

Het ambt van notaris: Relict uit tijden van voor de grondrechten? *

Eigenlijk een onbestaanbaar iets: dat een niet-notaris voor een gehoor van louter notarissen in deze zaal over het notariaat moet spreken. Hij heeft nog niet eens vanuit het gezichtspunt van de cliënt iets belangrijks te melden, want zijn schat aan eigen ervaringen is even gering als de omvang van zijn onroerendgoedtransacties. Ook is de behoefte nog niet in hem ontwaakt, bij elke nieuwe maan zijn testament te wijzigen. Maar de Vereniging voor het Rijnlands Notariaat heeft hierin geen les nodig. Zij is zelf volledig verzadigd aan beroepsrechtelijke competentie en aan beroepspraktische ervaring. Zij nodigt dan ook de hoogleraar in het staatsrecht uit voor een onderwerp van geheel andere aard, namelijk om licht te werpen op een staatsrechtelijke categorie, die aan elke beroepsrechtelijke regeling en praktijk voorafgaat, zonder welke echter recht en praktijk van de notaris niet denkbaar en niet houdbaar zouden zijn: de categorie van het openbare ambt.

I. Staatsrechtelijke categorie in het recht van het vrije beroep

De Bundesnotarordnung [Duitse Federale Wet op het Notariaat] eigent zich de categorie toe, door de notarissen als „onafhankelijke bekleder van een openbaar ambt“ voor de schriftelijke vastlegging van rechtshandelingen en voor andere taken op het gebied van de voorzorgende rechtspleging te karakteriseren (§ 1 BNotO). Het openbare ambt geeft

* Voordracht op de jaarvergadering van de vereniging voor het Rijnlands Notariaat op 8 november 2008 in Bonn.

geen beroepsspecifieke eigenschap van de notaris aan. Veeleer grijpt de Bundesnotarordnung terug op een algemeen begrip in het staatsorganisatierecht en koppelt het vrije beroep daaraan.¹

Een anomalie! Vanuit het gezichtspunt van het staatsorganisatierecht lijkt de zelfstandige uitoefening van een openbaar ambt in tegenspraak met de eenheid van het staatsgezag, een onrechtmatige aanspraak op een staatspositie van de zijde van privépersonen. Omgekeerd werkt het openbare ambt in het recht van de vrije beroepen als vreemd element. Aan twee kanten doen vanouds naarstige juristen met vlijt en drang tot consequentie hun best, de anomalie weg te werken en alles, was niet in hun simpele systeem past, uit de weg te ruimen. De ene groep wil het notariaat inlijven in de openbare dienst. De andere wil het losmaken uit zijn gebondenheid aan het ambt, vrijlaten in de onbeperkte grondrechtelijke vrijheid en de notaris als beroep als ieder ander in de concurrentiemaatschappij behandelen. De laatste trend sluit aan bij de tijdgeest, waaraan zin en structuur van het ambt vreemd zijn geworden en nog slechts overblijfsel lijken van een voormoderne, autoritaire orde, die de vrijheidlievende, moderne wereld ontgroeid is.

De onenigheid kan vooreerst in het midden worden gelaten. Ons onderwerp houdt afstand van de concrete beroepsrechtelijke regelingen en van problemen, die zij opwerpen. De rechtsfiguur van het openbare ambt ontstijgt het beroepsbeeld van de notaris. Zij heeft haar plaats op hoog abstractieniveau van het staatsrecht. Evenwel zal blijken, dat met de rechtsfiguur van het openbare ambt het beroepsbeeld van de notaris staat of valt.

II. Wat is een ambt?

Het ambt is de kleinste eenheid van de staatsorganisatie. De staatsorganisatie bestaat uit rechtspersonen en haar organen, deze op hun beurt uit overheidsdiensten en hun afdelingen, alle geledingen en ondergeledingen maar uiteindelijk uit ambten. Het ambt duidt dat deel van de taken en bevoegdheden van de staat aan, dat aan een natuurlijke per-

soon, de ambtsdrager, ter uitoefening is opgedragen: zoals de portefeuille aan de minister, het werkterrein aan de beampte, het beslissingsbevoegdheidsgebied aan de rechter. De mogelijke omvang van het ambt wordt begrensd door de handelingscapaciteit van de enkeling. In het ambt wordt het geheel van de staatactiviteit gereduceerd tot een pensum, dat is aangepast aan de werkkraft van het individu en aan zijn bekwaamheid om persoonlijke verantwoordelijkheid te dragen.

