



Wie de toga past, trekke hem aan

NAAR EEN HERIJKING VAN HET JURIDISCH BEROEP EN DE OPLEIDING

Aan de hand van een typologie van de maatschappelijke ordening wordt zichtbaar gemaakt dat een reorganisatie van het juridisch beroepenveld noodzakelijk is. Alleen door differentiatie kan de kwaliteit van de togadragers voldoende worden gegarandeerd en juridische dienstverlening degelijk georganiseerd.

'Wie de toga past, trekke hem aan.' Maar hoe weet men of men hem past? Waarvoor staat de toga? Ontegengesteld is de laatste jaren sprake van onzekerheid binnen de juridische beroepsgroepen over de eigen identiteit. Waarvoor staat men en wat mag van hen worden verwacht? Lange tijd leek het erop dat deze vragen en de daarbij passende antwoorden door de juridische professionals zelf konden worden gegeven. Binnen min of meer gesloten organisaties, als waren het gildes, bepaalde men intern aan welke maatstaven een goed jurist moest voldoen. De rechterlijke macht selecteerde zelf de rechters en officieren van justitie. De kwaliteit van de uitspraken werd beoordeeld door hogere rechters en eventueel door professoren rechtsgeleerdheid, die zich echter in hun kritische annotaties en dogmatische geschriften sterk identificeerden met de rechtspraktijk. Niet anders was het bij de advocatuur die een eigen beroepsorganisatie kende waarbij door interne opleiding en toezicht de kwaliteit werd bewaakt. Deze naar binnen gekeerde organisaties zien zich in toenemende mate genoodzaakt zich naar buiten te keren. Binnen de moderne democratie verlangt de burger immers een grotere openheid, meer transparantie en verantwoording van gezagsinstanties. De publicatie van jaarverslagen, openbaarmaking van nevenfuncties, extern toezicht in geval van de advocatuur, aandacht voor bejegening, 'klanttevredenheid'-onderzoek en andere verschijnselen getuigen hiervan. Niet zelden spreekt men dan ook over rechtspleging in termen van 'dienstverlening', wat impliceert dat men ten dienste staat aan anderen. De bemoeienis met kwaliteit is dan ook niet langer louter een aangelegenheid van de beroepsgroepen zelf, maar evenzogoed van de 'leek'. In toenemende mate is het de buitenstaander, waaronder de burger, die mede bepaalt wat goede rechtspleging is. Al dan niet door tussenkomst

van de media legt ook diens 'oordeel' gewicht in de schaal. Datzelfde geldt voor de wetenschap. Het zijn niet langer in hoofdzaak de rechtsgeleerden naar wier kritisch geluid wordt geluisterd. Ook de kritische geluiden over de rechtspleging van rechtspsychologen, natuurkundigen, biowetenschappers, statistici en wetenschapsfilosofen vinden gehoor. Richard Posner spreekt in dit verband over het 'verval van het recht als autonome discipline'.¹ Recht en rechtspraktijk staan niet meer als een gesloten systeem op zichzelf, maar vormen in toenemende mate een open systeem.

De hier in het kort geschetste tendens heeft onvermijdelijk zijn weerslag op de identiteit van de juridische professie. Het is misschien te zwaar om van een identiteitscrisis te spreken, maar duidelijk is dat de praktijkjurist zoekende is. Waarvoor staat hij, wat is bepalend voor zijn profiel, wat mag van hem worden verwacht? Waren het gedurende lange tijd voornamelijk zijn 'gelijken', de beroepsgenoten die hier bepalend waren, nu zijn er de niet-juridische experts, burgers die geheel eigen en andere eisen naar voren brengen, als het gaat om kwaliteit. Het gevolg is dat het juridisch beroep uit zijn voegen dreigt te barsten. Aan de juridische professional worden in toenemende mate, buiten zijn eigenlijke juridische expertise om, eisen gesteld die niet direct lijken aan te sluiten bij zijn oorspronkelijke identiteit. Kan en moet hij al deze 'nieuwigheden' binnen zijn professie verwerken? Kan hij een zodanige nieuwe identiteit ontwikkelen, dat hij aan alle zowel interne als externe maatstaven van kwaliteit kan beantwoorden? Of leiden pogingen daartoe tot kleurloosheid en wordt het juridische beroep door een teveel aan identitei-

¹ Richard Posner, 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987', *Harvard Law Review* 1987, p. 781 e.v.

ten een beroep 'zonder eigenschappen'? Of nog ingrijpender: gaat het juridisch beroep lijden aan een zekere 'gespletenheid' als blijkt dat de verschillende identiteiten moeilijk met elkaar verenigbaar zijn? Beide 'karakertrekken' zijn een togadrager onwaardig. Wat te doen?

In het nu volgende zal ik proberen duidelijk te maken waarom ik denk dat de juridische professie, ook die binnen het strafrecht, onder druk staat. Ik zal dit doen aan de hand van een typologie die duidelijk moet maken hoe en in welk opzicht gaandeweg functie en taken van rechter, officier van justitie en advocaat in het strafrecht zijn veranderd. De typen die ik in mijn typologie beschrijf zijn uiteraard vergaande abstracties, die men in de werkelijkheid niet zonder meer zal herkennen. Maar juist door die abstractie hoop ik wat meer zicht te kunnen geven op de verschillende posities van de praktiserende strafjurist en de ontwikkelingen daarbinnen. Aan het eind zal ik, mede op basis van de inzichten die deze analyse oplevert, een scenario schetsen van wat in de (nabije) toekomst de mogelijke ontwikkelingen zullen zijn ten aanzien van organisatie, inrichting van de strafrechtspleging en een daarbij passende opleiding.

1 De juridische professie en drie typen van ordening

Wanneer men terugkijkt in de geschiedenis, dan zou men de ontwikkelingen binnen het strafrecht kunnen duiden in een drietal typen van ordening.²

Een eerste type, dat ik het type van de ordening door de staat zal noemen, stelt de ordening van de samenleving voor vanuit een volmaakt of volkomen systeem van rechtsregels. De regels van religie en moraal ondersteunen dit geheel van rechtsregels. Terwijl de rechtsregels zich richten op de uitwendige gedragingen van het individu, richten die andere regels zich op diens innerlijk, diens geweten in het bijzonder. Tussen de verschillende soorten regels bestaat geen spanning, zij vormen een harmonieus geheel. Het is de staat, als representant van wat alle redelijke individuen willen, die tevens de wet vertegenwoordigt. De macht van de staat correspondeert met de wet, net zo goed als de willen van de individuen daarmee corresponderen. Er is dus sprake van een eenheid tussen identiteit van macht, moraal, recht en individuele belangen of willen.

