



WAARTOE ADVOCATEN OP AARDE ZIJN Is het procesmonopolie rijp voor afschaffing?

*David de Knijff*¹

Enkele vermanende woorden die een Amerikaanse rechter aan het begin van een pleidooi – ik moet nu mondelinge behandeling zeggen - in een spraakmakende anti-trustzaak richtte tot één van de advocaten:

*"The code of tribal wisdom says that when you discover that you are riding a dead horse, the best strategy is to dismount. But lawyers try other strategies, including the following: buying a stronger whip: changing riders: saying things like: "this is the way we've always ridden this horse"; appointing a committee to study the dead horse; declaring the horse is better, faster and cheaper dead; and finally, harnessing several dead horses together for increased speed."*²

Ik denk dat deze rechter beide stellingen zal onderschrijven.³

Waartoe advocaten op aarde zijn. Deze titel is ontleend aan het boek "Waartoe is het recht op aarde?" van Hans Nieuwenhuis.⁴

"Het recht [waarmee het burgerlijk recht is bedoeld] heeft ten doel de kwaliteit van samenleven op aarde te verbeteren", schrijft hij.⁵

¹ Inleiding voorgedragen op de Najaarsbijeenkomst van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht (NVvP) met het thema 'De staat van de rechtspraak', gehouden op 13 december 2019 bij Van Doorne in Amsterdam.

² Opgetekend door John Heilemann, 'The truth, the whole truth and nothing but the truth, the untold story of the Microsoft anti-trust case', *Wired*, November 2000, p. 304.

³ Stelling 1: Voor een oplossing moet je niet bij een advocaat zijn.

Stelling 2: het procesmonopolie is rijp voor afschaffing.

⁴ H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006.

Advocaten claimen graag dat zij voor het bereiken van dat doel onmisbaar zijn. Dat de belangen van rechtzoekenden alleen bij hen in goede handen zijn. Dat zij exclusief zijn aangewezen om de vrijheid van de burger te verdedigen. Om de toegang tot de rechter, het recht op een eerlijk proces te waarborgen. De deskundige raadsman, tot wie die burger zich kan wenden met de zekerheid dat deze uitsluitend zijn belang behartigt. En met de zekerheid van absolute geheimhouding.⁶ Het klinkt tamelijk abstract en hoogdravend.

Nobile officium? De samenleving verbeteren? Gewoon platte commerciële dienstverlening. Belangenbehartiging pur sang door *hired guns*. Hoezo exclusief of bijzonder? Te duur, niet effectief in het oplossen van problemen van burgers en opgesloten in de eigen beroepsregels. Waarom moet een advocaat bepalen of ik wel naar de rechter mag? De zelfredzame burger vindt zelf het recht wel op internet. Deskundigheid moet worden gewantrouwd. Advocaten zijn uit op escalatie, op procederen. Het “tournooimodel”. Met regels uit de 19^e eeuw (net zo oudbollig als dat *nobile officium*). Formalistisch, inefficiënt. Daarom dus geen gefinancierde rechtsbijstand meer in huurgeschillen, arbeids- en consumentenzaken, vindt de minister. De vergoeding van aardbevingsschade gaat naar de bestuursrechter.⁷ Het pleidooi wordt afgeschaft (met invoering van de Spoedwet-KEI op 1 oktober jl. een feit). De rechter kan dan op de zitting ongestoord rechtstreeks met partijen praten. En ook artikel 24 Rv.⁸ wordt afgeschaft. Dan kan de rechter meeprocederen. Advocaten zijn niet meer nodig.

Overdreven? De trend tot marginalisering van de advocaat is onmiskenbaar.

⁵ A.w., p. 3.

