

10

Juridische professies en de instrumentalisering van het recht

Wibren van der Burg¹

Inleiding: het professioneel onbehagen

Juristen hebben in de Verenigde Staten een slechte naam. Toen ik in Princeton aan iemand vertelde dat ik onderzoek doe naar recht en ethiek, was de reactie: "Het zal moeilijk worden om daar enige ethiek te vinden." Volgens veel burgers in Amerika hebben juristen (daarbij denkt men vooral aan advocaten en bedrijfsjuristen) helemaal geen ethisch besef. Het zijn nietsontziende geldwolven, die zich zonder scrupules uitleveren aan hun cliënten zolang die maar goed betalen.

Nu is dit beeld sterk beïnvloed door selectieve media-aandacht en door misdaadseries waarin advocaten proberen criminelen met trucjes vrij te pleiten. De praktijk is gelukkig genuanceerder. Maar ook binnen de wereld van de juristen leeft veel kritiek en onbehagen, vooral rond de te commerciële oriëntatie van moderne advocaten. De titel van Anthony Kronmans boek *The lost lawyer: Failing ideals of the legal profession* is wat dit betreft veelzeggend. De advocaat heeft zijn richtingsbesef (en zichzelf) verloren. Interessant is ook de diagnose die uit de ondertitel blijkt: dat heeft iets te maken met tekortschietende idealen (Kronman, 1993). Mary Ann Glendon stelt eveneens dat de crisis in de juridische professies het gevolg is van veranderende idealen (Glendon, 1994).

In Nederland zijn de ontwikkelingen misschien wat minder extreem, maar ook hier bestaan kritische geluiden, zowel binnen de professies zelf als daarbuiten. Frauderende notarissen, slordige officieren van justitie en de regelmatige kritiek op rechterlijke vonnissen (wegens mogelijk onterechte veroordelingen of te lichte straffen) hebben ook hier hun invloed. Dit is niet alleen beeldvorming bij de buitenwereld; er leeft vooral onvrede onder de professionals zelf over hoe hun beroep zich ontwikkelt. Door de sterkere commerciële oriëntatie zijn grote advocatenkantoren minder toegankelijk voor lage inkomens (Drion, 2006). Veel

rechters en officieren van justitie vinden dat de nadruk op efficiënte bedrijfsvoering en productie en op effectieve misdaadbesteding ten koste is gegaan van de rechtsstatelijke oriëntatie en de juridische kwaliteit van hun werk. Het recente rapport van de commissie Deetman stelt overigens dat de 'klanten' van de rechtspraak tevreden zijn, terwijl de rechters menen dat de kwaliteit van hun werk onder druk staat (Commissie Deetman, 2006).

Hoe kunnen we deze veranderingen begrijpen? Heeft het iets te maken met een crisis in de juridische ethiek? Is het een reflectie van een mogelijk algemener verval in normen en waarden in onze samenleving? Dergelijke suggesties zijn snel gemaakt, maar ze graven niet diep genoeg.

Juridische professies zijn in één opzicht anders dan alle andere professies in deze bundel. Bij professies in het algemeen vloeit de normatieve dimensie vooral voort uit de doelen en waarden van de professie. Bij juridische professies is er daarnaast de invloed van de rechtspraktijk, die zelf een primair normatieve functie heeft – anders dan bijvoorbeeld de praktijken van nieuwsvoorziening en sport. In de juridische praktijk staat normering van gedrag centraal en dat normatieve karakter werkt door in de professies die met die praktijk verbonden zijn.

Die doorwerking van het recht in de juridische professies heeft verschillende kanten. Zo nemen de professionele praktijk en de beroepsethiek qua structuur of vorm doorgaans bepaalde kenmerken van het recht over. Als het Nederlandse recht sterk gericht is op regeltoepassing, dan ligt het voor de hand dat ook het denken van een jurist gekenmerkt wordt door een regelgerichte benadering – sterker dan bij andere professies die niet dagelijks met het recht in aanmerking komen (Van der Burg, 1995). Als in het recht bepaalde idealen een centrale rol spelen, zullen die idealen ook in het werk van juristen doorwerken. Overigens is ook het omgekeerde het geval: de beroepspraktijk van juristen beïnvloedt het recht. Er is dus sprake van een wisselwerking waarin recht en beroepspraktijk elkaar beïnvloeden, ook al is de invloed van het recht op de professies groter dan omgekeerd omdat het recht natuurlijk primair gevormd wordt onder invloed van de politiek en de samenleving.

Daarom begin ik mijn verkenning van de beroepspraktijk van juristen met een analyse van het recht. De volgende stap is om te kijken naar juridische professies in het algemeen en naar de verschillende afzonderlijke professies. Dat laatste zal ik overigens maar vrij globaal doen, omdat het anders de kaders van dit artikel zou overschrijden. Het gaat mij hier om dat wat alle juridische professies gemeenschappelijk hebben omdat zij hun bestaan aan het recht ontleen.