2 In de sociologische literatuur is het, in navolging van Max Weber, niet ongebruikelijk om voor een analyse van de maatschappij met typologieën te werken. Een bijzonder interessante typologie van het recht vindt men in A.J. Hoekema en N.F. van Manen, *Typen van legaliteit. Ontwikkelingen in recht en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000. Vgl. ook G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding. Bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door Mr. T. Koopmans*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

Binnen het systeem van het recht vinden we de oplossing voor alle mogelijke geschillen. Het wordt begrepen als volledig bepaald en zonder lacunes. Individuen worden geacht zich naadloos naar dit systeem te voegen. Hun wil, mits geleid door de ratio, kan alleen willen wat de wet voorschrijft.³ Binnen dit type past een strafrecht waarin de daad zelf centraal staat. Alle verantwoordelijkheid voor die daad wordt gelegd bij het individu zelf, dat wordt geacht zijn neigingen of driften te beheersen en te beschikken over het vermogen naar de redelijke wet te handelen. Juridisch relevant is alleen de vraag of enig handelen of nalaten in strijd is met de wet. Dat dit handelen mogelijk mede wordt gedetermineerd door innerlijke, psychische factoren van de dader, of door uitwendige, sociale factoren, is hier niet aan de orde. Een en ander impliceert dat de ordening van de samenleving wordt gedacht vanuit de staat. De orde van de samenleving is een weerspiegeling van de statelijke orde, die op zijn beurt wordt beschouwd als de weerspiegeling van een of andere kosmische orde. Binnen dit type van ordening hebben juristen als vanzelfsprekend een centrale rol. In zekere zin representeren zij de ideale orde zoals in de wet vastgelegd.

Dit type van ordening is herkenbaar in de wijze waarop met name in de negentiende eeuw de idee van de rechtsstaat werd uitgewerkt. Ik verwijs hier alleen maar naar de codificatie van het recht in wetboeken, welke codificatie volmaaktheid van de wet veronderstelt. Deze fictie van volmaaktheid wordt tot op de dag van vandaag overeind gehouden in de uitspraken van de Franse Cour de Cassation, waarin het wordt voorgesteld of de uitkomst in een zaak op evidente wijze, logisch en noodzakelijk volgt uit de vooraf gegeven wet.

In een tweede type, dat ik zal aanduiden als het type van de maatschappij, wordt het uitgangspunt van de volmaaktheid van de wet opgegeven. Men onderkent dat tussen recht, moraal en macht onderling spanningen kunnen bestaan. Men ziet in dat de staatsmacht zich niet zonder meer voegt naar de eigen wetten en dat ook individuele willen niet steeds kunnen, maar ook niet altijd hoeven te corresponderen met de algemene wet. Het recht komt hier als het ware tussen staat en individu in te staan en krijgt een bemiddelende rol. Men heeft binnen dit type oog voor andere wetmatigheden dan die van het recht. Men ontdekt dat het handelen van individuen mede door psychische, biologische en sociale wetmatigheden wordt bepaald waarop zij niet steeds eenvoudig

3 Een van de meest sprekende filosofen die een wijsgerige grondslag geeft aan dit type is wellicht Rousseau. Bij hem vindt men het idee dat de individuele wil zich dient te identificeren met de algemene wil, die vervolgens wordt uitgedrukt in de wet. Ordening kan niet geschieden op basis van onderscheiden individuele willen, die alleen maar, zoals Hobbes heeft uiteengezet, op elkaar botsen en leiden tot 'een oorlog van allen tegen allen'.

invloed kunnen uitoefenen. Hoe dan ook blijkt het gedrag van individuen complexer te zijn dan verondersteld in het eerste type.⁴ Het individu richt zich niet zomaar naar een algemene wet. Daarbij komt dat tussen individuen of groepen individuen verschil kan bestaan in identiteit en de daarmee verbonden morele en culturele waarden. Recht, moraal en religie corresponderen niet noodzakelijkerwijs met elkaar, maar kunnen met elkaar op gespannen voet staan. Geen eenheid dus, maar pluriformiteit en diversiteit. De ontdekking daarvan is niet de verdienste geweest van de juridische discipline maar van de gedragswetenschappen. Sociologen, psychologen en andere gedragswetenschappers ontdekken dat het gedrag van mensen in sterke mate wordt beïnvloed door andere wetmatigheden dan die van het recht. Onwenselijk gedrag dient dan ook met andere middelen dan louter die van het recht te worden bestreden. Niet straffen, maar behandelen is het adagium. Maar ook wordt ingezien dat, wil men het gedrag van individuen kunnen beïnvloeden, maatregelen met betrekking tot economische, sociale en culturele omstandigheden noodzakelijk zijn. Men heeft hier dus oog voor de sociale omgeving waarbinnen individuen leven. Beïnvloeding daarvan wordt een taak van welzijnsorganisaties, vakbonden en andere non-gouvernementele organisaties.

Een en ander weerspiegelt zich duidelijk in het recht en de rechtspraktijk. Om te beginnen staat in het strafrecht niet langer de daad centraal, maar komt de dader in beeld. Strafrecht is niet slechts een kwestie van wel of niet afwijken van de wet. Het gaat er nu ook om te begrijpen wat de maatschappelijke en individuele factoren zijn die het gedrag van de dader bepalen en na te gaan hoe deze te beïnvloeden. Het gaat niet alleen maar om het herstel van de rechtsorde, zoals in het eerste type, maar om het herstel en verzekeren van de maatschappelijke orde. Niet voor niets spreekt men in dit verband van resocialisatie. Dat vraagt om meer dan wetstoepassing. Mogelijk is een behandeling van de dader aan de orde, mogelijk verdergaande maatschappelijke maatregelen, zoals verbetering van onderwijs, aanpak van werkloosheid en dergelijke. Een en ander impliceert het nodige als we kijken naar de rol van de praktiserende jurist. Deze neemt ten opzichte van de jurist binnen het eerste type sterk toe in complexiteit. In de eerste plaats kan niet langer worden verondersteld dat de wet volmaakt is en in alle conflicten een eenduidige oplossing biedt. Binnen een pluriforme samenleving zal de wet op een andere manier moeten worden geïnterpreteerd en zal de veronderstelling van een alles dekkende wet moeten worden verlaten. Er komt oog voor zoiets als beleid dat een zekere flexibele wetstoepassing en -uitleg