⁶ Zie mijn bijdrage voor het Advocatenblad van 17 december 2017, ‘Waarom zijn er advocaten?’ <https://www.advocatenblad.nl/2017/12/14/waarom-zijn-er-advocaten/>. Zie verder: ‘Wat maakt de advocaat?’, Themanummer Advocatenblad nr. 15, 16 aug. 1996, p. 665-715, met een inleiding van de toenmalig landelijk deken J.L.R.A. Huydecoper met de titel “Zijn wij dan zo bijzonder?”. Dit themanummer stond in het teken van de jaarvergadering van de Nederlandse Orde van Advocaten van 26 en 27 september 1996. Die jaarvergadering wordt al enige jaren niet meer gehouden. Te weinig belangstelling, niet efficiënt. In mijn blog van 18 september 2019 voor Mr. heb opgemerkt dat de balie zo zichzelf marginaliseert. <https://www.mr-online.nl/balie-zonder-ziel/>

⁷ Zie daarover de kritische beschouwing van R.H. de Bock, ‘Mijnbouwschade in Groningen, Waar is de civiele rechter?’, *NJB* 2019/3.

⁸ Dat luidt: “de rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit.”

Vanuit de politiek, het ministerie, beleidsmakers, de Raad voor de Rechtspraak, de publieke opinie, en sociale media. In opdracht van het ministerie deed het WODC onderzoek naar trends die zich de komende tien jaar kunnen voordoen.⁹ De benadering van de onderzoekers is die van rechtshulp als *commodity*. Wat is nu nog het *unique selling point* van de advocatuur? Dat die vraag – en ook zo – gesteld wordt, is veelzeggend en verontrustend.

Deze marginalisering is allereerst een gevolg van het marginaliseren van het recht en rechtspraak zelf. Want wat over de advocaat wordt geroepen, wordt ook geroepen - en steeds luider - over het recht en de civiele rechter. Onbereikbaar, te duur, formalistisch, inefficiënt en te langzaam. Geen oplossend vermogen. Spelers die vastzitten in hun eigen spel. Deze kritiek en ook het frame van het “tournooimodel” komen uit Hiil-rapport ‘*Menselijk en rechtvaardig. Is de rechtspraak er voor de burger?*’¹⁰ Al eerder, in een pamflet van een groep bezorgden, aangevoerd door oud-ombudsman Brenninkmeijer in 2015 in het NJB, was dezelfde kritiek te horen. Met zes suggesties voor verbetering van de toegang tot het recht.¹¹

“De civiele rechter op de schopstoel”. Dat is de pakkende kop van de kritische reactie van Jan Vranken en Marnix Snel in het Nederlands Juristenblad.¹² De door de minister en raad voor de rechtspraak overgenomen roep om de probleemoplossende rechter “berust op wensdromen”, zo schrijven zij. “Het concept *problem solving* getuigt van gevaarlijke arrogantie” over wat de overheidsrechter vermag. “Het is in wezen mediation “niet náást rechtspraak, ook niet in de plááts van rechtspraak, maar áls civiele rechtspraak.” “Het recht wordt hier neergezet als tegenstander.”

Het recht als tegenstander. In een redactioneel voor *NTBR* met die titel - verwijt Bert van Schaick, Brenninkmeijer cum suis dat het gemakkelijk is de advocatuur en rechterlijke macht de beperkingen te verwijten die aan het civiele procesrecht eigen zijn. Dejuridisering van geschillen moet niet gezocht

⁹ Juridische beroepen in de toekomst, ontwikkelingen binnen advocatuur, notariaat en gerechtsdeurwaardelij. [https://www.wodc.nl/binaries/Cahier 2016-13_Volledige tekst nw tcm28-235332.pdf](https://www.wodc.nl/binaries/Cahier%202016-13_Volledige%20tekst%20nw_tcm28-235332.pdf)

¹⁰ Maurits Barendrecht, Krijn van Beek en Sam Muller, Hiil 2017, <https://www.hiil.org/projects/menselijk-en-rechtvaardig-is-de-rechtsstaat-er-voor-de-burger/>

¹¹ A. Brenninkmeijer e.a., ‘Zes suggesties voor Verbetering van de Toegang tot Recht’, NJB 2015/1322.