Het ambt is intermediair tussen de abstracte grootheid van de staat en de concrete mens. De laatste geeft het de volmacht, te handelen in naam van de statelijke algemeenheid. De eerste rekent het ambt bij het ambtshandelen van de ambtsbekleder en maakt het los van diens persoon, van diens motivatie en stemming. Het constitueert de werkzaamheid van de staat, die als rechtspersoon slechts via natuurlijke personen kan optreden. Het ambt transformeert individueel handelen in staatshandelen en verschaft het bindende rechtskracht. Deze vloeit voor de belastingaanslag of voor het strafvonnis niet voort uit de wil van de betreffende handelende persoon, maar uit de rechtsorde, die hem daartoe machtigt. De ambtelijke bevoegdheden breiden niet de private handelingsspeelruimte van de ambtsbekleder uit. Überhaupt komen die hem niet als privépersoon toe, ook niet als staatsburger, maar uitsluitend als drager van staatsgezag, waarvan hem uit hoofde van het ambt een segment ter uitoefening is toevertrouwd. De bevoegdheden van de staat naar buiten toe moeten vanuit het oogpunt van de ambtsdrager worden gezien als officiële plichten die moeten worden nagekomen. Hij handelt als lasthebber van de statelijk georganiseerde, juridisch gereguleerde algemeenheid. Derhalve dient hij zijn ambt in het belang van de lastgever uit te oefenen.

„Ambt“ wordt hier begrepen in de functionele zin als segment van staatstaken.² Geen aandacht wordt geschonken aan de andere betekenissen, die het woord in de rechtstaal ook heeft gekregen:³

- als de opdracht van een institutie (het „ambt“ van de staat of de kerk);
- als de dienstrechtelijke status van de natuurlijke persoon: de juridische status van de beampte voor het leven of van de rechter („ambt“ in de dienst- of statusrechtelijke zin);⁴

- als dienstbetrekking of formatieplaats van de publieke werknemer („ambt“ in de begrotingsrechtelijke zin);
- als overheidsdienst (belastingdienst) of
- een thans niet meer gebruikelijke betekenis, als bestuursdistrict, aan het hoofd waarvan vroeger een ambtman stond, of als rechtsgebied, waarbinnen een gerecht van eerste aanleg bestond.⁵

Het ambt in de functionele zin is als vorm van bevoegdheid te duiden. De bevoegdhedenstructuur dekt het terrein van de taken en bevoegdheden van de staat, verkavelt ze en omschrijft ze met de middelen van het recht. Ze deelt de kavels toe aan de bovenindividuele handelingseenheden van de federale, decentrale staatsorganisatie met scheiding der machten, waarbinnen de afzonderlijke ambten, waaruit ze bestaan. De staatsactiviteit wordt daarmee juridisch gedefinieerd en opgedeeld.

Als organisatierechtelijke categorie dient het ambt voor een rationele arbeidsverdeling. Het zorgt voor transparantie en maakt controle mogelijk. Op het principe van het ambt berust dat van de scheiding der machten, die het ambtswezen naar de basisfuncties van de staat vormgeeft en onderverdeelt. Via het medium van het ambt wordt de staatsmacht uit de aggregatietoestand van de macht in die van het recht omgezet. Zij wordt daarmee bestanddeel van de rechtsordening. Het ambt doet zich aan de bekleeder ervan voor als een bestel van plichten. Het ambtssysteem wordt bestuurbaar voor de doeleinden van de sociale rechtsstaat en democratisch legitimeerbaar vanuit de wil van het volk. Het laat zich in dienst van de wet plaatsen, waaraan het zich bindt en die het voltrekt. Het formeert zich volgens de structureisen van het parlementaire regeringssysteem, de machtenscheiding en het federalisme. Via het medium van het ambt verandert de heerschappij van de mens in de heerschappij van het recht.

III. Historische basis

Een zodanige bevoegdheidsordening is, historisch gezien, alles behalve vanzelfsprekend. Zolang de veelheid van de staatsmacht gebundeld was in de persoon van een soeverein, kon het ambtsprincipe geen effect sorteren. Eerst moest achter de persoon van de

monarch de rechtspersoon van de staat worden waargenomen, die de monarch zijnerzijds als orgaan diende: „slechts als de eerste dienaar van de staat“, zoals Frederik de Grote het zag, als „de eerste rechter, de eerste veldheer, de eerste belastingambtenaar, de eerste minister van de gemeenschap ..., niet om hem te vertegenwoordigen, maar om zijn plichten te vervullen.“⁶ Het ambt is zijn bekleder gegeven zoals het is. Hij kan er niet over beschikken, veeleer moet hij het dienen. Hij is beheerder, niet eigenaar. In het ambt wordt de veelheid van de heerschappij over verschillende schouders verdeeld. „Het ambt“ in het enkelvoud is een abstractie. Werkelijk wordt het slechts in het meervoud.