De thematiek van deze bundel, de verhouding tussen idealen en professies, biedt daarbij een productieve invalshoek. In eerdere publicaties heb ik verdedigd dat idealen in de professies een ten onrechte verwaarloosde dimensie vormen (Van der Burg, 1997, 1999). Het is karakteristiek voor professies dat zij deels gericht zijn op idealen. Deze ideaalgerichtheid kan mijns inziens ook de samenhang tussen een aantal doorgaans aan professies toegeschreven eigenschappen verklaren. Volgens Davis en Elliston (1986, p. 15) zijn professies gericht op een 'social good', vereisen ze speciale vaardigheden en kennis, en kennen ze doorgaans een

¹ Mijn dank gaat uit naar Sanne Taekema voor haar waardevolle opmerkingen bij eerdere versies van dit artikel. Het onderzoek voor dit artikel werd mogelijk gemaakt door een subsidie van NWO in het kader van het onderzoeksprogramma The Good Professional. Het werd geschreven tijdens een verblijf aan het Center for Human Values in Princeton.

zekere autonomie en zelfregulering door de beroepsgroep (zie ook de inleiding bij deze bundel waar deze kenmerken ook in iets andere bewoordingen genoemd worden). Omdat het sociale goed van een professie een complex ideaal is, zijn er meerdere manieren om dat ideaal inhoud te geven en zo goed mogelijk te realiseren. Professionele autonomie maakt het mogelijk dat professionals zelf bepalen hoe, op basis van hun gespecialiseerde kennis en competentie, zij het beste in een concrete context aan die idealen gestalte kunnen geven. Daarom is autonomie en zelfregulering door de professie gerechtvaardigd. De ideaalgerichtheid verklaart ook het gevoel van constant tekortschieten dat veel professionals hebben: omdat de idealen niet volledig gerealiseerd kunnen worden, is dit onvermijdelijk (Van der Burg, 1999, p. 172).

Een kanttekening is hier op zijn plaats. Natuurlijk is het recht niet alleen gericht op idealen. Het bevat hoofdzakelijk andere standaarden zoals regels. Het ideaal van rechtszekerheid wordt vaak juist gediend door zo scherp mogelijke rechtsregels te formuleren. Factoren als macht en belangenbehartiging zijn in politieke analyses veel belangrijker dan idealen. Aan deze dimensies van recht en samenleving wil ik niets afdoen. Hier wil ik alleen de aandacht vestigen op een verwaarloosde dimensie die daarnaast óók van belang is.

In dit artikel laat ik zien hoe aandacht voor idealen kan helpen veranderingen in de juridische professies te begrijpen. Mijn centrale stelling is dat het recht een verschuiving laat zien van een sterke gerichtheid op typisch interne en geïnternaliseerde juridische idealen naar meer externe idealen; als gevolg daarvan ligt in de beroepspraktijk van juridische professionals minder nadruk op typisch juridische-professionele idealen. Daardoor wordt de professionele autonomie verzwakt, zodat juristen minder weerstand hebben tegen pogingen het recht te instrumentalisieren.

Het recht en zijn idealen

Juristen houden zich bezig met het recht. Ze maken het, leggen het uit, passen het toe en handhaven het. Ze gebruiken het als middel om de belangen van hun cliënten te behartigen. Ze leven in en van het recht. Soms staat het recht voor hen centraal in hun bezigheden en is het zelfs het doel ervan (rechters en wetgevingsjuristen), soms is het meer een uitgangspunt of kader waarbinnen ze werken (advocaten, officieren van justitie) en soms is het vooral een hulpmiddel of een randvoorwaarde waarmee rekening moet worden gehouden (notarissen en bedrijfsjuristen). In iedere professie is er een combinatie van al deze aspecten. Het verschilt niet alleen per professie, maar ook per individuele professional waar het accent ligt.

De activiteiten van alle juristen worden dus sterk beïnvloed door de rechtspraktijk, zoals zij omgekeerd mee vormgeven aan het recht. Die rechtspraktijk is een normatieve praktijk van argumentatie, interpretatie en discussie. Volgens Philip Selznick en Ronald Dworkin kan die praktijk niet goed begrepen worden als we niet kijken naar het achterliggende ideaal, het ideaal van rechtsstatelijkheid of in het Engels 'legality' (Selznick 1961; Dworkin, 2006, p. 171v.). Sanne

Taekema heeft beargumenteerd dat er twee centrale juridische idealen zijn; zij voegt het ideaal van rechtvaardigheid toe (Taekema, 2003, p. 188). Wat die beide idealen precies inhouden, is een kwestie van voortdurende discussie. Het zijn complexe idealen die andere idealen of waarden omvatten, zoals rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, procedurele zorgvuldigheid, redelijkheid en billijkheid. Het zijn ook idealen in de zin dat ze nooit helemaal gerealiseerd kunnen worden en dat we ook nooit goed weten hoe we ze moeten formuleren (Van der Burg, 1997). Daardoor is hun betekenis voor de rechtspraktijk variabel.