¹² NJB 2019/687

worden in het systeem, maar vergt een mentaliteitsverandering in de maatschappij.¹³

Natuurlijk, het gaat om heel gewone zaken van gewone burgers, consumenten. Niet om massaschade, niet om handelsgeschillen tussen (grote) ondernemers, of om wat in de commerciële advocatuur *corporate litigation* heet. Niettemin is het aandeel van deze gewone zaken op het totaal zodanig groot dat de kritiek dat het recht die niet werkelijk oplost, dat er met de civiele procedure van alles mis zou zijn, het hele beeld dreigt te bepalen, het systeem als geheel diskwalificeert. Door het *framen* van de civiele procedure als “tournooimodel”, gaat de idee postvatten dat het voor alle zaken beter is advocaten en rechters te mijden. Dat het recht een tegenstander is.

Ik herinner mij een kantoorgenoot die een beetje onthutst terugkwam van een comparitie. Na een mislukte *démarche* op de gang, wilde hij dan toch maar het standpunt de cliënt gaan toelichten. De rechter had verstoord gereageerd: “we gaan nu toch niet juridisch doen”! Mediation als rechtspraak? Ik hoorde laatst dat in mediation veel NIVEA wordt gebruikt. Dat moet u niet te letterlijk nemen. Het staat voor “*Niet invullen voor een ander.*” Maar dat is wat rechtspraak nu juist wèl doet, mòet doen. En ook de advocaat.

Het is immers de advocaat die het verhaal en het standpunt van zijn cliënt vertaalt naar rechtens relevante argumenten. De verbinding zoekt tussen de feiten en de rechtsregel en vice versa. Die met die cliënt bepreekt en onderzoekt of wat deze als feit percipieert, kan worden bewezen, en hoe. Iemand die ook enige afstand van het conflict en de daarbij behorende emoties kan nemen. De cliënt adviseert of zijn eis of verweer bij de rechter kans van slagen maakt. En hem de procedure ontraadt als dat niet zo is. En als het echt kansloos is, weigert om zijn bijstand te verlenen.

Er bestaat niet zoiets als een recht op een rechter. Dat is wel wat veel mensen denken. Zij vinden dat de advocaat een blokkade van een fundamenteel recht vormt. De toegang tot de rechter mag worden gereguleerd. Verplichte rechtsbijstand is niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM. Het Europese Hof voor de

¹³ A.C. van Schaick, ‘Het recht als tegenstander’, *NTBR* 2015/43, afl. 10.

rechten van de mens heeft dit in overeenstemming geacht met het Verdrag.¹⁴ In het bijzonder voor procedures in hoger beroep en in cassatie acht het EHRM strenge(re) ontvankelijkheidseisen en formaliteiten gerechtvaardigd om de kwaliteit van de beroepsprocedure te waarborgen en overbelasting van deze gerechten te voorkomen.¹⁵

Ik heb nog geen betere middel tegen die overbelasting kunnen bedenken. Of positief geformuleerd: de filterfunctie van de advocaat draagt bij aan goede rechtspraak. Het voorkomt dat pas bij de mondelinge behandeling blijkt van het trekken aan een dood paard. Of dat pas bij die mondelinge behandeling blijkt dat achter de eis of het verweer een ander probleem schuilgaat dat niet door de rechter, maar door mediation moet worden opgelost. Mits de advocaat die functie serieus neemt.

Is er reden aan te nemen dat dit niet het geval is? Dat er advocaten zijn die niet bekwaam of flink genoeg zijn dat te doen? Want als dat zo is, dan bestaat er geen rechtvaardiging voor de verplichte rechtsbijstand exclusief door advocaten. In Asser-Procesrecht vraagt Van Schaick zich af “of het procesmonopolie en gesloten stelsel van advocaten en de gebrekkige controle op kwaliteit die zij leveren - nog steeds – het juiste antwoord is op het probleem dat procederen nu eenmaal kennis en kunde vereist.” Hij onderschrijft “dat verplichte rechtsbijstand op zichzelf van groot belang is”, maar ziet “meer in een systeem dat opener staat voor aspirant-rechtshulpverleners, mits aan hen strikte kwaliteitseisen worden gesteld die beter worden gecontroleerd door een ander – onafhankelijk orgaan – dan de Nederlandse Orde van Advocaten.”¹⁶

Hieruit spreekt minst genomen twijfel of advocaten en de Orde wel het verschil kunnen maken. De Orde probeert over de bühne te krijgen dat de advocatuur onderscheidend is vanwege kwaliteit en specialisatie. De balie zou door haar hoge organisatiegraad en toezicht ook beter dan anderen in staat zijn die kwaliteit te leveren. Een belangrijke kwaliteitsgarantie is de permanente

¹⁴ EHRM 24 nov. 1986, Serie A no. 109, Gillow (par. 69).