In de rechtsfiguur van het ambt wordt het republikeinse principe belichaamd: dat de uitoefening van de staatsmacht alleen legitiem is, wanneer en voor zover zij uitsluitend bestemd is om het welzijn van het algemeen te dienen, dat zij haar rechtvaardiging verliest, indien zij in het speciale belang van haar bekleder van het ogenblik, van zijn partij of zijn clientèle wordt toegepast. Het ethos van het algemeen belang constitueert sinds Aristoteles de „goede“ staatsvormen, of die nu monarchaal, aristocratisch of democratisch zijn.⁷ De staatsgemeenschap is er om wille van het volk: *res publica res populi*.⁸ In het ambtenstatuut van de Romeinse republiek neemt het abstracte principe concrete staatsrechtelijke vorm aan. Het ethische continuüm van Europa in de afwisseling van zijn politieke tijdperken komt tot uitdrukking in het begrip van de republiek. De ethische betekenis van republiek wordt evenwel in de 18e en 19e eeuw in toenemende mate verdrongen door het polemische begrip van de afwijzing van de erfelijke monarchie; met de afschaffing schijnt het begrip van de republiek tegenwoordig zijn zin verloren te hebben. In werkelijkheid wordt echter het zicht weer vrij op de tijdoverkoepelende, ethische betekenis: dat de staatsmacht voor het volk dient te worden uitgeoefend.⁹ Het republikeinse doel van de staat vult het democratische legitimatieprincipe aan, dat de staatsmacht van het volk uitgaat.

De kerk eigent zich de erfenis van de Romeinse republiek toe. Zij vestigt haar organisatie op het principe van het ambt en krijgt daarmee een rationeel statuut.¹⁰ Het ambt is onafhankelijk van het charisma van zijn specifieke drager. Ambt is een tegenovergesteld begrip van charisma: de buitengewone eigenschap van een persoon, haar

specifieke uitstraling, de spontaneïteit van haar ingevingen. Charisma is niet te plannen en niet af te dwingen, wel echter de uitoefening van een ambt. Dit volgt normale verwachtingen over het gedrag van de ambtsbekleider en juridisch gestandaardiseerde plichten. De ambtsbekleider is vertegenwoordigbaar en vervangbaar. Daarentegen waait de geest, die het charisma schenkt, waar hij wil. Het ambt kan door het persoonlijke charisma van zijn bekleider tot de hoogste graad van werkzaamheid geraken en zonder charisma uitdrogen. Het charisma kan evenwel het ambt niet verdringen en niet aflossen. Het canonieke recht past het ambt aan de kerkelijke behoeften aan, sanctioneert het, voert het tot de hoogste ethische alsmede rechtelijke consequentie en geeft het juridische afwerking. De vele verschillende kerkelijke ambten voegen zich tot het geheel van de hiërarchie. Hoe hoger het ambt, des te verstrekkender de eisen aan zijn bekleider, zijn gehele kracht aan het ambt te wijden en af te zien van private levensvervulling. Daarin is de zin van het celibaat gelegen. Het afzien van de priesters van huwelijk en familie schakelt een mogelijkheid van concurrentie en conflict tussen ambtelijke en persoonlijke belangen uit. Het ambt is niet te koop en het is niet erfelijk; de tendentie naar erfelijkheid, die zich voor het seculier-monarchale ambt doorzet, weert het celibaat reeds. Het canonieke recht definieert ook klassieke elementen van het ambtsmisbruik: de simonie, het te koop zijn van het ambt, en het nepotisme, de patronage van ambten. - Het politieke gemenebest is gebaseerd op andere wetten dan die van het ambt, grondheerschappij en leenstelsel. In de mate, waarin echter de staat zich vanaf het begin van de nieuwe tijd daarvan losmaakt, zichzelf volgens rationele criteria organiseert, rechtsstatelijk en democratisch geregeld, onderwerpt hij zich aan het principe van het ambt, dat hij nu van zijn kant aan zijn seculiere doeleinden en behoeften aanpast.

