

Dekenrede Jaarcongres 23 september 2011 Breda

Macht en tegenwicht¹

Tegenover een overheid die op allerlei manieren macht stapelt, is een onafhankelijke advocatuur noodzakelijk.

Jan Loorbach
algemeen deken

Jonas Daniël Meijer (1780-1834) schreef *Institutions Judiciaires*, over het belang van het principe dat de advocatuur van de Staat onafhankelijk is: 'Het is slechts uit onwetendheid van deze principes en dwaling over het werkelijke doel van de maatschappij, of uit machtmisbruik, dat men de openbare verdedigers heeft kunnen beschouwen als instrumenten van het gezag, wat hen enkel blinde onderworpenheid en passieve gehoorzaamheid oplegt en hen de mogelijkheid onthoudt om een rol te spelen bij de rechtstoepassing. Wanneer de onderdanen hun rechten in het geheel niet kennen, wanneer zij die gehouden zijn het recht toe te passen de rechtsbedeling zien als een gunst, wanneer bij gebrek aan een publieke opinie geen tegenwicht bestaat tegen het gezag, wanneer, ten slotte, de verdedigers slechts het aanzien genieten van ondergeschikte werktuigen die een dringend verzoek kunnen richten tot hun meerdere, wordt het beroep van advocaat verlaagd en gekleinerd tot een zaakwaarnemer, met uitzondering van een klein aantal zaken waarin het gezag zich graag voor wil doen als volksgezind en zijn ondergeschikte toelaat of zelfs beveelt, de schijn van een verdediging op te houden.'

Dit Nederlands – Meijer schreef overigens in het Frans – is zowel prachtig als een tikje gedateerd. De boodschap blijft moderner dan mij lief is. Onthoudt u vooral het door Meijer bepleite tegenwicht tegen gezag.

Toeters en bellen



Foto: s. Gerhard van Reon

Dit jaar hebben we het tweehonderdjarig bestaan gevierd van het napoleontisch decreet. Het jubileum dat ons volgend jaar te wachten staat, is minstens zo belangrijk: dan is het zestig jaar geleden (1 oktober 1952) dat de Advocatenwet van kracht werd. Daardoor kwam de Nederlandse Orde van Advocaten ter wereld. Met deze boreling kreeg Nederland een publiekrechtelijk lichaam met verordenende bevoegdheid. Het verplicht lidmaatschap maakte die regelgeving geldend voor alle advocaten. Deze PBO kwam in de plaats van de Nederlandse Advocatenvereniging; de privaatrechtelijke grondslag van die organisatie sloot nog verordenende bevoegdheid uit die kon gelden voor alle advocaten.

Hier voeg ik wel – enthousiast – aan toe dat er in Nederland in de specialisatieverenigingen nog altijd en onverflauwd heel veel en heel belangrijk privaat initiatief zit. Die verenigingen dragen in steeds toenemende mate bij aan de kwaliteit van de

Nederlandse advocatuur en bevorderen zowel de kwaliteit als de toegankelijkheid van de advocatuur. En dat zijn ook voor de Orde speerpunten.

Uit de toelichting bij de wet van 1952 geeft de Minister aan dat de verordenende bevoegdheid van de Balie niet soeverein kan zijn. Overheidstoezicht is gewenst, specifiek op dit punt, en dat vindt zijn grond in art. 134 Grondwet. Maar dat verschaft de 'andere' overheid niet meer dan het instrument van repressief toezicht op door de Orde ingevoerde verordeningen. Daarbuiten wordt bemoeienis door die 'andere' overheid met dit nieuwe publiekrechtelijke lichaam kennelijk niet gewenst gevonden – of in ieder geval niet noodzakelijk. En zo'n ingreep achteraf kon ook alleen bij strijd met de wet (inmiddels: het recht) of het algemeen belang. Ook die beperking is grondwettelijk veranderd. Autonomie behoudens deze geobjectiverde en beperkte controle achteraf is het beoogde kernmechanisme waarmee de wetgever de Orde een plaats in het publieke stelsel heeft gegeven. Er is geen reden waarom dat mechanisme niet ook vandaag nog zou moeten werken – dus zonder toevoeging van toeters of bellen en ook zonder er onderdelen uit weg te snijden.