¹⁵ EHRM 19 december 1997, nr. 26737/95 (*Brualla Gomez de la Torre/Spanje*), par. 36 en 38; EHRM 22 maart 2007, nr. 59519/00, EHRC 2007/63 m.nt. F.J. Fernhout (*Staroszczyk/Polen*), par. 126.

¹⁶ *Asser Procesrecht/Van Schaick 2*, 2016/24.

opleiding; het behalen van voldoende punten. Advocaten doen ook aan *peer review*. Cassatieadvocaten dienen voor het behoud van hun aantekening vier cassatiedossiers per jaar te behandelen, waarvan er twee tot een uitspraak van de Hoge Raad moeten hebben geleid. Specialisatie wordt bevorderd door een op de website van de Orde voor een ieder te raadplegen rechtsgebiedenregister. De tijd van de advertentie in de Gouden Gids: “*Mr. Jansen, ook voor al uw reconventies*”, ligt definitief achter ons. Advocaten mogen maximaal drie specialisaties registreren. Voor iedere specialisatie moeten tien punten worden gehaald. Dus geen punten meer voor een cursus *mindfulness* of een cursus omgaan met lastige mensen. Jammer, want als deken kreeg ik vaak met lastige mensen te maken.

Is dit nou een *unique selling point*? Er zijn ook hele goede bedrijfsjuristen. Er waarom zouden andere juridische dienstverleners niet kwalitatief onderscheidend kunnen worden en toezicht op kwaliteit en de bevordering daarvan kunnen gaan organiseren? Misschien is de Orde nu nog wel onderscheidend. Maar op een gegeven moment, wanneer andere dienstverleners zich hebben ‘opgewerkt’, is dat in veel mindere mate het geval. En door steeds slimmere zoeksystemen zal de toegevoegde waarde van de advocaat ('ambachtelijk, excellent jurist') moeilijker worden herkend.

Rijp voor afschaffing dus. Dat zullen vooral zij zeggen die vallen over de laatste lettergrepen: monopolie. Voor de voorstanders van de vrijediensten-economie een gruwel.

In een NTBR-redactioneel met de titel “Weg met de advocaat”?, komt Van Schaick terug op de vraag of het procesmonopolie het juiste antwoord is op het probleem dat het voeren van een juridische procedure nu eenmaal kennis en kunde vergt.¹⁷ Dit naar aanleiding van het boek “Vorsicht Rechtsanwalt, Ein Berufstand zwischen Mamom und Moral”, van de Duitse onderzoeksjournalist Joachim Wagner.¹⁸ Daarbij zijn dezelfde kanttekeningen te plaatsen als bij Hiil: subjectieve beleving, gebrek aan empirische onderbouwing en de suggestie dat

¹⁷ NTBR 2018/36., afl. 9/10.

¹⁸ Joachim Wagner, Vorsicht Rechtsanwalt, Ein Berufstand zwischen Mamom und Moral, München: Beck 2014. De vindplaats en wat ik hierover verteld is ontleend aan de samenvatting in het Redactioneel (nu ik het boek zelf nog niet heb gelezen).

de gevonden misstanden symptomatisch zijn voor de staat van de gehele advocatuur. Maar er staan wel degelijk zaken in om nota van te nemen. Het gaat over hoge tarieven en declaraties van grote kantoren, ondermaatse kwaliteit en een verbeterde strijd om het bestaan aan de "onderkant" van de advocatuur. In Duitsland zijn heel veel advocaten: 160.000. Dat is 1 op 500 inwoners. Volgens Wagner leidt dat tot een ongezonde concurrentie om zaken en cliënten en tot armoede onder advocaten. Dit lijkt ook in België, dat dezelfde hoge advocatendichtheid heeft, het geval te zijn.