IV. Ethos van het ambt

1. Regulatieve idee van het algemeen belang

Het ambt is gericht op het algemeen belang - maar wat is het algemeen belang? Zeker geen kant-en-klaar programma om te handelen en geen dienstvoorschrift voor het specifieke geval. Veeleer een regulatieve idee, die het politieke discours en het politieke han-

delen leidt. Wat het algemeen belang vereist, wordt geconcretiseerd volgens de competentie- en procedureregels van de democratie met scheiding der machten. De eerste greep erop heeft de wetgever. De algemene wet legt het bestuur en de jurisdictie de doeleinden en taken op. De bestuursambtenaar en de rechter kunnen de wet niet opzij schuiven, om rechtstreeks op de idee van het algemeen belang terug te grijpen en hun eigen ideeën over wat het vereist, door te zetten. Maar daarom wordt dit regulatief voor hen niet belangloos. Het leidt de toepassing van de wet en het wordt steeds direct werkzaam, voor zover zij over eigen beslissingsbevoegdheid beschikken. Eigen beslissingsbevoegdheid omvat ook de wetsvoltrekking. Want de wet legt zich niet zelf uit en zij past zich niet zelf toe. Zij heeft de creatieve bemiddeling door de uitlegger nodig. Diens activiteit is geen mechanisch gebeuren. Zij wordt door juridische methoden niet toereikend gedetermineerd. Juist daarom schuilt in de competentie tot rechtstoepassing een moment van macht en daarmee het gevaar van willekeur. De macht van de rechtsuitlegger kan van haar kant niet definitief juridisch binden, maar wel verlangt ze naar ethische binding.¹¹ Deze vindt plaats door het ethos van het ambt.

Dit laat zich het duidelijkst in zijn negatieve werking zien, als het verbod om zelfzuchtige motieven en zulke die een groep dienen in de ambtsuitoefening in te brengen, in de afwijzing van eigenbelang en groepsbelang, aan partijdigheid. Kort en kernachtig komt het ethos van het ambt tot uitdrukking in een inscriptie in het rectorenpaleis van de voormalige stadsrepubliek Ragusa, boven de deur, die naar de raadzaal leidt: „Obliti privatorum/publica curate.“ Vrij vertaald: „Laat uw privébelang buiten achter, bedekt ze met de sluier van het niet weten, zorgt uitsluitend voor het publieke welzijn!“

Het ambt biedt institutionele bescherming tegen de invloed van particuliere belangen op het staatshandelen. Als deel van de staatsorganisatie is het onafhankelijk van verbanden, groepen, leidende figuren van de spontane democratie. Het waarborgt de staatsbeleidsmaker distantie tot de betrokkenen en tot de belanghebbenden, die hem door druk of omkoping meegaand willen maken. De opheffing van de distantie, de verstrengeling met partij, vakbond, klik, clan corrumpeert het ambt. Het ambt veroorlooft en duldt geen concurrerende loyaliteit. Negatief gezien verlangt het ambt externe en interne onafhankelijkheid van alle buitenstatelijke, particuliere machten, die streven

naar invloed op de ambtsuitoefening. Deze heeft de onbevangenheid van de ambtsbekleder nodig. Waar het gevaar of ook maar de gegronde schijn van bevangenheid bestaat, dient hij zich verre te houden van de beslissing. Omgekeerd in positieve zin, verlangt het ambt trouw van de lasthebber aan de lastgever, de gemeenschap. Een wezenlijk onderdeel daarvan is in de constitutiestaat de trouw aan de grondwet. Wat de plicht tot trouw de afzonderlijke ambtsbekleder in de concrete situatie gebiedt, valt niet van tevoren te definiëren, vooral niet voor de ambten van de politieke leiding in parlement en regering. De ambtsverplichtingen onttrekken zich überhaupt aan definitieve verrechtelijking. Ze zijn naar hun wezen ethisch van aard. Ook in zoverre ze normatief geregeld zijn zoals in de ambtenarenwetten, blijft er een overblijvende ethische aanspraak bestaan.

Socialistische ideologen zien de aanspraak van het ambt en de idee van het algemeen belang eenvoudigweg als onrealiseerbaar: een zelfbedrog van het politieke systeem. In plaats ervan proclameren zij openlijke partijdigheid: de „socialistische wettelijkheid“.¹² Deze maxime maakt het staatsapparaat onderworpen aan de totalitaire machtswil van de socialistische monopoliepartij. Ze verandert het recht in haar instrument en onttrekt haar van haar kant aan de geldigheid ervan. In haar manifesteert zich het rechtsnihilisme van het destijds reëel bestaande socialisme. Dit echter belichaamt de fundamentele afwijzing van de instellingen van de rechtsstaat en van de idee van het algemeen belang. Het socialisme was het uitbreken uit de Europese traditie in fundamentele barbarij.