Onvervaard

De menselijke soort onderscheidt zich door het vermogen om zich als groep te organiseren en om binnen die groep tot een taakverdeling te komen die de groepsprestatie maakt tot meer dan de som der delen. Dat verklaart het soms misschien wel wat al te doorslaande succes van onze soort. Dat krijg je met zo'n hoge neocortex-ratio. Functioneren als collectief, mensen daar deel van laten uitmaken in een steeds meer verfijnde taakverdeling, dat vraagt om leiderschap. Leiderschap kan

¹ Deze tekst is de bewerkte versie van de tekst die Loorbach op 23 september uitsprak in Breda.

niet bestaan zonder bevoegdheden. Macht moet dus en met macht als zodanig is niets mis. Over macht wil ik het niettemin met u hebben. Over de legitimatie van macht en dus meteen ook over het gevaar van het ongelegitimeerd gebruik ervan. *Ultra vires*, detournement en *what have you...* Meijer had het al over de noodzaak van tegenwicht tegen gezag!

De essentie van een democratie is dat de macht van het volk is en ook blijft, ook al leent het die macht uit aan zijn leiders – zoals, pak hem beet, een regering: ónze regering. De macht mag voor geen ander doel worden gebruikt dan waarvoor die te leen is gegeven. En kan teruggeëist worden.

Op genus-niveau is dat doel het algemeen belang, de publieke zaak, *public good*, *res publica*. De legitimatie van macht eist dat er waarborgen zijn voor het passend gebruik ervan; wel ten gunste van het publiek belang, niet ter bescherming van de eigen machtspositie. Of nog erger: ter bevordering van eigen belangen, belangen zoals het behoud of uitbreiding van de macht omwille van dat behoud of die uitbreiding zelf. Macht staat niet in de Opiumwet, maar is wel verslavend, zoals Van Agt recent nog bekende.

Macht gebruiken om macht te behouden, is een logisch en ook wel vergeeflijk – want maar al te menselijk – instinct: we zijn nu eenmaal ons brein. Een beetje onzuiver machtsgebruik om bestwil wordt dan al snel gerechtvaardigd als het kleinste kwaad, toch? Juist daarom moeten er buiten de macht onafhankelijke krachten zijn die de legitimatie keer op keer verifiëren en zo nodig afdwingen. Zoals Odysseus zich aan de mast liet binden om de verleidingen van de sirenen, aan wie hij moedwillig verkoos zich bloot te stellen, te weerstaan, zo dient een overheid zich te laten beteugelen om de verleidingen van de macht te weerstaan. Macht waaraan zij moedwillig heeft verkozen zich bloot te stellen. Advocaten houden zulke teugels in bekwame en onafhankelijke handen!

Hier ligt een wezenlijk belang van een van de Staat volstrekt onafhankelijke advocatuur en het daarmee verbonden algemeen belang van de borging van die advocatuurlijke onafhankelijkheid. We hebben natuurlijk het electoraat en de controlerende functie van het parlement, maar het parlement steunt volgzzaam de macht. Het

capitool heeft ganzen nodig, naar het eeuwige woord van Quant. Ik citeer, geparafraseerd, uit de afscheidswaard van onze onlangs gepensioneerde Algemeen Secretaris, Jan Suyver:

‘Onafhankelijkheid is de belangrijkste kernwaarde omdat recht krijgen niet zelden met zich meebrengt het onvervaard ingaan tegen gevestigde opinies en zelfs jurisprudentie, onbevreesd overheidsbeleid of een andere Goliath bestrijden, taai je argumenten blijven verdedigen, kortom eenzame durf, vernuft, vindingrijkheid, geduld en lange adem, allemaal eigenschappen die in afhankelijkheid niet lekker gedijen.’

Hoort u de echo van Meijer?

Leiband

Er zijn Haagse ontwikkelingen die deze onafhankelijkheid tegenwoordig een dringender aandachtspunt laten zijn dan in andere tijden. Die ontwikkelingen leiden tot gestaag gemetsel aan de Haagse muur. Een muur waarachter macht – dat is: verantwoordelijkheid en bevoegdheid – gestapeld wordt en waarbuiten men daarvan wordt ontdaan en alles maar gedwee aan de Haagse slotvoogden moet overlaten. Binnen en buiten het Departement van Veiligheid en Justitie roept dit kabinet in mijn ogen het beeld op dat ze buiten zichzelf liefst zo weinig mogelijk macht en verantwoordelijkheid laat bestaan. En wat er buiten Den Haag dan toch nog gebeurt, moet aan de leiband van toezicht.

Dat uit zich nu weer in het wetgevingsvoornemen met betrekking tot het toezicht op de advocatuur. De advocaat-waakhond (de gans van het capitool!) moet aan een korte ketting.