impliceert. De togadrager krijgt daarmee een rechtsvormende rol. Jurisprudentie wordt naast de wet een bron van recht. Voorts krijgt de togadrager een rol als bewaker van de rechtsstaat. Naarmate er meer beleid moet worden gemaakt, neemt de macht van de staat toe, wat een extra waakzaamheid impliceert ten aanzien van de rechten van de burger. Niet voor niets krijgen binnen dit model grondrechten een meer pregnante betekenis. Was de togadrager in het eerste type nog te beschouwen als een wetsdienaar, hier krijgt hij de ruimere rol van rechtsbeschermer. Niettemin dient hij ook oog te hebben voor de beleidskant van het recht. Het gaat niet alleen om de bescherming van individuen tegen de staatsmacht, het recht is er ook om buiten het recht liggende maatschappelijke doelen te realiseren. Meer veiligheid, meer welzijn, voor zowel individu als samenleving. Dat betekent dat kennis moet worden genomen van het beleid dat regering, Openbaar Ministerie en andere voorstaan. Men dient kennis te dragen van onderzoek over effecten van de strafrechtspleging, inzichten ontleend aan criminologisch onderzoek en dergelijke. Langs deze weg wordt vooral ook de instrumentele kant van de strafrechtspleging benadrukt. Een en ander impliceert echter dat de togadrager steeds een balans dient te zoeken tussen recht als waarborg en als instrument.⁵ Deze rol veronderstelt inzicht in de basisbeginselen van ons recht en impliceert ingewikkelde afwegingen waarin strikt juridische argumenten concurreren met politieke en sociale overwegingen. Macht, recht en moraal vallen niet simpel meer samen. Een derde opvallende verandering heeft te maken met de opkomst van concurrerende wetenschappers. Sterker nog, waar het aankomt op ordening is dat niet langer de exclusieve aangelegenheid van het recht en de rechtspraktijk. Minstens zoveel status wordt nu toegekend aan de wetenschap. In de juridische oordeelsvorming komt ruimte voor inzichten van de niet-juridische expert. Binnen de rechtspleging zijn dat vooral de psycholoog en psychiater en andere, meer technisch forensische deskundigen.

Het hier beschreven type is herkenbaar in de sociale rechtsstaat en verzorgingsstaat zoals deze in de twintigste eeuw tot stand is gekomen.

Het derde en laatste type van mijn typologie duid ik aan als het type van de ordening door het individu. Hier vindt ordening niet plaats op het niveau van de staat, of de maatschappij, maar op het niveau van het individu. Laten individuen in de eerste typen bepalende beslissingen die hun leven raken nog over aan de staat (wetgever, rechter), of de maatschappij (maatschappelijke organisaties, bestuur, wetenschap), binnen

5 Een belangrijke discussie in de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw betrof juist dit vraagstuk. Zie onder meer R. Foque en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer rechtswetenschappen 1990.

4 Exemplarisch is wellicht het baanbrekend onderzoek van Jean Piaget over de morele ontwikkeling van het kind.

dit type trekken ze de beslissingen naar zichzelf toe. Binnen het type van de staat wordt aan het individu geen eigen ruimte gelaten. Er wordt immers vanuit gegaan dat indien deze rationeel handelt, zijn wil met die van de wetgever overeenstemt. Binnen het type van de staat wordt onderkend dat de wet niet alle individuele willen op één lijn kan brengen en dat ruimte moet zijn voor pluraliteit. Het type van het individu spiegelt het type van de staat. Hier eist het individu de volledige ruimte voor zichzelf op. Zijn wil is wet. In deze zin krijgt in dit type dan ook de autonomie gestalte, het individu wordt zelf wetgever.⁶ Binnen de discussie over rechtvaardigheid en politiek is het type herkenbaar in de nadruk die daarin gedurende de laatste twee decennia wordt gelegd op de notie van erkenning. Ging het in het maatschappelijk debat lange tijd over rechtvaardigheid in de zin van een rechtvaardige verdeling, nu lijkt het eerder om erkenning van het individu, of beter, om diens identiteit te gaan. De waarde van gelijkheid krijgt een andere invulling. Niet zozeer gelijkheid in materiële goederen staat centraal, maar gelijkheid in de zin dat men in waardigheid niet op een ander wil worden achtergesteld. Gelijke aandacht dus voor een ieder. Een ieder wil worden erkend in zijn bijzonderheid, waarbij het niet uitmaakt of het nu gaat om lichamelijke handicaps, seksuele geaardheid, ras, hoogbegaafdheid, aversie tegen literatuur, of liefde voor het levenslied. Men wil zien dat anderen, in het bijzonder de staat, het individu in zijn 'verschil' erkent.⁷ Slechts op deze manier kan de staat zich legitimeren. Rosanvallon spreekt in dit verband dan ook van de 'legitimiteit van de nabijheid'.⁸ In plaats dat het individu zich, zoals in het eerste type, naar de staat richt, richt de staat zich nu naar het individu. De eigen wil van het individu is uitgangspunt geworden voor de ordening van de samenleving. Een aantal min of meer recente ontwikkelingen binnen het recht vormen illustraties van het hier geschetste type van het individu. Exemplarisch is de aandacht voor zelfregulering. Daarbij gaat het niet om regulering door van bovenaf opgelegde rechtsnormen, vastgelegd in de wet, maar door