Advocaten die tijdens hun bezoek aan het huis van bewaring hun cliënten beloningen toezeggen als zij andere cliënten voor hen weten te werven. Of cliënten vangen door in de wachtkamer te gaan zitten of op de stoep te gaan staan van uitkeringsinstanties. Om dan vervolgens een zinloze procedure tegen de betreffende instantie te beginnen. Het deed mij denken aan een film, "The Verdict". Daarin speelt Paul Newman een aan lagerwal geraakte advocaat, die overlijdensannonces afspeurt, om vervolgens bij het sterfhuys aan te bellen en zich tijdens het rouwbeklag te presenteren als oude en vergeten vriend van de overledene. En de snikkende weduwe bij het afscheid zijn kaartje geeft en zegt dat hij kan helpen bij de problemen die ongetwijfeld wachten bij de verdeling van de enorme erfenis. Een *ambulance-chaser* met stijl, dat wel.

Wagner schrijft over nepsoematies, over het creëren van geschillen die er niet zijn of niet zouden mogen zijn, over het voeren van procedures die niet gevoerd hadden mogen worden. *Dead horses*. Geen "nee" kunnen zeggen omdat advocaten zich dat financieel niet kunnen permitteren.

Een monopolie is een situatie waarin een dienst door een beperkte groep wordt aangeboden. Waardoor de marktwerking wordt beperkt en de dienst te duur wordt. Maar hier lijkt iets anders aan de hand. Niet een beperkte groep, maar een te grote groep. Die gebruik maakt van het procesdomein en zijn kennisvoorsprong met het oog op het eigen belang en niet op dat van de cliënt. Prijsopdrijving? Bij te veel aanbieders lijkt eerder sprake van een "race to the bottom". De dienst is kwalitatief onder de maat. Ik zie het procesmonopolie dan ook niet zozeer als een markteconomisch, maar als een moreel probleem.

Van Schaick schrijft dat hij de door Wagner genoemde voorbeelden bij verschillende juristen heeft getoetst en hij heeft gehoord dat dit ook in Nederland voorkomt. Ik heb veel procesdossiers uitgeplozen. Als deken veel klachten en signalen over advocaten voorbij zien komen, gesprekken gevoerd met andere dekens, met rechters en met andere advocaten. Ik denk dat ik wel een beeld heb. Met de kanttekening dat meer onderzoek nodig is, kan ik een paar zaken wel bevestigen. Onnodige procedures, onvoldoende voorbereiding, onvoldoende bezinning en voorlichting aan de cliënt voordat aan de procedure wordt begonnen. Een gebrek aan analyse, aan oog voor verbinding van feiten met juridische grondslagen. Niet overtuigend. Niet concreet. Of overkill. Uit angst dat in het vonnis of arrest wordt overwogen dat niet aan de steplicht is voldaan, lijken processtukken steeds dikker te worden. Ik zie memories van meer dan 100 pagina's. Een hagel aan grieven die de samenhang van de zaak en het betoog versplintert. Processtukken waar de hele doctrine uit de handboeken en losbladige *copy/paste* is ingelast. Je moet de rechter wel bij de hand nemen. Zo niet dode, dan toch wel obese paarden. Je komt daarmee maar heel moeizaam vooruit. Niet om door te komen eigenlijk. Net als bij het aanhoren van te lange pleitnota's, die worden voorgelezen. Het pleidooi schaft zo zichzelf af.

Ik geloof niet dat dit allemaal opportunisme of geldbejag is, zoals in de voorbeelden van Wagner. Het is ook gebrek aan kennis en vaardigheid. En ik zie gelukkig ook - en veel vaker - meesterlijk en ambachtelijk proceswerk. Heldere stukken. Goed doortimmerde juridische betogen, met creativiteit en lef geschreven. De voorbeelden hoe het niet moet zijn, denk ik, niet symptomatisch voor de Nederlandse advocaten. Maar dat ik weet ook niet zeker. En dat is ook niet van belang. Voor een geloofwaardigheidsprobleem is al genoeg dat de buitenwacht, de politiek, beleidsmakers, dénken dat dit zo is.