Das ambt mag echter niet eenzijdig onder ascetisch aspect worden gezien. In het ambt wordt voor de bekleder ervan een stuk publieke macht ontsloten, rechtelijk gebonden en begrensde macht, maar toch bepaaldelijk macht. De uitoefening is prikkel en beloning voor degene, die zich aan de last van het ambt onderwerpt. In plaats van over macht kan men ook spreken van de verantwoordelijkheid voor de gemene zaak, die sterke naturen aantrekt en bangelijke verlamt. Met het ethos van het ambt correspondeert het legitieme plezier in het ambt.¹³

2. *Kern van het ambtsethos: Afwijzing van corruptie*

Al mag het beeld van het ambt thans verbleekt zijn - *een* ambtsplicht is in het algemene rechtsbewustzijn levend gebleven: het verbod, dat een ambtsdrager zich persoonlijk of de partij, waartoe hij behoort, uit de openbare kas financieel verrijkt. Hierbij gaat het niet alleen om omkoping in de enge strafrechtelijke zin, maar veeleer om corruptie, die niet als strafbaar feit scherp af te grenzen is: om ambtsmisbruik voor zelfzuchtige economische doeleinden. Het verbod heeft niet alleen betrekking op ambtenaren, rechters en overige ambtsdragers, die aan bijzondere straf- en disciplinaire voorschriften onderworpen zijn. Het ziet ook op de afgevaardigden, die volgens een ingeburgerd geraakt, tot misverstand aanleiding gevend spraakgebruik een mandaat, maar geen ambt hebben. Weliswaar fungeren ze niet als ambtsdragers in de strafrechtelijke zin, maar wel zijn zij onderworpen aan parlementaire gedragsverplichtingen, om eventuele beroepsmatige en andere belangenverstrengelingen te melden, giften te legitimeren en geen schenkingen aan te nemen, die hen in hun ambtelijke bezigheden voor de belangen van de gever meegaand zouden maken.¹⁴ Bij de verdenking van corruptie kloppen de reflexen van de publieke moraal. In dit opzicht blijkt het ambtsethos zo vitaal en deugdelijk als ooit als maatstaf voor publicistische verontwaardiging en als een morele brandhaard, waarmee politieke schandalen kunnen worden ontstoken.

Waar ethos is, is er ook huichelarij. Het beroep op het algemeen belang en op de verplichtingen van het ambt verbloemt in de staatspraktijk niet zelden zelfzuchtige en partijdige motieven. Maar de huichelarij bevestigt tegen wil en dank de macht van de idee, door zich aan de rechtvaardigingsdwang te onderwerpen, die er van uitgaat. Ook onder de auspiciën van een partijdemocratie waagt geen parlementaire meerderheid en geen regering het om publiekelijk te erkennen, dat zij met hun wetten en maatregelen slechts hun clientèle wilden bedienen; in tegendeel: ook al streven zij dat na, zij kleden hun voornemen in een manteltje van dienst aan de gemeenschap. In de huichelarij betaalt de ondeugd van de corruptie de deugd van het ambt zijn tol.

V. Termenwisseling

- Functie in plaats van ambt

Het spraakgebruik neigt ertoe, het traditionele begrip van ambt te vervangen door het moderne van functie.¹⁵ Daarmee verschuiven de accenten. Weliswaar heeft het ambt betrekking op een bepaalde functie, maar niet elke functie verloopt via een ambt. Ze vormt veeleer een categorie van formele organisatie, die van haar kant zowel in het publieke als in het private domein haar plaats kan hebben. Ze heeft niet specifiek betrekking op de staat.

Functie is een technische categorie. Functie verlangt technische bekwaamheid, maar geen ethische inspanning. Wie een mechanisme in gang houdt, hoeft zich er niet innerlijk mee te identificeren. Hij is er geen trouw aan verschuldigd. Veeleer dient hij ervoor te zorgen, dat het storingvrij werkt. De storing is een technische panne, geen rechtsschending. De categorie van de functie ligt buiten het juridische niveau van recht en onrecht, maar ook buiten de politieke onderscheidingen van regering en oppositie, consensus en conflict, van vriend en vijand, legaliteit en revolutie. Doel is efficiëntie, maar niet algemeen belang. Onder deze voortekenen wordt de moeilijke vraag naar de legitimatie van de staat eenvoudiger. Als systeem is hij legitiem, doordat en in zoverre hij functioneert. De categorie van het ambt, schijnt het, past niet meer in deze context.

Deze vaststelling ligt in lijn met het thans gangbare begrip van de staat als dienstverlenende onderneming, die zich alleen nog kwantitatief van private ondernemingen onderscheidt. Het komt volledig overeen met het beeld van de „technische staat“, zoals Helmut Schelsky het tekent: een staat, waarin de politieke behoefte aan beslissingen en gehoorzaamheid trendmatig opgevolgd wordt door functiewetmatigheid. De traditionele zinvragen naar het wezen van de staat vervielen onder de situationeel bepaalde dwang van de technische middelen, die onder de maxime van een optimale functionaliteit en prestatievermogen bediend wilden zijn.¹⁶ Staatsdiensten laten zich door accountantsbureaus beoordelen inzake de vraag, of bestuur en justitie, strafvoltrekking en politie, school en universiteit voldoen aan de regels van bedrijfseconomische efficiency en kostenberekening, en proberen

ambtsbewustzijn van de openbare dienst door managementoptreden te vervangen. Sinds de globale financiële crisis is uitgebroken en de banken hun toevlucht onder de vleugels van de staat zoeken, is het vertrouwen in bedrijfseconomische recepten evenwel aangetast en het politieke systeem begint te herstellen van zijn bangelijkheid.