Naast de centrale idealen van rechtsstatelijkheid en rechtvaardigheid zijn er andere idealen die het recht bepalen. Idealen als democratie en zorgvuldig bestuur zijn niet specifiek voor het recht; het zijn algemene maatschappelijke idealen. Maar ze zijn in belangrijke mate in het recht geïncorporeerd en uitgewerkt in juridische doctrines, in democratische instituties en in beginselen van behoorlijk bestuur. Ze hebben daardoor een eigen juridische inkleuring gekregen en zijn juridisch verankerd, vaak ook in de Grondwet. Daardoor zijn het evenzeer als rechtvaardigheid en rechtsstatelijkheid leidende idealen voor het recht geworden. Niettemin is er een verschil. Rechtsstatelijkheid is een typisch juridisch ideaal en hoewel rechtvaardigheid ook een politiek en moreel ideaal is, zal vrijwel iedereen de opvatting delen dat het mee richting dient te geven aan ons recht. Beide idealen zijn dus kenmerkende, *interne* idealen van het recht. Voor idealen als democratie en zorgvuldig bestuur ligt dit anders. Zij vinden hun vertrekpunt niet in het recht, maar in politiek en samenleving. Ze zijn door het recht geïncorporeerd en getransformeerd, met andere woorden, ze zijn *geïnternaliseerd*.

Een derde categorie idealen is *extern* van aard. Het betreft – ook doordat deze idealen nog nauwelijks zijn geïuridiseerd – een diverse verzameling. Deze omvat breed gedeelde maatschappelijke idealen als veiligheid en een duurzame samenleving, maar ook controversiële idealen als eerlijk delen van kennis, macht en inkomen, behoud van de Nederlandse cultuur, christelijke of islamitische waarden en erkenning van dierenrechten. Het zijn idealen die vaak wel enige juridische erkenning hebben gekregen, maar slechts beperkt door het recht zijn geïncorporeerd en getransformeerd. Ze blijven dus grotendeels vreemd aan het recht.

Het gaat hier overigens niet om drie absoluut gescheiden typen idealen, maar om graduele verschillen en geleidelijke overgangen. De ontwikkeling van de beginselen van behoorlijk bestuur laat zien hoe sommige idealen in het recht geïncorporeerd worden, zodat een aanvankelijk voornamelijk extern ideaal geleidelijk sterker juridisch verankerd, getransformeerd en geïnternaliseerd wordt.

De hier gepresenteerde driedeling in soorten idealen kunnen we in verband brengen met een driedeling van Nonet en Selznick.² Zij onderscheiden drie

2 Er zijn ook verschillen. Nonet en Selznick zien autonoom en responsief recht als twee manieren om aan het ene ideaal van 'legality' gestalte te geven en komen met verschillende invullingen van dat ene ideaal. Een sterke nadruk op rechtszekerheid in autonoom recht en op responsiviteit in responsief recht spelen daarbij een rol. Die analyse deel ik, maar ik voeg er twee punten aan toe. Ten eerste meen ik (in navolging van Taekema, 2003) dat 'legality' als slechts een van de interne juridische idealen moet worden beschouwd; ten tweede wordt daarnaast ook een categorie van geïnternaliseerde idealen geïntroduceerd.

modaliteiten van recht-in-samenleving: "(1) law as the servant of repressive power, (2) law as a differentiated institution capable of taming repression and protecting its own integrity, and (3) law as a facilitator of response to social needs and aspirations." (Nonet & Selznick, 1978, p. 14-15).

Wanneer recht een instrument is in dienst van bestuurders of maatschappelijke groepen die hun (voor het recht) externe idealen nastreven, overheerst het model van repressief recht. (Ik zal het hier overigens verder over instrumenteel recht hebben, omdat de uitdrukking repressief recht vooral associaties oproept met de macht van de staat, en het te ontwikkelen analysekader ook toepasbaar moet zijn op notarissen en bedrijfsjuristen.) Is het recht nauw verbonden met interne juridische idealen als rechtsstatelijkheid en rechtvaardigheid, dan overheerst het autonome recht (vergelijk Taekema, 2003). De geïnternaliseerde idealen stellen het recht open voor de behoeften van de samenleving. Maar terwijl instrumenteel recht een vrij passief instrument is ten behoeve van willekeurige doelen en idealen van bestuurders en maatschappelijke groepen, wordt die openheid hier gestuurd door meer objectieve 'purposes', door in het recht verankerde idealen.

Het (ideaaltypische) onderscheid tussen de drie categorieën idealen is wezenlijk voor het begrijpen van de verhouding tussen recht en samenleving. De interne idealen van het recht waarborgen de *autonomie* van het recht ten opzichte van de samenleving. Het recht heeft een eigen karakter, eigen regelsystemen en procedures, een eigen taal, waardoor de rechtspraktijk zich kan afschermen van de druk van de samenleving. Dat afschermen is nodig om de rechtsstaat te waarborgen.