de burger zelf ontwikkelde normen van onderop. In het strafrecht herkennen we het type in de groeiende aandacht voor de positie van het slachtoffer. Gaat het in het eerste type om het herstel van de rechtsorde die door een misdrijf is geschonden en in het tweede type om het 'herstel' van de dader van een strafbaar feit, in het derde type komt het herstel van de positie van het slachtoffer op de voorgrond. Opvallend is dat het bij het slachtoffer veelal niet primair gaat om herstel van materiële schade (gerechtigheid), maar om erkenning (genoegdoening) waarvan hiervoor reeds sprake was. Recht doen wordt een vorm van herkenning en erkenning van het slachtoffer. Niet voor niets is er dan ook een groeiende aandacht voor herstel en herstelrecht.⁹ Daarbij gaat het niet om herstel van de rechtsorde zelf, maar om herstel van de positie van het slachtoffer in de maatschappij. Dat herstel wordt mede gerealiseerd door het slachtoffer duidelijk te maken dat het 'recht van spreken' heeft. In die zin is sprake van 'rechtsherstel'. De dader heeft de vrijheid of de wil en daarmee ook bepaalde rechten van het slachtoffer miskend. De functie van recht en rechtspraak is het nu om deze miskenning om te zetten in een erkenning. Ook in andere ontwikkelingen is dit type herkenbaar. In Frankrijk kent met de *justice de proximité*, de 'nabije rechter', in België de vrederechter, 'de rechter die het dichtst bij de burger staat'. De in ons land bepleitte 'buurtrechtbank' zou men kunnen beschouwen als de Nederlandse variant daarvan. Voor zover 'nabijheid' van belang is, geldt dat niet alleen naar verdachte en slachtoffer toe, maar evenzogoed naar de burger in het algemeen. Voor deze burger moet zichtbaar worden dat 'recht' wordt gedaan. Zoals politici contact zoeken met de burger in de straat, zo legt de rechtbank het contact in de buurt. Los hiervan wordt niet zelden benadrukt dat ook kantonrechter en politierechter zich onderscheiden door een bepaalde vorm van nabijheid in hun procedurele attitude. Weliswaar staat het juridisch kader voorop, maar krijgt de 'menselijke' of 'communicatieve' kant binnen deze procedures een sterke nadruk. De aandacht voor 'bejegening' getuigt hier mede van. In dat opzicht kan men spreken van een 'dejuridisering' van het strafrecht. Zou men bij de hier aangehaalde voorbeelden vanuit het perspectief van legitimiteit positief kunnen zijn over dergelijke 'dejuridisering', dat geldt niet voor alle ontwikkelingen. Een interessante kwestie is die van het veiligheids- en risicodenken, waarvan de terrorismewetgeving een relatief recente exponent is. Om verschillende redenen is deze binnen het domein van de strafrechtswetenschap en met name ook de strafrechtadvocatuur kritisch besproken. Een deel van de kritiek richt zich op de uitholling van bepaalde principes van het strafrecht zoals die van de interne openbaarheid en

6 Men herinnert zich dat 'auto' verwijst naar 'zelf' en dat 'noom' is afgeleid van *nomos* dat 'wet' betekent.

7 Enkele centrale publicaties: Charles Taylor, *Multiculturalism and 'the Politics of Recognition'*, New Jersey: Princeton 1992; Axel Honneth, *The Struggle of Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*, Oxford: Oxford University Press 1995 (oorspronkelijke Duitse uitgave 1992); Avishai Margalit, *The Decent Society*, Cambridge: Cambridge University Press 1995; Richard Sennett, *Respect in a World of Inequality*, New York: Norton 2004; Nancy Fraser, 'From Redistribution to Recognition', in: *Justice Interruptus*, New York/Londen: Routledge 1997, www.ethicalpolitics.org/blackwood/fraser.htm. Zie ook Marcel Gauchet, *Religie in de democratie*, Nijmegen: SUN 2006, in het bijzonder hoofdstuk VI, Een tijd van identiteiten.

8 Pierre Rosanvallon, *Democratic Legitimacy. Impartiality, Reflexivity, Proximity*, Princeton/Oxford: Princeton University Press 2011.

9 Sedert 2001 is er het *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor herstelrecht*.

de presumptie van onschuld. Men zou kunnen zeggen dat hier principes van de rechtsstaat, waaronder ook die van de bescherming van de privacy, op de tocht zijn komen te staan. Tegen de achtergrond van het type van het individu is dit echter niet verwonderlijk. De concentratie op de eigen wil van het individu en de bescherming daarvan, impliceert immers een sterke waardering van een zeker vitalisme in de wereldbeschouwing. Alles wat het leven bedreigt, moet met alle mogelijke middelen worden bestreden. Recht en rechtsbescherming van verdachten mogen hieraan niet in de weg staan.

De vraag rijst nu wat voor rol binnen het derde type is weggelegd voor de juridische professional. Heeft die nog wel een rol van betekenis? Uiteraard, het slachtoffer zal om bijstand vragen en enige juridische kennis, onder andere van het schadevergoedingsrecht, zal hierbij gewenst zijn. Maar in de kern gaat het niet om juridische bijstand. En hoe zit het met de bijstand van de verdachte? Hier zien we binnen het type eveneens een verschuiving optreden, waarbij het accent niet zozeer ligt op rechtsbijstand en raadgeving bij juridische kwesties, maar eerder om een ander soort raadgeving. Om dit duidelijk te maken moeten we eerst dit type verder uitwerken.

2 Van homo juridicus naar homo economicus

Het derde type kan op verschillende manieren verder worden ingekleurd. Ik heb in het voorgaande de nadruk gelegd op het slachtoffer. Als het gaat om een begrip van de wijze waarop dit in het kader van strafrechtelijke vergrijpen moet worden bejegend zijn studies uit de psychologie, psychiatrie, antropologie en het zich ontwikkelende vakgebied van de victimologie richtinggevend. Met name met betrekking tot de positie van slachtoffers van onder andere misdrijven tegen de menselijkheid, zoals genocide, zijn de laatste decennia belangrijke studies verschenen.

Alhoewel ik denk dat de aandacht voor het slachtoffer typerend is voor het derde type, wil dat niet zeggen dat daarbinnen verdachte of dader niet evenzeer een specifieke duiding krijgen. Welke die is, komt in beeld als we vanuit een wat ander perspectief naar de ontwikkelingen in de strafpraktijk kijken. Niet vanuit het perspectief van de menswetenschappen, maar vanuit een economisch perspectief. Het uitgangspunt van ordening door het individu zelf sluit namelijk naadloos aan bij de idee van de markt.