Onontvankelijk gaan de bewindslieden voorbij aan de analytisch zuivere en dus dwingend logische conclusies van Docters van Leeuwen. Op zijn conclusies stoelen aanbevelingen voor doelmatig, slank en dus elegant stelseltoezicht op de advocatuur. Toezicht waarvan de essentie is dat verantwoording wordt afgelegd aan het publiek, niet specifiek aan de minister. Het ministerie stelt daarvoor in de plaats toezicht waarbij de overheid een vinger in de pap heeft, zowel bij de benoeming van de toezichthouder als bij de budgettering. Plus het niet langer toevertrouwen van de klachtbehandeling aan de dekenen, waardoor de huidige praktijk van klachtenrege-



ling in der minne van pakweg twee derde van alle klachten het raam uit wordt gekieperd. Het vraagt geen statistisch onderzoek om zeker te weten dat een klager meer tevreden zal zijn met binnen een week een oplossing in der minne dan met een door het Hof van Discipline twee jaar later opgelegde waarschuwing. En dat alles omdat de Haagse muur nog wel een steentje kan gebruiken.

Haags fort

Advocaten zien en bekijken de wereld van het recht en het onrecht van alle kanten. Advocaten staan overheden bij, criminelen, slachtoffers van misdrijven of van medische beroepsfouten en de aanrichters daarvan, bankiers en woekerpolishouders, vreemdelingen, ontspoorde Dutchbatters en andere gevallen helden, klokkenluiders, straatslijperts, agenten die te hard hebben gemept, ouders die hun eigen mishandeling aan hun kinderen doorgeven, verdienstelijke wethouders met kinderporno op hun computer, weggestuurde burgemeesters die het in hun vorige gemeente nog zo goed deden. Daarom weten advocaten dat het de rijke schakering van Nederland geweld aandoet om in vereenvoudigde wij/hullie-sjablonen te denken. Henk en Ingrid doen ook weleens aan steunfraude en onder de ergste hooligans bevindt zich menig hardwerkende Nederlander. Goed en slecht laat zich niet vanuit de Haagse toren schematiseren en simplificeren. Ik geef voorbeelden van bouwstenen voor fort Den Haag:

- verdragen zijn hinderlijk. Als die wetgeving in de weg zitten, moeten we ze maar opzeggen of gewoon negeren. Het regeerakkoord en de regeringsverklaring spreken respect uit voor verdragen, maar in de praktijk is de Nederlandse Staat niet zo gedisciplineerd. Nederland heeft



in de Europese rechtspraak geen erg verdragsgetrouwe reputatie. Een topjurist als Donner laat een integratieregeling bestaan waarvan hij moet weten dat die in strijd is met een verdrag;

- wettelijke beperkingen, opgelegd aan OM en rechterlijke macht, laten steeds minder ruimte aan de mensen in het veld (officieren en rechters) om tot eigen beleid, maatwerk voor het geval, te komen – met als meest sprekend, en de rechter welhaast schofferend, voorbeeld het voornemen van wettelijk voorgeschreven minimumstraffen;
- het aan de Orde ontnemen van de gecontroleerde soevereiniteit – in plaats van slechts repressieve controle op verordeningen wil men preventief controleren – past in een concept van onrechtstatelijk filiaaldenken;
- de meldingsplicht voor advocaten in de Wwft, ook nog eens voor een onnodig ruim gedefinieerde ‘ongebruikelijke transactie’, holt het beroepsgeheim uit;
- het initiatief van Femke Halsema om in Nederland constitutionele toetsing in te voeren, is door de eerste behandeling heen gekomen. Inmiddels ligt het stof te verzamelen. Die rechters buiten de Haagse muur moeten hier voorlopig maar liever geen toetsende rol krijgen. Nog recent heeft Angela Merkel uiteindelijk haar euro- en drachmebeleid extra gelegitimeerd weten te krijgen door een uitspraak van het Duitse constitutionele hof. Misschien dat daar in de Haagse burcht toch eens over kan worden nagedacht?;
- door het met de wetgeverspet op torenhoog verhogen van griffierechten in administratieve procedures maakt de overheid zichzelf in de rol van procespartij tot een praktisch onneembare burcht;
- door wettelijke zeggenschap te forceren bij de bemensing en de financiering van het toezicht op de advocatuur wordt de onafhankelijkheid van het publiekrechtelijk lichaam Orde en van de individueel praktiserende advocaat principieel aangetast, maar daarover had ik het al.