Bij de geïnternaliseerde idealen zet het recht een stevig stempel op de manier waarop de samenleving met die idealen omgaat, het is meer of minder *dominant*. Het recht is niet meer autonoom en afgeschermd van de samenleving, maar in de verhouding tussen recht en samenleving heeft het de leiding. Debatten over democratie en zorgvuldig bestuur zijn in de termen van Trappenburg 'voorgejuridiseerd'; de juridische conceptualisering vormt het dominante referentiekader (Trappenburg, 1993). Andere referentiekaders zijn echter legitiem en kunnen in het maatschappelijke debat soms de overhand krijgen. Het democratie-ideaal kan bijvoorbeeld op veel manieren worden geïnterpreteerd en uitgewerkt, maar het staatsrecht van een land maakt één manier dominant. De eigen Nederlandse versie die zich in de loop der eeuwen ontwikkeld heeft, is niet alleen geworteld in onze cultuur, maar ook verankerd in het recht. Daardoor is het lastig voor maatschappelijke bewegingen om andere democratievisies ingang te doen vinden. Pogingen daartoe, zoals de invoering van referenda, stuiten doorgaans niet alleen op politieke onwil, maar ook op de inertie van het recht.

Bij de externe idealen is het omgekeerd. De samenleving beïnvloedt het recht en gebruikt het als *instrument*. Dat gebeurt door het opstellen van contracten, het maken van wetten of het aanspannen van juridische processen. Doordat deze idealen maar beperkt zijn verankerd in het recht, biedt dit minder weerstand dan bij de interne en geïnternaliseerde idealen. Het recht is overgeleverd aan maatschappelijke groeperingen en bestuurders, die bepalen hoe zij het inzetten ten behoeve van hun idealen en belangen.

Idealen van de juridische professies

Een vergelijkbare driedeling in idealen is ook te vinden in de juridische professies. Allereerst zijn er juridisch-professionele idealen. Ze vallen samen met de eerder genoemde interne idealen van het recht (rechtsstatelijkheid en rechtvaardigheid) die nu worden aangevuld en ingevuld door de specifieke taak die een juridische professie heeft in het kader van de *rechtsstaat*. De rechterlijke onpartijdigheid is bijvoorbeeld wezenlijk voor de rechtsstaat en voor een *faire procedure* waarin alle partijen een eerlijke kans krijgen hun positie naar voren te brengen. Het notariaat heeft een belangrijke taak in de zorg voor rechtszekerheid; daarom zijn wezenlijke idealen hier integriteit, zorgvuldigheid en onkreukbaarheid.

De tweede categorie betreft geïnternaliseerde maatschappelijk-professionele idealen. Deze betreffen de taak van het recht en van de specifieke juridische professie in de *samenleving*. Hieronder vallen de geïnternaliseerde idealen van het recht – die de brug vormen van recht naar samenleving – en idealen rond de wijze waarop een professie haar taak in de samenleving dient te vervullen. Het recht en de professie richten zich op de behoeften van de samenleving en van individuele burgers, maar doen dat vanuit een sterk autonome taakinving. De notaris en de advocaat geven bijvoorbeeld onafhankelijk advies vanuit hun bijzondere professionele expertise, en dat is iets anders dan zonder meer meegaan in de wensen van de cliënt.

De derde categorie is die van de externe idealen. De jurist stelt zich in dienst van de *samenleving*, van de politiek en van de cliënten, ziet zichzelf primair als dienstbaar aan anderen. De officier van justitie en de rechter laten maatschappelijke emoties zwaar doorwegen in de strafmaat; de advocaat en de notaris zijn behulpzaam bij juridische constructies ter vergroting van de bedrijfswinst, ook als die juridisch en ethisch dubieus zijn; de wetgevingsjurist verzint een wet die een door de minister gewenst beleid mogelijk maakt ook als het op gespannen voet staat met internationale verdragen. Of om wat minder geladen voorbeelden te nemen: de rechter of de advocaat stelt zich op als bemiddelaar en laat daarbij de juridische kaders grotendeels buiten beschouwing; het oplossen van een conflict staat voorop.

Een voorbeeld laat zien hoe de drie typen idealen in een professionele rol worden gecombineerd en hoe dat implicaties heeft voor de autonomie van de professie. De juridisch-professionele idealen van een officier van justitie impliceren onder meer het handhaven van rechtsstatelijke waarborgen in een strafproces; een nadruk op deze idealen leidt tot een onafhankelijke opstelling als magistraat. Bewaking van de rechten van de verdachte, kritische toetsing van de toelaatbaarheid en overtuigingskracht van bewijs en juridische analyse zijn voor deze idealen wezenlijk. De geïnternaliseerde idealen betreffen de bijdrage die het OM kan leveren aan een betere samenleving, in het bijzonder aan de bestrijding van criminaliteit. Dit is nog steeds nauw verbonden met de rechtsstaat (recht moet gehandhaafd worden), maar het vergt al meer keuzes rond doelen en middelen en het stellen van prioriteiten. De officier stelt zich op als een *crime fighter*, maar doet dit vanuit een onafhankelijke positie en als bewaker van de

rechtsstaat. Wanneer echter de externe idealen overheersen, zijn het vooral de politiek en de samenleving die de prioriteiten in het vervolgingsbeleid bepalen, en die de strafeisen en de toon van het requisitoir bepalen. Als uitkeringsfraude meer verontwaardiging oproept bij publiek en politiek dan milieucriminaliteit dan bepaalt dat de prioriteiten van het OM.