Ik zie niets in het openstellen van het procesdomein voor andere juridische dienstverleners. Dat lijkt mij het paard achter de wagen spannen. Ik zei zojuist dat het procesdomein geen economisch maar een moreel-ethisch vraagstuk is. Onderscheidend - wezenlijk - is dat advocaten zijn gebonden aan een plichtendeontologie. Hoe divers en heterogeen ook, het is een door de kernwaarden en gedragsregels gebonden en onderling verbonden groep. Met

een toezichthouder. Onderworpen aan onafhankelijke tuchtrechtspraak. En dus geen slager die zijn eigen vlees keurt. De tuchtrechters zijn kwaliteit veel inhoudelijker gaan toetsen. Schiet de advocaat daarin structureel tekort, dan volgt schrapping. En ook - en al eerder - bij integriteitsfalen.

Zie ik het goed, dan is ook Van Schaick na lezing van het boek Wagner geen voorstander meer van openstelling. Hij schrijft – en ik onderschrijf - dat het een maatschappelijk belang is dat het aantal advocaten in verhouding staat tot de werkelijke behoefte aan juridische bijstand. Daarom zouden al bij de toetreding hoge kwaliteitseisen moeten worden gesteld. Hoewel de advocatendichtheid de helft is van die in Duitsland, lijkt dit een pleidooi voor *minder* advocaten. Voor een het staatsexamen naar Duits voorbeeld of een *bar exam* bestaat geen draagvlak. In de nieuwe beroepsopleiding komt wel een entréetoets of diagnostische toets vooraf. Aan het niet behalen daarvan, zijn geen consequenties verbonden. Idealiter zal bij een zwaar tegenvallende diagnose betrokkene zelf de conclusie trekken dat het beter is een ander beroep te kiezen. Ik kan mij ook voorstellen dat een kantoor in dat geval geen stageplek aanbiedt.

Een stap in de goede richting is dat “procesrecht” nu apart als specialisme kan worden vermeld in het rechtsgebiedenregister. Tenminste, als je dan maar niet gaat denken dat als je 10 opleidingspunten haalt, je jezelf specialist kunt noemen. Het is maar een begin, een minimumvoorwaarde. Kennis en het bijhouden daarvan is belangrijk, maar het gaat bij specialisatie vooral om *kunne*, opgedaan door *ervaring*. Ik zou er daarom – net als Van Schaick - voor willen pleiten dat de advocaat die zich in het rechtsgebiedenregister en op zijn website als procesadvocaat afficheert, zijn *kunne* zal moeten aantonen aan de hand van behaalde vliegreun, net als dat thans van cassatieadvocaten wordt verlangd. Men zou kunnen beginnen met het invoeren van dit systeem voor het hoger beroep en dat vervolgens kunnen uitrollen naar de eerste aanleg. Ik zou ook voorstander zijn van een verplichting tot vooraf schriftelijke advisering over de proceskansen, zoals nu het geval is in cassatie.¹⁹ Dat dwingt de advocaat om met zijn cliënt goed onder ogen te zien wat nodig en haalbaar is, waar het de feiten betreft en ook de mogelijkheden hiervan bewijs te leveren.

¹⁹ Zie art. 7.6 Verordening op de advocatuur.

Het maakt mogelijk dat de advocaat dit achteraf kan verantwoorden²⁰. Het ontwerp voor het nieuwe bewijsrecht, met zijn nadruk op pre-processuele bewijsvergaring en bewijsverrichtingen zal de behoefte hieraan die advisering alleen doen toenemen. Kortom: de procesadvocaat, maar dan anders. Het zal de motivatie voor het ambachtelijke vergroten en de drang om te excelleren bevorderen. Exclusiviteit niet in de betekenis van uitsluiting, maar in de positieve zin van onderscheidend.

De terugkeer van de pleiter? Ja, ook nu het pleidooi is afgeschaft. KEI is ontworpen als een afdoeningsmodaliteit voor bulkzaken. Maar er is maatwerk mogelijk, zo is ons steeds voorgehouden. Maar dan moeten er wel eenvormige criteria worden ontwikkeld om vooraf te bepalen of de zaak daarvoor in aanmerking komt, zodat partijen weten wat ze kunnen verwachten. Net zoals vooraf duidelijk zal moeten zijn of er wel of niet mag worden gepleit, en zo ja hoe lang, en of wel of geen spreekantekeningen mogen worden overgelegd. De rechtspraak is er sinds de invoering van de standaard comparitie na antwoord in 2003 niet in geslaagd hierin één lijn te trekken.