Binnen de markt worden goederen verdeeld op basis van eigen, autonome beslissingen van individuen. Men verkoopt of koopt uit voor zover men dat wil op basis van eigen inzicht. Niet voor niets kennen we binnen het overeenkomstenrecht het uitgangspunt van de partijautonomie. Verondersteld

wordt dat bij een goed functionerende markt de individuen bij het behartigen van de eigen belangen, als door een onzichtbare hand gestuurd, tegelijk ook het algemene belang dienen. Transacties komen namelijk niet tot stand als niet alle betrokkenen daarvan profijt hebben. Zo ordent de markt de samenleving. Voor zover staat en recht binnen dit type een plaats hebben, is het als functie van de markt. Zij scheppen voorwaarden voor het goed functioneren ervan, door bijvoorbeeld een strafrechtelijk systeem te handhaven dat individuen dwingt om goederen binnen de markt te verwerven en niet – zoals in geval van diefstal – buiten de markt om. Overheid en recht treden ook in plaats van de markt waar deze niet werkt of kan werken, zoals in geval van verkeersveiligheid. Maar ook in deze gevallen blijft de markt het uitgangspunt: 'mic-king the market' is dan ook het adagium van het recht.¹⁰ Het recht moet zo worden ingericht, dat het maatschappelijke resultaten bewerkstelligt, die ook zouden zijn gerealiseerd als er wel een markt zou zijn geweest. In algemene termen zegt men dan dat het recht efficiëntie dient te bevorderen. Recht en overheidsmacht worden dus gezien als een functie van de economie.¹¹

Recente ontwikkelingen maken zichtbaar dat inderdaad sprake is van een zekere 'vermarkting' van het recht, ook van het strafrecht. De overheid bepaalt niet in alle gevallen op louter hiërarchische wijze hoe recht moet worden gedaan. In veel gevallen wordt de burger een pallet aangeboden met alternatieven waaruit hij naar eigen inzicht kan kiezen. Uiteraard zit er aan de verschillende opties een bepaald 'prijkaartje', maar dat is in de gewone markt niet anders. Zo althans kan men aankijken tegen bijvoorbeeld de invoering van de strafbeschikking. Een verdachte van een strafbaar feit krijgt de mogelijkheid zich bij een eventuele beschikking neer te leggen of om de zaak alsnog aan een rechter te laten voorleggen. Hij kan al dan niet kiezen voor een werkstraf of leerstraf, wanneer deze wordt voorgesteld. Na uitspraak van de rechter kan de veroordeelde eventueel nog beroep aantekenen. Wat opvalt is dat de afwegingen van de betrokkene worden vereenvoudigd doordat min of meer helder wordt voorgespiegeld wat de consequenties van zijn keus zijn. Richtlijnen bepalen immers in vergaande mate de modaliteit en hoogte van de te verwachten straf. Zo beschouwd, gaat het in de procedure niet zozeer om het recht zelf, maar eerder om

¹⁰ De uitdrukking is voor het eerst gebruikt door de rechtseconoom Richard Posner.

¹¹ Interessant is te zien dat ook Michel Foucault ontdekt dat zijn aanvankelijke 'typologie' te beperkt is. Naast wet en norm ziet hij de toename van het belang van het marktdenken voor de ordening van de moderne samenleving. Zie hierover zijn collegereeks *The Birth of Biopolitics (Lectures at the Collège de France 1978-1979)*, New York: Picador 2008 (zie ook noot 13).

opereert niet vanuit een eigen expertise, behalve waar het gaat om specifieke vaardigheden. Uiteraard is het van belang zicht te hebben op inhoudelijke kwesties om het proces goed te kunnen begeleiden, maar hij zal deze niet snel kunnen inbrengen zonder het verwijt te krijgen partijdig te zijn. Dit impliceert dat hij niet een bepaalde orde vertegenwoordigt, zoals de wetsdienaar en rechtsbeschermer dat doen. Niet voor niets draagt de mediator dan ook geen toga. In een rechtstelsel waarin men de instelling van rechterlijke mediation kent, trekt de rechter niet voor niets de toga uit voor hij aan de mediation begint, die overigens ook in een andere ruimte plaats heeft, buiten de zittingzaal. Een vergelijkbare rol als die van de mediator is er mogelijk voor de togadrager weggelegd in het derde hier onderscheiden type. Hij zal dan wel zijn toga moeten afleggen.

Wat zijn of behoren de onderscheidende kwaliteiten te zijn van een togadrager? Hierboven heb ik al aangegeven dat de hier beschreven typen van ordening in de werkelijkheid nimmer in *optima forma* herkenbaar zullen zijn. Steeds zal het gaan om mengvormen. Wel denk ik dat bepaalde typen op een bepaald moment pregnanter tot ontwikkeling kunnen komen dan de andere typen. In zekere zin is dat ook al in dit artikel gesuggereerd door de gekozen opbouw, waarbij de volgorde van bespreking ook een zekere volgorde in tijd impliceert. Het gelijktijdig bestaan van de verschillende typen neemt echter niet weg dat tussen de kwaliteiten van de specifieke rollen van togadragers niet spanningen kunnen bestaan, juist omdat de verschillende typen mogelijk moeilijk verenigbare kwaliteiten vragen. Een confrontatie tussen het eerste type en het derde maakt dit onmiddellijk zichtbaar. Niet voor niets geef ik aan dat in het laatste geval de vraag rijst of het dragen van een toga nog wel passend is. Ik boduur hier kort op voort.

4 Van roeping naar dienstverlening

Waarom is de vraag naar kwaliteit aan de orde? Kijkt men terug in de geschiedenis, dan hoeft men maar te denken aan de prenten van Daumier, om te weten dat togadragers veelvuldig onderwerp van scherts en kritiek zijn geweest. Opvallend is echter de expliciete aandacht binnen de rechterlijke organisatie en die van de advocatuur voor kwaliteit gedurende de laatste decennia. Men mag hieruit afleiden dat de vereiste kwaliteit niet meer als een gegeven wordt beschouwd. Waarom dit zo is, kan heel wel worden begrepen in het licht van het type van het individu. In het eerste en tweede type beschouwt de togadrager zich als vertegenwoordiger van een wets- dan wel rechtsorde. Vertegenwoordiging van die orde vereist een specifiek inzicht in het rechtssysteem dat slechts voor ingewijden, de togadragers (ook de togadragers aan de