De analyse van de relatieve autonomie van het recht weerspiegelt zich dus in de relatieve autonomie van de professie. Om tot een invulling van die brede idealen te komen die recht doet aan de specifieke eisen van de situatie is professionele autonomie vereist. Voorzover de professionele praktijk gericht is op de idealen van de rechtsstaat en de juridisch-professionele idealen, kan men verdedigen dat juristen hier specifiek voor zijn toegerust en dat voor een juiste invulling van hun taak professionele autonomie nodig is.

Als de oriëntatie op maatschappelijk-professionele idealen overheerst, is er nog steeds grond voor een sterke relatieve autonomie van de professie en voor een leidende rol bij de vormgeving van die idealen. Wie verder wil democratiseren, dient dat te doen op een manier die past in het juridisch-bestuurlijke systeem dat we al kennen. In de discussie daarover is de juridische expertise in het opstellen van goede wetten die verenigbaar zijn met in verdragen en Grondwet vastgelegde mensenrechten en andere beginselen onmisbaar.

Die argumenten voor professionele autonomie worden zwakker naarmate het om taken gaat die (bijna) even goed door niet-juristen kunnen worden verricht. Staan de externe idealen voorop, dan is het eerder 'u vraagt en wij draaien'. Voor de daarmee verband houdende activiteiten is de claim van de juristen op een specifieke juridische expertise er immers slechts één van de vele. Sterker nog, het wordt vaak gezien als een onterechte claim. Wat weet zo'n jurist-mediator eigenlijk van psychologie? In ieder geval kan de jurist niet claimen dat hij hier een specifieke expertise heeft die recht geeft op autonomie; hij kan immers juist veel leren van andere disciplines. Evenmin kan hij claimen dat het juridisch perspectief dominant dient te zijn. Hij moet zorgen dat het instrument deugdelijk is, maar de hoofdlijnen van beleid worden niet vanuit een juridisch kader uitgestippeld.

Alle juridische professies kennen een mix van deze drie typen idealen. Die mix is wezenlijk. Het gaat om een relatieve autonomie en een betwistbare dominantie. Als de rechtspraktijk alleen op het typisch juridische zou zijn gericht, zou het recht volstrekt gesloten zijn en zou het zijn centrale functie in de samenleving niet kunnen vervullen. Als de rechtspraktijk uitsluitend op niet-juridische activiteiten zou zijn gericht, zou er geen behoefte zijn aan een speciale juridische expertise of autonomie. Hoe de mix precies is samengesteld verschilt en kan veranderen in de loop van de tijd.

Een persoonlijk commitment aan idealen kan deel van iemands identiteit zijn (Van der Burg, 2001). Dat maakt het soms mogelijk om grote inspanningen te leveren. Mensen bieden bovendien meer verzet als de idealen waarvoor zij zich inzetten worden aangetast. Wanneer inzet voor rechtsstatelijke idealen deel uitmaakt van wat het is om een jurist te zijn, zullen juristen zich eerder gedwongen voelen zich te verzetten tegen aantasting van de rechtsstaat. Professionele

idealén bepalen iemands identiteit als juridisch professional en zijn in die zin sterk verankerd in haar persoonlijkheid. Daardoor zal de professionele autonomie sterker verankerd zijn in het zelfbewustzijn van professionals naarmate de verbondenheid met juridisch-professionele en maatschappelijk-professionele idealen sterker is.

De instrumentalisering van het recht

Het nu geschetste kader kan behulpzaam zijn bij het blootleggen van enkele aspecten van de in de inleiding genoemde gevoelens van crisis of achteruitgang. Mijn stelling is dat het minder sterk gericht raken op de interne idealen van het recht en van de afzonderlijke juridische professies mede de oorzaak is van de gevoelens van onbehagen. Doordat het recht en de juridische beroepen zich minder sterk oriënteren op rechtsstatelijkheid en rechtvaardigheid, is bovendien de claim op professionele autonomie minder sterk en wordt feitelijk die autonomie ook aangetast.