Onbevangen en vrije advocatuur

En waarom is nu de onafhankelijkheid van de advocatuur, zowel op het niveau van individuele praktijkuitoefening als op het niveau van de Nederlandse Orde als deelne-

mer aan het publieke stelsel zo van belang? Dat belang ligt in de noodzaak van buitenparlementaire bewaking van wél gepast en niet oneigenlijk gebruik door de overheid van de aan haar uitgeleende macht. Alle overheden tezamen zijn de dominante en meest frequente partij in procederend Nederland. Deels, in het strafrecht, als vervolger, deels in het bestuursrecht, waaronder op dit moment, ook nog het ambtenarenrecht.

De overheid neemt niet alleen vanwege die massieve aanwezigheid in de rechtspraak een bijzondere positie in; de overheid heeft als procespartij vaak feitelijk een heel erg machtige positie, in kennis, personeel en middelen. Dat geldt zowel in het strafrecht als in het administratief recht met inbegrip van bijvoorbeeld het vreemdelingenrecht. En de overheid kan ook haar positie in geschillen met de burger vanonder haar wetgeverspet comfortabeler maken wanneer die burger structureel irritant wordt.

Samengevat: het parlementaire stelsel en de parlementaire werkelijkheid voorzien onvoldoende in een machtsevenwicht tussen de overheid en de burger, zeker in individuele gevallen, in de sfeer van uitvoering. De enkele klokkenluider en gymnasiale asielzoekster die het Kamerdebat halen, zijn de spreekwoordelijke uitzondering. Er is stevig machtsevenwicht nodig tegenover een overheid die macht stapelt met uitvoeringsmacht, macht in middelen, mensen en deskundigheid en wetgevingsmacht – met inbegrip van regelgeving buiten het parlementaire bereik.

Een overheid die in een conflict met burgerlijke partijen deze compilatie van macht kan mobiliseren – en de ene macht oneigenlijk kan inzetten om de andere macht uit te oefenen – dient een wederpartij tegenover zich toe te laten die kan rekenen op bijstand van een advocaat van wie hij de absolute zekerheid heeft dat die vrij is van iedere onderworpenheid aan overheidsinvloed. Het is dus hoogst ongewenst dat de overheid enige zeggenschap krijgt over het toezicht op de individuele advocaat of de Orde. Zowel de individuele advocaat in zijn praktijkvoering als de Orde die het algemeen belang bevordert van burgerbescherming tegen Staatsmacht moet zich in alle vrijheid kunnen blijven uitspreken. Zich uitspreken over in de ogen van die indivi-

duële advocaat en de Orde *unfair*, gebrekkig en wellicht zelfs amoreel overheidsgedrag, vooral wanneer daar rechtsstatelijk een luchtje aan zit en juist wanneer de advocatuurlijke gisping de overheid niet welgevallig is. Het gaat niet alleen om een feitelijke maatschappelijke inrichting; het gaat bovenal om het publieke vertrouwen in het bestaan van zo’n deugdelijke inrichting.

De overheid helpt zichzelf allerminst door zelfs maar de schijn van controle over de advocatuur of over de Orde te wensen: daarmee laadt de overheid immers het odium op zich niet gediend te zijn van een vrije en kritische advocatuur en liever te kiezen voor het democratisch tekort dat door een van overheidswege gecontroleerde advocatuur wordt geschapen.

Een overheid die haar eigen *accountability* beperkt door haar burgers het vertrouwen in een onbevangen, vrije advocatuur te ontzeggen, is een overheid die zichzelf verdacht maakt. En dat des te sterker omdat zij die beperking zou kunnen ‘organiseren’ door haar regelgevende macht tegen haar burgers in het geweer te brengen. En zo ondergraaft die overheid zelf het vertrouwen in de advocatuur dat ze zegt juist te willen bevorderen.

Elegant en kloppend toezicht

Het is wel duidelijk dat ik meen dat Nederland er niet beter van wordt wanneer de ijzervreters het voor het zeggen krijgen die cynisch belijden dat vertrouwen goed is, maar toezicht beter. Voor die ijzervreters hebben wij ons antwoord al lang klaar: vertrouwen en toezicht hoeven elkaar niet uit te sluiten. Zij versterken elkaar juist, in ons model. Toezicht, niet van achter de Haagse muur, maar door de ogen en ten behoeve van de echte belanghebbenden: de (potentiële) cliënten voor wie de Advocatenwet is geschreven, onder welke overigens diezelfde overheid.

Wij hebben met ons stelseltoezicht een elegant en kloppend toezicht ontworpen en daarvoor blijven we opkomen. Een overheid die met een toezichtpet op over de schouder van de advocaat en in het dossier van zijn wederpartij wil meekijken, die miskent de kernwaarden die zij zelf in Van Wijmen zo terecht heeft opgenomen. Die spot met onafhankelijkheid en vertrouwelijkheid.