Ik ben tegen het afschaffen van het verbod in art. 24 Rv. van aanvulling van de feitelijke grondslag. Hoezeer ik mij ook kan voorstellen dat een rechter bij een falende advocaat diens cliënt uit de brand wil helpen. Als de rechter deze vrijheid van de wetgever krijgt, wanneer maakt hij daar dan wel en wanneer geen gebruik van? En als dan in cassatie geklaagd wordt dat de rechter dat niet heeft gedaan, wordt de Hoge Raad een derde feitelijke instantie. Dat middel is erger dan de kwaal. Het lijkt mij beter dat de rechter in zo'n geval gewoon zegt waar het op staat: dat de zaak ook anders had kunnen worden beslist als de advocaat het juiste argument had aangevoerd. Dan kan de cliënt daarmee naar de deken. Of beperk die afschaffing tot kleine zaken, zonder verplichte procesvertegenwoordiging. Zoals de zaken voor buurt-, regel en onlinerechters waarmee thans wordt geëxperimenteerd. Ik ben met Vranken en Snel van mening dat daarin – en niet in mediation als rechtspraak - de oplossing voor

²⁰ Waarmee klachten en beroepsaansprakelijkheidsprocedures kunnen worden voorkomen.

het door Hiil gesignaleerde problemen moet worden gezocht. En kan worden gevonden.²¹

Waar toe zijn advocaten op aarde? Om het verhaal en het standpunt van zijn cliënt te vertalen naar rechtens relevante argumenten. De advocaat wederpartij doet hetzelfde voor zijn cliënt. Het burgerlijk recht is een discursieve grootheid. Lowik Eykman, advocaat op dit kantoor toen ik hier als stagiaire begon en voor mij en voor velen anderen een iconisch voorbeeld van de pleiter²², had een gevleugelde uitspraak, die mij altijd is bijgebleven: “wie men respecteert, die spreekt men tegen.” Door de confrontatie van standpunten en argumenten, wordt een betere, op het geval toegesneden oplossing gevonden. Wordt de regel toegepast alsof de rechter hem in het voorliggende geval zelf uitvond.²³

Met een tournooi is niets mis, mits het deskundig, doelmatig en met een scherp oog voor de spelregels wordt gevoerd. Niet om het spel en ook niet om de knikkers, maar om het beste voor de cliënt. Dat kan niet aan anderen dan aan gespecialiseerde procesadvocaten worden toevertrouwd.

²¹ Zie daarover E. Mak, ‘De spreekuurrechter: een nuttige innovatie?’, *Ars Aequi*, april 2017, p. 291-299, die vindt dat de proef potentieel heeft, maar ook kritisch moet worden bekeken vanwege het risico van een te grote instroom van zaken die bij de rechter niet thuishoren.

²² Zoals in zijn bijdrage met de titel ‘Procederen’ voor het hiervoor in voetnoot 6 genoemde themanummer en in zijn causerie, vele malen gehouden voor destijds de introductie-cursus advocatuur voor stagiaires te Woudschoten (gepubliceerd in het *Advocatenblad* 61-2, 23 januari 1981, p.36 onder de titel ‘Stijl en omgangsvormen: een typologie voor advocaten’).

²³ Ontleend aan de Franse filosoof Jacques Derrida. In: *Kracht van wet, het ‘mystieke fundament van het gezag’* (1994), Agora-Kampen, p. 69: “*Om rechtvaardig te moeten zijn moet, bijvoorbeeld, de beslissing van een rechter niet alleen een rechtsregel volgen of een algemene wet, maar moet zij deze aanvaarden, goedkeuren, er de waarde van bevestigen, door een interpretatieve daad die opnieuw sticht – desnoods alsof de wet van tevoren niet bestond, alsof de rechter haar bij ieder geval zelf uitvond.*” Ik las nooit eerder zo’n fraaie en doeltreffende definitie van wat volgens mij rechtspraak is en moet zijn.