In het recht is een afnemende gerichtheid op de rechtsstatelijkheid het sterkste zichtbaar in de politiek, bij de wetgever. Het vreemdelingenbeleid en het veiligheidsbeleid zijn duidelijke voorbeelden. In beide gevallen gaat het om voor het recht externe idealen en doelen die concurreren met de klassieke rechtsstatelijke idealen en deze terzijde schuiven. Dit blijkt zowel in de feitelijke wetgeving als in de houding ten opzichte van de rechtsstaat. Voorbeelden zijn de (later weer ongedaan gemaakte) afschaffing van het hoger beroep in het asielrecht en de sterke aanscherping van procedurele en bewijsrechtelijke regels ten nadele van de asielzoeker. Efficiëntie en tegengaan van de komst van grote aantallen asielzoekers winnen het hier van de nadruk op zorgvuldige rechtsstatelijke procedures. Het vreemdelingenrecht lijkt vooral nog een instrument in de handen van de politiek, en zelfs van wisselende Kamermeerderheden. De instrumentalistische houding ten opzichte van het vreemdelingenrecht lijkt zelfs door te werken in de interpretatie van het ongeschreven staatsrecht, waar een minister ondanks een motie van afkeuring kan blijven zitten. Het laat zien hoe een instrumentalistische houding ten opzichte van het recht niet beperkt blijft tot één geval maar een olievlekwerking heeft.

In het integratiedebat is een soortgelijke instrumentalisering van het recht te zien. Doet de Commissie Gelijke Behandeling de uitspraak dat een islamitische docente niet verplicht kan worden om handen te schudden, dan pleit de Minister van Integratie voor het afschaffen van de CGB. Is het recht lastig, dan schaf je het af of negeer je het. Diezelfde minister bleef hardnekkig vasthouden aan een voorstel voor een inburgeringswet ondanks zware kritiek van juristen en van de Raad van State dat deze in strijd was met internationale mensenrechtenverdragen, met grote vertraging als gevolg.

Het verschijnsel is echter breder en zeker niet beperkt tot de laatste kabinetten, al was het bij minister Verdonk het sterkste zichtbaar. Het lijkt erop alsof het respect voor recht en rechtsstaat minder geïnternaliseerd is bij wetgever en bestuur. Een sterk instrumentalistische houding ten opzichte van het recht, in de

jaren '70 vooral gangbaar bij links, is nu juist aan de rechterkant van het politieke spectrum populair. Te verwachten is overigens dat nu de PvdA weer ministers mag leveren, dezelfde houding ook bij hen te vinden zal zijn.

In de termen van Nonet en Selznick is het autonome recht de afgelopen vijftig jaar verzwakt. Dat is langs twee wegen gebeurd. Enerzijds is het recht responsiever geworden. Het richt zich sterker op al eerder geïnternaliseerde idealen als de mensenrechten (zowel in de Grondwet van 1983 als in internationale verdragen); deze zijn verder uitgewerkt en hebben aan kracht gewonnen. Andere idealen als behoorlijk bestuur en bestrijding van discriminatie zijn erkend, geïnternaliseerd en in het recht vastgelegd, bijvoorbeeld in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de Algemene wet gelijke behandeling. Deze ontwikkeling versterkte de openheid van het recht en zorgde ervoor dat maatschappelijke debatten juridisch gestructureerd werden. Anderzijds is er een toenemende instrumentalisering van het recht ten behoeve van maatschappelijke idealen die niet in het recht verankerd zijn. Hoewel beide tendensen in tegengestelde richtingen gaan, versterken ze elkaar omdat ze allebei het autonome recht verzwakken.³

Dit is overigens geen exclusief Nederlands verschijnsel. Mary Ann Glendon stelt dat het opgeven van de klassieke rechtsstatelijke zelfbeperking door rechters en advocaten in de Verenigde Staten aanvankelijk positieve gevolgen had, bijvoorbeeld voor de burgerrechtenbeweging. Maar het bevorderde een instrumentalistische houding waarin het recht vooral een instrument werd van belangengroepen en politici (Glendon, 1994). De ontwikkelingen rond de 'War on terror' zijn voor de rechtsstaatgedachte in de VS natuurlijk een absoluut dieptepunt. Verdachten worden jarenlang vastgehouden op Guantanamo Bay zonder vorm van proces, vormen van marteling worden door leidende politici verdedigd, illegale opsporingsmethoden worden door de president openlijk gecontinueerd in weerwil van rechterlijke uitspraken. Dit is niet een toevallig machtsmisbruik van een door veiligheid geobsedeerde groep. Het is mede mogelijk doordat het recht zijn lang gekoesterde autonomie deels is kwijtgeraakt en daardoor onvoldoende weerstand kan bieden tegen een instrumentalistische en cynische omgang met het recht. Instrumenteel recht vervalt gemakkelijk in een repressieve benadering (Nonet en Selznick, 1978).

De verminderde rechtsstatelijke oriëntatie in de juridische professies

Ook al is het in de politiek het sterkste zichtbaar, de verminderde rechtsstatelijke oriëntatie speelt in het recht op alle niveaus. De rechtspraak in zijn geheel wordt gekenmerkt door een grotere openheid naar de samenleving, een minder sterk rechtsstatelijk karakter en een instrumentalistische benadering. Dat werkt natuurlijk door in de juridische professies.