universiteiten) is weggelegd. Wat kwaliteit is wordt binnen het eerste type bepaald door de in het recht ingewijden zelf. In het tweede model komen naast de togadragers ook de niet-juridische deskundigen in beeld, die de maatschappelijke werking van recht en rechtspraak voorhouden aan wetgever, bestuur en togadragers.¹⁵ In het derde model echter zijn het niet langer uitsluitend de togadragers zelf of eventueel andere deskundigen die bepalen wat mag worden verwacht van rechtspraak en advocatuur. Het zijn nu ook de burgers zelf die bepalen wat kwaliteit is. Dat impliceert dat de rechterlijke organisatie en ook de advocatuur niet alleen naar binnen toe verantwoording aflegt, maar ook naar buiten toe. De aandacht bijvoorbeeld voor tijdigheid en bejegening in de rechtspraak geven hieraan uitdrukking. Rechtssubjecten worden klanten die een product afnemen. Die klant moet klantvriendelijk worden behandeld. Wat dat inhoudt, kan alleen door marktonderzoek worden vastgesteld, waarbij wordt nagegaan wat de burger wil; een snelle uitspraak, of een gedegen en uitgebreid vonnis bijvoorbeeld. De klant is koning. In plaats van een 'roeping', waarbij men zich dienstig opstelt voor de orde van wet, recht en maatschappij, worden togadragers dienstverleners ten dienste van de burger, in de hoedanigheid van slachtoffer dan wel verdachte. Als er inderdaad sprake is van een tendens waarbij het derde type meer pregnant naar voren treedt, en daar lijkt het wel op, dan valt te verwachten dat in toenemende mate sprake zal zijn van een 'vermarkting' van recht en rechtsbedeling. Aangezien recht hier een functie is geworden van keuzes van de burger en de overheid hier niet anders dan faciliterend optreedt, is er geen reden om hier de beroepsgroep af te schermen van concurrentie van niet-juridische experts. Zoiets als het vereiste van civiel effect is niet meer aan de orde. Uiteraard zal vanwege bepaalde expertises die in de rechtspraktijk zijn vereist worden gewerkt met 'keurmerken', maar een algemene uitsluiting van juridische dienstverlening door experts zonder civiel effect is niet zonder meer aan de orde.

5 Een scenario voor de toekomst

Wat betekent dit alles nu voor de toekomst van de togadrager? Zie ik het goed, dan leidt de ontwikkeling die ik schets tot een herschikking binnen het juridische beroepenveld. Dit is noodzakelijk in verband met de grote diversiteit aan soorten zaken, diversiteit in de complexiteit ervan en diversiteit in vereiste expertise en vaardigheden. Hier komt bij dat in de benadering van al deze zaken niet langer een zuiver juri-

15 Veelal is eventuele kritiek van de kant van de niet-juridische deskundigen gericht aan wetgever en beleidsmakers, maar voor zover binnen de rechtspraak ruimte is gelaten voor beleid, is deze eveneens aan deze organisatie gericht.

wat gegeven de omstandigheden verstandig is om te doen. De verdachte of veroordeelde maakt hier zijn eigen kostenbatenanalyse. Gaat het in het tweede type nog om de dader als drager van rechten die bepaalde bescherming verdienen, de *homo juridicus*, hier gaat het eerder om de burger die zijn eigen nutsafwegingen maakt en kiest voor wat uiteindelijk het meest voordelig, dan wel het minst nadelig lijkt. In deze zin komt hier de *homo economicus* centraal te staan. In de kern is deze praktijk vergelijkbaar met die van het stelsel van 'plea bargaining' uit het Angelsaksisch recht.

3 De kwaliteit van de togadragers

Wat betekent dit voor de kwaliteit van de togadrager? Hoe en waarin dient hij zich te onderscheiden? De hier geschetste typen moeten duidelijk maken dat het niet zinvol is om in abstracto over onderscheidende kwaliteiten te spreken. Afhankelijk van het concrete bestel varieert wat van de togadrager mag of moet worden verwacht. Niettemin rijst de vraag of bepaalde kwaliteiten niet inherent zijn aan een togadrager en daarom ook in de toekomst sturend dienen te zijn. Hierboven is al iets gezegd over de kwaliteiten van de togadrager binnen de verschillende gepresenteerde typen. Die kwaliteiten zijn verbonden met de verschillende rollen die deze dient te vervullen. In het type van de staat kan de togadrager worden getypeerd als een wetsdienaar. De wet wordt gezien als de ideale orde waarnaar een ieder zich dient te richten. Rechter en advocaat staan in dienst van deze wettelijke orde. Hun taak is het, elk op eigen wijze, te verzekeren dat bij schending de rechtsorde wordt hersteld. Binnen dit type past het in geval van beide beroepen te spreken van een 'roeping'. In geval van de advocaat spreekt men ook wel van een 'officium nobiliae'. In het tweede type verschuift de focus bij de togadragers. De veronderstelling dat de wet de orde representeert, wordt bijgesteld. Er komt ruimte voor diversiteit of pluraliteit die inperking van de staatsmacht impliceert. In het strafrecht betekent dit dat oog ontstaat voor beginselen, zoals de beginselen van behoorlijk proces en grondrechten. In plaats van de wet komt het recht en de togadrager wordt in plaats van wetsdienaar rechtsbeschermer. Er is binnen dit type nog een tweede verschuiving zichtbaar. Wordt in het eerste type verondersteld dat de wet toereikend is voor de ordening van de samenleving, in het tweede type wordt onderkend dat wet en ook recht niet voldoende zijn. De determinatie van het gedrag van burgers door buiten-juridische factoren noopt tot maatregelen anders dan langs de weg van regelgeving om deze factoren te beïnvloeden. Hierbij krijgen anderen dan juridische professionals een rol te vervullen. Hierbij komt de wetenschap, met name de