Geen twijfel: de moderne staat is vanuit zijn functies te begrijpen. Maar deze zijn niet alleen van technische aard. Het maakt een wezenlijk verschil, of het gaat om het runnen van een computerinstallatie of om dat van een openbare school, of er een vliegtuig bestuurd moet worden of het schip van staat. Wetgeving en regering, bestuur en rechtspraak hebben hun eigen functionele wetmatigheid. Deze determineert de uitoefening van de functie echter niet definitief. Zij betekent, ongeacht alle situationeel bepaalde dwang, altijd ook beslissing. Hierin echter ligt macht van de beleidsmaker over anderen. Voor macht is binding aan het recht nodig. Maar het recht heeft van zijn kant, om toepasbaar te worden, de analyse door uitleg nodig, die op zijn beurt voor degene, die daar autoritatief voor zorgt, een stuk macht betekent. Macht moet onder de voorwaarden van de vrijheid instemming kunnen krijgen. De grondwet ziet de democratische legitimatie door de wil van het volk voor, die gekanaliseerd door vertegenwoordiging en deling der machten tot de staatsbeleidsmakers komt. Rechtelijke legitimatie alleen is niet voldoende. De staatsactiviteit is aangewezen op existentiële legitimatie, die vanuit het fundamentele vertrouwen van de burgers blijkt uit de integriteit van de personen die voor de staat actief zijn. De garantie van integriteit wordt tot stand gebracht door het ambt. Dit zorgt voor de betrouwbaarheid van het handelen van de staat door verplichtingen, die verder gaan dan correcte functie-uitoefening, om het succes van de functie mogelijk te maken. Als these kan overeind blijven, dat het ambt bestaat omwille van de functie. Maar het gaat niet op in de functie.

In vroegere dagen werd het functieoverstijgende deel de waardigheid van het ambt genoemd. Waardigheid verlangde respect. Maar deze claim richtte zich niet zo zeer tot het publiek als tot de bekleeder van het ambt zelf: hij diende zich in overeenstemming met de waardigheid van het ambt te gedragen. „ambt en waardigheid“ behoorden vanzelfsprekend bij elkaar. Thans wordt de zegswijze hoogstens nog ironisch gebruikt. De ambtsbekleders hebben de waardigheid, die de persoon met het ambt toekwam, afgelegd

als een uit de mode geraakt jacquet. Dat geldt vooral voor de bekleeders van hoge politieke ambten, sinds bondskanselier Brandt in een duidelijke toespeling op zijn voorganger Kiesinger in zijn eerste regeringsverklaring verkondigde, dat de mensen geen behoefte aan gemaakte waardigheid voelden. Sindsdien neigt menig politicus in het staatsambt ertoe, zich onwaardig aan te stellen.

VI. Poleofobie

De Duitsers proberen, de categorie van het openbare ambt te verdringen, zoals ze überhaupt de statelijkheid van de staat na traumatische ervaringen proberen te verdringen. Dat wordt bijzonder duidelijk in de instelling jegens het prototype van de ambtsdrager, de ambtenaar. Diens beroepsbeeld staat in schril contrast met de thans gangbare job mentaliteit, waarvoor arbeid verder niets betekent dan een middel om geld te verdienen, wie de categorieën van verantwoordelijkheid en trouw vreemd zijn, eveneens de toewijding aan de zaak en de duurzame binding. Het beroepsbeeld van de ambtenaar onderscheidt zich ook wezenlijk van de gebruikelijke beroepsbeelden van de handelsmaatschappij, vooral van dat van de werknemer. Diens status komt overeen met het ideaal van de staat als dienstverlenend bedrijf. Inderdaad doet dit sinds het begin van de 20ste eeuw de ambtenaar met toenemend succes concurrentie aan. Het arbeidsrecht, dat uit het particulier bedrijfsleven en haar belangentegenstellingen voortkomt, wordt mechanisch uitgebreid tot het openbaar bestuur, de staat als een privéondernemer en de uitoefening van een ambt behandeld als werk als elk ander. De ambtelijke rechten en plichten worden tussen uitvoerende vertegenwoordigers van de staat en vakbonden geregeld door een cao en, als het al gebeurt, slechts oppervlakkig aangepast aan de bijzondere eisen van het openbare ambt. Het idee van trouw en de voorstelling van identificatie van de staatsdienaar met de zaak die hij bestemd is te dienen, liggen buiten de arbeidsrechtelijke horizon. In het ernstige geval van een arbeidsconflict gebruiken de publieke werknemers de hun opgedragen macht om het bestuur lam te leggen en zo hun zelfzuchtige salarisbelangen tegen de door de staat vertegenwoordigde gemeenschap door te zetten. Competitieve en antagonistische momenten dringen het principe van het ambt terug. De loyaliteit aan de staat, zo zij al onderwerp van het publieke arbeidsrecht mocht zijn,