In het debat over normen en waarden is door verschillende auteurs betoogd dat een calculerende overheid die zich weinig gelegen laat liggen aan fundamen-

3 Nonet en Selznick (1978, p. 115) spreken over 'Two Ways Law Can Die'.

tele waardeoriëntaties een calculerend burgerschap oproept. Iets soortgelijks geldt voor juridische beroepen. Een rechtsstatelijk gerichte overheid bevordert een rechtsstatelijke houding bij de verschillende juridische professies, maar een staat die de rechtsstaat ondergeschikt maakt aan beleidsdoelen bevordert een vergelijkbare instrumentele houding. De staat krijgt de juristen die ze verdient. Vaak wordt de schuld gezocht bij een toenemende commercialisering van de advocatuur. Maar dat is te gemakkelijk. Het was al een vrij beroep op een markt. De commercie was er altijd al. De aantrekkingskracht van een sterkere commerciële opstelling heeft alleen effect als de kracht van de professionele idealen vermindert en vooral als de interne controle van de professie afneemt. Door het verzwakken van de rechtsstatelijke oriëntatie in de rechtspraak en in de verschillende juridische beroepen verminderde de weerstand en de zelfcontrole bij deze beroepen.

In elk van de juridische beroepen zijn typisch rechtsstatelijke waarden minder centraal komen te staan. Bij het Openbaar Ministerie is al jaren een geleidelijke verschuiving gaande waarbij de onafhankelijke rol van de officier van justitie als magistraat verdrongen wordt door zijn rol als crime fighter en als deel van een bureaucratische hiërarchische organisatie. De eerste rol vereist een sterke professionele autonomie, zowel van de individuele officier als van het OM als geheel, met het oog op de bescherming van rechtsstatelijke waarborgen en het garanderen van juridische kwaliteit. Maar in de beide andere rollen staat de rechtsstaat minder voorop en wegen de politieke doelen van misdaadbestrijding zwaarder. Daarbij past een grotere politieke aansturing zowel van de organisatie als van de individuele aanklager.

Bij de rechters is de gerichtheid op de rechtsstaat traditioneel het diepst geworteld. Maar ook hier vindt een verschuiving plaats van het waarborgen van de rechtsstaat en van de juridische kwaliteit naar een meer pragmatische opstelling. Steeds meer zaken worden afgedaan met summierere zogenaamde kop-staartvonnissen, waarin de motivering ontbreekt. Maar de juridische motivering is een wezenlijk onderdeel van rechtspraak en is mede een garantie van juridische kwaliteit. Ook het sterke beroep op kortgedingprocedures is in het licht van rechtsstatelijke idealen twijfelachtig. Bruinsma (1996) constateert dat veel kortgedingrechters zich opstellen als een kadi, die vooral het conflict wil oplossen en daarbij de juridische regels minder belangrijk vindt. Ook de toename van vormen van alternatieve geschilbeslechting zoals mediation verzwakt de oriëntatie op rechtsstatelijke idealen en dus de autonomie van het recht. Bij deze methoden staat niet het rechtspreken voorop, maar gaat het erom een voor alle partijen aanvaardbare uitkomst te bereiken. Voor alle duidelijkheid: dit hoeft niet alleen betreurd te worden, het is veel gevallen een zinvolle ontwikkeling. Maar het leidt wel tot een verschuiving in de taakinvulling van rechters en advocaten. Het betekent dat het typisch juridische van het werk van rechter en advocaat op de achtergrond komt.

Voor advocaten, notarissen, bedrijfsjuristen en wetgevingsjuristen zijn vergelijkbare analyses mogelijk. Bij notarissen is bijvoorbeeld de commercialisering en de fusie tot grotere kantoren een ontwikkeling die de klassieke onafhanke-

lijkheid bedreigt. Als je je op een vrije markt moet profileren als dienstverlener wordt de verleiding groter om de onafhankelijkheid wat minder centraal te stellen en meer een puur commerciële dienstverlener te worden die doet wat de cliënt vraagt.

De conclusie is helder: over de hele linie van de juridische beroepen is het rechtsstatelijke en typisch juridische karakter verzwakt. Een oriëntatie op het autonome recht met typisch juridische idealen als rechtsstatelijkheid en rechtvaardigheid is op de achtergrond geraakt. Zowel responsieve als instrumentalistische houdingen zijn ervoor in de plaats gekomen. Daarmee is de claim op een eigen juridische autonomie zwakker geworden. Waarom zou een mediator juridische kennis moeten hebben als het er vooral om gaat partijen tot een gezamenlijk gedragen compromis te bewegen? Is een psycholoog dan niet beter toegerust? En als dat voor mediation geldt, zou dat dan misschien niet voor veel taken van rechtspraak en advocatuur kunnen gelden?

Bruinsma merkt op dat veel advocaten zich nog maar zelden richten op procesvoering in het kader van een procedure met rechtsstatelijke waarborgen. Zij lijken eigenlijk een commerciële dienstverlener te zijn geworden als ieder ander. Maar als dat zo zou zijn (wat Bruinsma overigens bestrijdt), is er ook geen reden meer voor eigen privileges als het beroepsgeheim en zelfregulering door de Orde van Advocaten (Bruinsma, 2006).