menswetenschappen, in beeld, ook binnen de rechtszaal.¹² Voor de togadragers betekent dit dat zij enige deskundigheid bezitten op het terrein van niet-juridische disciplines als de criminologie, psychologie en psychiatrie. Binnen dit type behoudt de togadrager echter een zelfstandige functie naast die van andere niet-juridische deskundigen. In zekere zin blijven de verschillende trajecten van ordening en normering gescheiden. Exemplarisch is dat in geval van terbeschikkingstelling over het algemeen eerst een straf ten uitvoer wordt gelegd. Behandeling vervangt niet de juridische sanctie.¹³ Binnen het derde besproken type ligt wellicht de grootste verschuiving. Staat in het tweede model het recht nog centraal, in het type van de ordening door individuen krijgt het een afgeleide betekenis en komen andere perspectieven op de voorgrond. In geval van het slachtoffer gaat het niet in de eerste plaats om rechtdoen, maar eerder om genoegdoening. In geval van de dader gaat het evenmin om rechtdoen of om rechtsbescherming, maar om verstandige, prudente keuzes tussen alternatieve trajecten. De vraag is of hier de togadrager nog een rol dient te vervullen. Uiteraard kan een rechter, een officier van justitie, een advocaat een rol van betekenis vervullen als het gaat om genoegdoening. En waar het om adviezen gaat met betrekking tot gerichte afwegingen tussen voor- en nadelen van verschillende procedurele trajecten, kan een advocaat uiteraard uitstekende adviezen geven. De vraag is echter of een en ander hen als togadrager nog past. Vergelijk hier de positie van de togadragers eens met de die van de mediator. De mediator, die de laatste tien jaar sterk in de belangstelling is gekomen, is wellicht exemplarisch voor het derde type. In een mediation staat niet het recht of andere algemene voorafgegeven normen centraal. Hier zijn het de normen van de betrokken partijen zelf die als uitgangspunt worden genomen voor het vinden van een oplossing. In geval van mediation zijn steeds twee doelen leidend. Aan de ene kant het bieden van genoegdoening en aan de andere kant het vinden van een verstandige oplossing. Het gegeven recht is geen garantie voor genoegdoening,¹⁴ noch voor een 'verstandige' oplossing. Het recht is digitaal: men heeft wel of niet iets fout gedaan, ergens recht op, straf verdiend. Mediation is analoog, een kwestie van meer en minder. Een compromis is dan ook meestal geboden. Een en ander zegt het nodige over de rol van de mediator. Hij

12 Michel Foucault heeft aan deze ontwikkeling een kritische beschouwing gewijd in *Discipline, toezicht en straf*, Groningen: Historische Uitgeverij 1997.

13 Dat geldt ook in geval van een strafuitsluitingsgrond vanwege het ontbreken van schuld. In dat geval wordt de dader immers niet strafwaardig bevonden.

14 Een bepaalde uitspraak kan uiteraard ook aan een slachtoffer genoegdoening bieden, maar dat is niet zeker en is ook niet het primaire doel van een uitspraak.

disch perspectief dominant is, maar eerder een pragmatisch perspectief.¹⁶ Juridische oplossingen dienen gericht te zijn op externe doelen, kort gezegd: het oplossen van maatschappelijke problemen. Niet wat juridisch juist is, maar wat maatschappelijk werkt wordt het dominante perspectief. In het voorgaande is aangegeven dat de rechtspleging zo goed en kwaad als dat gaat heeft getracht de verschillende nieuwe rollen en taken binnen de verschillende rechtspraktijken te integreren. Ik denk echter dat kwaliteitseisen met zich meebrengen dat aan deze integratie grenzen moeten worden gesteld en dat men zowel *binnen* als *buiten* de bestaande organisatorische structuren tot nadere differentiatie overgaat. In zekere zin is deze weg al ingezet, zeker binnen de organisaties. We kennen gespecialiseerde advocaten en advocatenkantoren. We zien ook binnen de zittende magistratuur en binnen het Openbaar Ministerie vormen van specialisatie. We zien ook dat men tracht nieuwe procedures te ontwikkelen om een bepaald soort zaken vereenvoudigd af te doen of te 'outsourcen' en buiten de strafrechtspleging af te doen. We kennen de experimenten met dading binnen het strafrecht. Omwille van de kwaliteit zal en moet op deze weg worden voortgegaan. Ik zie drie lagen professionals ontstaan. Een eerste laag van beroepsbeoefenaren binnen het strafrechtelijk domein zal zich sterk ontwikkelen naar een sterk administratief georiënteerde functie, gericht op goede bejegening, snelheid en heldere informatievoorziening. De leden van deze groep worden dienstverleners in de eigenlijke zin van het woord. Zij hebben een achtergrond in het recht, maar hebben de nodige administratieve en communicatieve vaardigheden ontwikkeld om burgers, zowel daders als slachtoffers, op pragmatische wijze door het proces te leiden en te begeleiden. Deze dienstverlener zal zich vooral moeten richten op wat wel wordt aangeduid als 'bulkzaken', in ieder geval veelvoorkomende zaken van relatief lichte aard. Een tweede groep professionals zal zich dienen te buigen over meer complexe zaken. Hierbij gaat het dan niet in de eerste plaats om de juridische complexiteit, maar eerder om de maatschappelijke complexiteit. Zaken waarin rapportages een rol spelen, of zaken die multidimensionale aspecten kennen, bijvoorbeeld een geval waarin naast de strafrechtelijke vervolging van een sociale fraudeur tegelijkertijd een bestuursrechtelijke procedure ten aanzien van de betrokkene loopt. Met het oog op een adequate aanpak kan het wenselijk zijn een en ander te coördineren. Zulks vereist een zekere coördinatie binnen de organisatie, maar eveneens een bepaald expertise-

niveau van rechter, advocaat en officier van justitie om een en ander op elkaar te kunnen betrekken. Leden van deze groep dienen een gedegen meer generalistische kennis te hebben van het recht en juridische procedures en tevens in staat te zijn rapportages van niet-juridische experts te doorgronden.¹⁷ De derde groep bestaat uit specialisten op het gebied van recht en gerechtelijke procedures. Zij buigen zich over juridisch ingewikkelde zaken, waarin bijvoorbeeld internationaal recht aan de orde is. Deze specialisten hebben een gedegen generalistische kennis van het recht, maar zijn daarnaast binnen een van de rechtsgebieden gespecialiseerd. Wat is de rationale van deze drieslag? In de eerste plaats ontwikkelt onze samenleving zich op een wijze waarbij recht en rechtdoen niet steeds op de voorgrond staan. Genoegdoening voor slachtoffers van delicten, tijdige aanpak van crimineel gedrag, of juist de pragmatische noodzaak bepaald gedrag te decriminaliseren en maatschappelijke problemen anders aan te pakken dan langs een louter justitiële weg, vragen om een andere benadering dan die van de klassieke gerechtelijke procedures.