wordt doorkruist door groepssolidariteit die door de vakbonden wordt gereguleerd. Verbazingwekkend is minder deze rechtssituatie dan de omstandigheid, dat noch de politieke openbaarheid noch de jurisprudentie daar aanstoot aan neemt. Hij biedt nog niet eens reden tot dieper nadenken over de breuk in het systeem van de constitutiestaat.

Ongelukkige vermengingen van ambtsprincipe en concurrentieprincipe doen zich voor in de publieke ondernemingen, provinciale banken en spaarbanken, die enerzijds de marktgerichtheid, anderzijds de bestuursrechtelijke wettigheid in acht moeten nemen en uiteindelijk beide als broedplaats van corruptie niet bereiken. De uitweg uit het dilemma kan alleen zijn, dat de staat zich beperkt tot de taken, die aan het ambtsprincipe voldoen, die echter, die de concurrentie verdragen, aan de markt over te laten, anders gezegd: voor zijn noodzakelijke taken ambtenaren in te zetten, waar die echter niet nodig zijn te privatiseren.

VII. Polariteit van staatsambt en grondrechtsvrijheid

Het ambt vormt de tegenpool van de grondrechtelijke vrijheid. Als handelende figuur van het staatsgezag is de ambtsbekleder verplicht de grondrechten in acht te nemen, niet gerechtigd tot grondrechten. Hij dient de grondrechtelijke vrijheid te handhaven en te beschermen. Juist daardoor heeft hij er geen deel aan. Daarin ligt geen tegenspraak met de grondrechten, maar een vereiste van haar mogelijkheid. Als zij van de kant van de burger als persoonlijke zelfbeschikking moeten worden gezien, dan aan de kant van de staat als institutionele gebondenheid. Met het subjectieve recht van de burger correspondeert de objectieve verplichting van de staat. Deze wordt juridisch gebonden, opdat de burger vrij zou zijn. Wie de juridische voorwaarden voor de vrijheid garandeert, mag zelf niet vrij zijn. Als ook de staat zich op de grondrechten zou kunnen beroepen, zou haar werking voor de burger geneutraliseerd zijn, terwijl ze de staat de rechtstitel voor willekeur zouden leveren. Private vrijheid en openbaar ambt sluiten elkaar uit. Bijgevolg stellen de grondrechten voorop, dat hun adressaat als staat volgens het principe van het ambt georganiseerd is.

Zonder ambtenstatuut geen grondrechtelijke vrijheid. Deze eindigt voor het ambt en mag niet doorwerken op de uitoefening ervan. Ambtsplichten schermen het staats-handelen af tegen private motivatie en tegen particuliere invloeden. Ambt is fiduciaire dienst, niet zelfverwezenlijking:¹⁷ „obliti privatorum!“. In het ambt is er geen plaats om private doeleinden te verwezenlijken, ook niet eerezucht, ijdelheid, machtswellust of drang tot wereldverbetering op eigen houtje na te streven. Het ambt is geen object van private moraliteit. De ambtsbekleder, die uit persoonlijke bescheidenheid de openbare belangen, die hij dient door te zetten, achterstelt, schendt zijn plicht. Bescheidenheid is geen ambtsdeugd, evenmin als hybris. Het publieke dienstrecht probeert tussen de ambtsplicht van de ambtenaar en zijn persoonlijke verantwoordelijkheid voor zijn ambtelijk handelen een compensatie tot stand te brengen,¹⁸ kan echter de mogelijkheid van tegenstrijdigheid niet uit de wereld helpen.