Conclusie

In dit artikel heb ik laten zien dat de gerichtheid op idealen een kenmerk is van het recht en van de juridische professies. Het speelt een belangrijke rol bij het begrijpen van de autonomie van beide. Als er een overwegende oriëntatie is op interne idealen als rechtsstatelijkheid en rechtvaardigheid heeft het recht een grote mate van autonomie. Is er een sterke oriëntatie op geïnternaliseerde idealen als democratie, mensenrechten en behoorlijk bestuur, dan is het recht responsief en opener naar de samenleving, maar wel vanuit een claim op dominantie. Is er vooral een oriëntatie op externe idealen, dan dreigt een instrumentalisering van het recht en wordt de autonomie bedreigd.

Voor de juridische professies heeft dit bredere verschijnsel grote gevolgen. Bij een oriëntatie op juridisch-professionele idealen kan de professie met recht claimen een specifieke juridische expertise te hebben hetgeen een sterke professionele autonomie rechtvaardigt. Staan maatschappelijk-professionele idealen voorop, dan wordt die claim verzwakt. Overwegen de externe idealen, dan is de jurist een dienstverlener als ieder ander – eigenlijk alleen nog maar een instrument in de handen van de opdrachtgever – en dreigt deprofessionalisering. Voor professionele autonomie of privileges als het beroepsgeheim bestaan dan eigenlijk geen argumenten meer.

In de afgelopen decennia is het autonome recht verzwakt en heeft ons recht meer trekken gekregen van responsief en instrumenteel recht. Die verandering is in het recht overal zichtbaar, ook in de juridische professies. Daar heeft een sterke gerichtheid op juridisch-professionele idealen plaatsgemaakt voor een meer

externe oriëntatie. Het gevolg is dat niet alleen de rechtvaardiging voor een professionele autonomie gebaseerd op een specifieke deskundigheid zwakker wordt, maar dat die autonomie ook feitelijk geringer wordt. Een ander gevolg is dat er bij juristen die vasthouden aan de klassieke idealen, een gevoel van onvrede kan groeien omdat de kwaliteit van hun werk, gemeten aan die idealen, achteruit gaat. Een analyse in termen van de richtinggevende idealen kan helpen om die onvrede te begrijpen en een discussie hierover op gang te brengen.

Literatuur

- Bruinsma, J. F. (1996). *Kadi-rechtspraak in postmodern Nederland* [oratie]. Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink.
- Bruinsma, J. F. (2006). De Commissie-Van Wijmen: Pais en vree in de polder, *Nederlands Juristenblad*, 81(23), 1250-1255.
- Burg, W. van der (1995). Morele beroepsdeformatie. Enkele hypothesen over de professionele moraal van juristen. In L.E. de Groot-van Leeuwen & L. H. A. J. M. Quant (red.), *Ethiek en het juridisch beroep* (pp. 13-34). 's-Gravenhage: VUGA.
- Burg, W. van der (1997). The Importance of Ideals, *Journal of Value Inquiry*, 31, 23-37.
- Burg, W. van der (1999). The morality of aspiration: A neglected dimension of law and morality. In W.J. Witteveen & W. van der Burg (Eds.). *Rediscovering Fuller: Essays on implicit law and institutional design* (pp. 169-192). Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Burg, W. van der (2001). *De verbeelding aan het werk: Pleidooi voor een realistisch idealisme*. Kampen: Agora.
- Burg, W. van der (2004). An interactionist view on the relation between law and morality. In W. van der Burg & H.S. Taekema (Eds.). *The Importance of ideals: Debating their relevance in law, morality, and politics* (pp. 197-218). Bruxelles, etc: Peter Lang.
- Burg, W. van der, & Taekema, H. S. (Eds.) (2004). *The Importance of ideals: Debating their relevance in law, morality, and politics*. Bruxelles, etc.: Peter Lang.
- Davis, M., & Elliston, F. A. (Eds.) (1986). *Ethics and the legal profession*. Buffalo: Prometheus Books.
- Commissie Deetman (Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie) (2006). *Rechtspraak is kwaliteit*. Den Haag.
- Drion, C. E. (2006). De advocaat tussen professe en praktijk, *Nederlands Juristenblad* 81(38), 2167.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in robes*. Cambridge, Ma.: Belknap Press of Harvard University Press.
- Glendon, M. A. (1994). *A Nation under lawyers: How the crisis in the legal profession is transforming american society*. Cambridge, Ma.: Harvard University Press.
- Kronman, A. T. (1993). *The lost lawyer: Failing ideals of the legal profession*. Cambridge, Ma.: Harvard University Press.
- Nonet, P., & Selznick, P. (1978). *Law and society in transition: Toward responsive law*. New York: Harper & Row.
- Selznick, P. (1961). Sociology and natural law, *Natural Law Forum*, 6, 84-108.
- Taekema, H. S. (2003). *The concept of ideals in legal theory*. The Hague: Kluwer Law International.
- Trappenburg, M. J. (1993). *Soorten van gelijk: Medisch-ethische discussies in Nederland*. Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink.