheid doorwerken tijdens een civiel proces. Zij blijven de materiële rechtsverhouding tussen partijen beïnvloeden en zijn daarmee tegelijkertijd actief in het civiele proces tussen die partijen.'
- 33 Aldus het verslag van Dimitri Kaandorp en Gustavo Reisenstadt, *Aansprakelijkheid voor dienstverleners*, *Ars Aequi* 2000, p. 17. Steun voor dit standpunt is te vinden in een uitspraak van het Hof van Discipline Leeuwarden (24 augustus 1999, *Advocatenblad*, p. 471): ook indien de advocaat meent dat zijn opdracht zich beperkt tot alleen het voeren van formeel verweer tegen een verzoek tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst, toch dient de advocaat zich er steeds van te vergewissen of die opdracht overeenstemt met de belangen van zijn cliënt.
- 34 E.J.H. Schrage, *Partij en derde, De bevoegdheid van crediteuren ten aanzien van het wilsrecht van de legitimaris*, intree rede Amsterdam, 1999. Aansprakelijkheid van een notaris wegens het tekortschieten van zijn zorgplicht tegenover een derde is aangenomen op grond van zijn ambtsverrichtingen waaraan derden een bepaald vertrouwen mogen onttelen. (Vgl. bijv. HR 20 dec. 2002, RvdW 2003, 5.)
- 35 EHRM 20 mei 1998, NJ 1999, 711, m.n. EJD (*Schöpfer*).
- 36 Een Texaanse rechter heeft op 20 december 2002 een oordeel geveld over de advocaten die Enron bijstonden (het 307 pp. tellende vonnis van het United States Courts Southern District of Texas, Civil Action no. H-01-3624, consolidated cases, *Mark Newby, et al. vs Enron Corporation, et al.* is o.m. te vinden op, <http://www.ucop.edu/news/enron/mtdorder.pdf>). Op p. 73 overweegt de rechter: 'The issue of attorney liability involving a duty to disclose nonmisleading information to nonclients and third parties is a thorny one, complicated by tension between the need to provide remedy to parties suffering monetary loss because of a lawyer's conduct and the attorney-client relationship with its attendant confidentiality, loyalty, and zealous representation requirements and policy concerns. Ethical rules of conduct such as disciplinary rules do not create corresponding legal duties nor constitute standards for imposition of civil liability on lawyers.' De rechter bespreekt de rechtspraak en stelt voorop dat 'lawyers are accountable only to their clients for the sufficiency of their legal opinions' (p. 79), maar indien een advocaat met zo'n stuk naar buiten komt, of kan vermoeden dat zijn cliënt dit doet, 'a law firm does have a duty to speak truthfully, to make accurate or correct material statements' (p. 81). Bij ons lijkt dit niet anders te liggen.
- 37 Vgl. bijv. *The Economist*, 26 February 2000, p. 89 e.v.
- 38 Vgl. bijv. voor het management van *professional service firms* Jay W. Lorsch, Thomas J. Tierney, *Aligning the Stars, How to Succeed when Professionals Drive Results*, Boston, Mass., 2002.
- 39 Vgl. Richard Neely, *Why Courts Don't Work*, New York etc., 1982.
- 40 Volgens een landelijk deken dreigt de advocaat te verworden tot 'snelle handelaar in juridische producten'. Zie NJB 1999, p. 1791 e.v. en *Advocatenblad* 1999, pp. 977-982.
- 41 EHRM 20 mei 1998, NJ 1999, 711, m.n. EJD (*Schöpfer*).
- 42 Zie voor deze problematiek de in 1998 en 1999 gevoerde discussies in het *Nederlands Juristenblad*, *Markt & Mededinging* en andere vaktijdschriften, o.m. het *Advocatenblad* 2000, pp. 433-467. Zie ook de brief van minister van Justitie aan de Tweede Kamer d.d. 5 juli 1999, Kamerstukken II 23 706, nr. 36.

(advertentie)

Voor kantoren die maat willen houden
www.advocatenwerk.nl

HV&PARTNERS
VOOR JURISTEN, VAST OF INTERIM

 TEL 010 - 240 06 05

FIF 33
RECHTSBUREAU EN INFORMATIEBUREAU

Tien behoeven van de advocaat en het bedrijfsleven.
Voortsatend in bedrijfsrecht en in binnen- en buitenland.

- correctie, nietbewering
- strafrechtelijke
- fraude
- overzending concuresschikking
- intellectuele eigendom
- publiek-onderzoek

Telefoon : 010 - 477 33 23 E-mail : info@fif33.nl
Fax : 010 - 477 08 30 Internet : www.fif33.nl

Vraag onze brochure aan voor een totaalpakket aan diensten.

Roosendael: Heermeidingel 185, 3021 CM Rotterdam
Correspondentieadres: Postbus 25230, 3001 HB Rotterdam