Deze 'andere benadering' past niet of niet goed binnen de rechtspleging zoals die zich de laatste eeuwen heeft ontwikkeld. Het verder 'oprekken' van de bestaande procedures om meer en meer functies daaronder te kunnen brengen, draagt echter een serieus risico in zich. Ik geef het voorbeeld van de tijdigheid. De binnen onze rechtscultuur ontwikkelde gerechtelijke procedures kennen een eigen dynamiek. Om een zaak naar behoren te behandelen dienen tal van procedurele stappen te worden gezet. Alleen al het beginsel van hoor en wederhoor vereist dat bepaalde tijd voor uitwisseling van stukken, het horen van getuigen en dergelijke wordt genomen. Deze aan het recht eigen tijd of tijdigheid loopt echter niet zomaar parallel met de tijdigheid van het marktmodel. 'Voor tien uur besteld, de volgende dag geleverd.' Er is meer. Rechtspraak is niet alleen maar een institutie van dienstverlening. Het is evenzogoed een institutie van identiteit.¹⁸ Als het gaat om vertrouwen dan scoort de rechtspraak nog relatief goed, omdat men zich kan identificeren met wat daar gebeurt. De wijze waarop men binnen de rechtspraak tot beslissingen komt, is een voorbeeld voor andere instituties, maar ook voor de gewone burger. Hoor en wederhoor, je laten leiden door feiten en niet door vooroordelen, onpartijdigheid, het zijn een paar van die kwaliteiten van de recht-

16 Zie over dit pragmatisch perspectief: Rogier Hartendorp, 'Alledaagse rechtspraak. Een pragmatische kijk op oordeelsvorming', *Rechtstreeks* 2009, nr. 2.; Antoine Hol en Elaine Mak, 'Van Legaliteit naar pragmatisme. Over rechterlijke rede, emotie en intuïtie', *Rechtstreeks* 2010, nr. 4, p. 23 e.v.

17 In de Rechtspraaklezing 2010 schetst Carla Eradus een dergelijke organisatie van de rechtspraak: niet vanuit de klassieke onderscheiden juridische disciplines civiel, bestuurs- en strafrecht, maar meer probleemgestuurd, vanuit het maatschappelijk probleem dus. Zie *Rechtstreeks*, 'Rechtspraaklezing 2010, Naar een ideaal gerecht'.

18 Ik ontleen dit onderscheid aan C. Taylor, 'Les institutions dans la vie nationale', *Esprit* 1994, p. 94 e.v.

spraak die ook buiten de institutie richtinggevend zijn.¹⁹ Om deze plaats te kunnen behouden, moet er binnen de institutie ruimte zijn om op basis van deze en andere belangrijke beginselen tot oordeelsvorming te komen. Differentiatie is nodig om daarvoor ruimte te scheppen.

Wat betekent dit voor de toga? Veel zaken die nu nog een aangelegenheid zijn van de togadrager, zullen in de toekomst niet meer 'op zijn bordje' komen. Hij zal zijn emplooi vinden binnen de tweede en derde laag van de door mij onderscheiden typen zaken. Uiteraard moet ook voor lichtere zaken de weg naar de rechter openblijven. De maatschappelijke afweging zal echter zijn deze gang niet aan te moedigen. Het zou echter een kapitale vergissing zijn onvoldoende ruimte te laten voor een gedegen juridische behandeling van voor betrokkenen ingrijpende, dan wel complexe zaken. Rechtspraak is meer dan dienstverlening. Rechtspraak is een onmisbaar baken in een individualiserende, en daarmee diffuser wordende samenleving.

Wat betekent dit voor de opleiding van juristen in de toekomst? Tot op heden studeren vrijwel alle studenten aan de universiteit af met een civiel effect. Alle studenten doorlopen hetzelfde traject. Gelet op de behoefte aan differentiatie, dient ook de universitaire opleiding te worden gedifferentieerd. Ook hier zie ik, analoog aan mijn typering van soorten zaken, een driedeling. In de eerste plaats zal er een algemene opleiding moeten komen met daarin de nodige aandacht voor recht, kennis van de samenleving en training van verschillende vaardigheden die relevant kunnen zijn voor bijvoorbeeld alternatieve vormen van geschiloplossing zoals mediation. Ruimte moet er ook zijn voor management van eenvoudige zaken (case flow) en communicatie. Een dergelijke opleiding heeft mogelijk een gemengd karakter, waarbij universiteit en hogeschool samenwerken. Een tweede niveau in de opleiding legt meer nadruk op generalistische kennis van het recht, maar schenkt ook grondig aandacht aan de beginselen van niet-juridisch onderzoek om zo later in de praktijk te beschikken over de bekwaamheid rapportages en dergelijke van niet-juridische experts te kunnen beoordelen. Een derde niveau van opleiding krijgt gestalte in de vorm van postinitiële masters en gespecialiseerde cursussen op het gebied van recht en niet-juridische expertises, zoals forensische accountancy.

Zo'n model veronderstelt selectie. De ervaring leert dat een beperkte groep studenten veel werk kan verzetten, zodat bin-

nen de opleiding zoals thans opgezet een groter rendement kan worden behaald. Zo wordt ruimte geschapen voor een diepgaandere studie van het recht, met ruimte voor studie van beginselen van andere wetenschappen dan uitsluitend de juridische.

Het hier geschetste betreft een scenario. Dat betekent dat de ontwikkeling ook anders kan verlopen. Scenario's komen niet altijd uit. Niettemin meen ik dat de geschetste typologie en de ontwikkeling die daarin naar voren komt, onvermijdelijk leidt tot een herijking van het beroep en opleiding van de jurist. Daarbij lijkt een ding zeker: dat in de 21ste eeuw de toga niet elke jurist zal passen.

¹⁹ Zie hierover: Pierre Rosanvallon, *Counter-democracy. Politics in an Age of Distrust*, Cambridge: Cambridge University Press 2008. Hierin spreekt hij over een justicialisering van de samenleving in die zin, dat hij verwacht dat de rechtspraak een voorbeeldfunctie krijgt voor besluitvorming. Zie hierover in het bijzonder hoofdstuk 10. Dit werk is overigens ook interessant in verband met mijn schets van het derde type.