De seculiere, liberale staat stelt geringere eisen aan zijn ambtsdragers dan de kerk. Hij verlangt niet het afzien van huwelijk en gezin, niet van private leefwijze naar eigen model, niet het afzien van eigenbelang en eerezucht op gebied buiten de dienst. Niettemin ontkomt ook hij er niet aan, een minimum aan ambtsascese te vergen. Wie een openbaar ambt op zich neemt, brengt zijn grondrechten niet in het ambt in, maar hij geeft ze daarmee niet op. Hij geniet in zijn private levenswandel, in zijn maatschappelijke werkzaamheid, in zijn activiteit als staatsburger dezelfde vrijheid als iedereen.¹⁹ Het deelhebben aan de grondrechten vergemakkelijkt de ambtsascese. Maar het juridische inzicht maakt haar moeilijker, omdat de verschillende juridische sferen in de praktijk niet altijd duidelijk te onderscheiden zijn. Afzonderlijke ambtsplichten, zoals die tot trouw aan de grondwet, zijn niet tot het bureau beperkt. De ambtelijke geheimhoudingsplicht geldt ook in het privéleven; ze eindigt niet met het ontslag uit het ambt. Het privégedrag mag er niet toe leiden, dat het vertrouwen van de gemeenschap in de integriteit van de ambtsuitoefening lijdt. De rechter, die zich buiten de dienst partijpolitiek manifesteert, moet ervoor zorgen, dat hij de betrokkenen bij de door hem geleide procedures geen reden geeft om aan de partijpolitieke neutraliteit van zijn beslissingen, haar uitsluitende gerichtheid op wet en recht, te twijfelen. Het is niet voldoende, dat zijn activiteit op zich correct is. Hij mag ook niet zonder noodzaak de schijn van incorrectheid wekken, die ergernis zou kunnen wekken en de openbaarheid zou kunnen irriteren. De

regel van het canonieke recht, dat zelfs de kwade schijn vermeden dient te worden („ut scandalum evitetur“),²⁰ geldt ook voor staatsambten, algemeen als ambtsethisch gebod, in bepaalde opzichten, zoals bij uitsluiting van vooringenomen rechters en bestuursdienaren van beslissingen, ook als rechtsgebod.²¹ De democratie creëert een bijzonder hoge graad van behoefte aan vertrouwen bij haar ambten. De rechtsstaat stelt zich er niet mee tevreden, het slachtoffer van een schending van de ambtsplicht achteraf het recht op vernietiging van de beslissing en op verhelpen en compensatie van de schade te geven. Hij biedt reeds preventieve bescherming en strekt de verplichtingen van de ambtsdrager ook uit over het voortraject door abstracte elementen van in gevaar brengen, die het ambtsvertrouwen van de burger en de onbevangenheid van de ambtsbekleder waarborgen. De scherpe scheiding van de rollen van de openbare ambtsbekleder en de private wordt ook bemoeilijkt door het feit dat een ambt, dat voorziet in handelen in eigen verantwoordelijkheid, van zijn bekleder meer vergt dan uiterlijke opvolging van rechtsvoorschriften en naleving van ambtelijke normen, dat correcte distantie niet voldoende is, dat het ambt van minister evenals van burgemeester, rechter en leraar gericht is op vereenzelviging met en hartstocht voor de zaak, de inzet van de gehele persoon.

VIII. Beroepsrechtelijk fundament

Het openbare ambt, dat als beroep wordt uitgeoefend, heeft een beroepsrechtelijk fundament nodig. Prototype van zo'n fundament is het ambtenarenrecht, dat zowel qua traditie als huidig model toegesneden is op de behoeften van het openbaar bestuur. Ambts- en dienstrechtelijke elementen zijn daarin tot spanningsvolle concordantie samengevoegd: de gebondenheid van de afzonderlijke ambtsbekleder aan de voorschriften en de persoonlijke verantwoordelijkheid voor de rechtmatigheid van de ambtshandelingen; de partijpolitieke neutraliteit van de ambtsuitoefening en de onafhankelijkheid van het politieke vertrouwen van de wisselende regeringen; de plicht tot onvoorwaardelijke dienstbereidheid, die staking uitsluit, en de gegarandeerde betrekking voor het leven; de plicht tot trouw van de werknemer en de zorgplicht van de werkgever; het salarisprerogatief van het parlement en de aan een grondrecht gelijkstaande garantie van het levensonderhoud in overeenstemming met het ambt. De traditionele instelling past zich flexi-

bel aan de structuren van de constitutiestaat aan, ze handhaaft de restrictie van de wet en het budgetrecht van het parlement, als zij daaraan de beslissing over de bezoldiging toekent en die aan de autonome cao onttrekt; zij maakt regeringswisseling volgens de regels van de parlementaire democratie mogelijk, omdat zij de politieke identificatie met een bepaalde regering afwijst en dezelfde ambtsloyaliteit aan iedere regering verschaft; zij garandeert de vakbekwaamheid en de bestendigheid van het bestuur in dienst van de sociale rechtsstaat en zij zet diens eisen om in concrete dienstverplichtingen.²²

Niettemin ligt de tijdgeest overhoop met de institutie van het beroepsambtenaarschap.²³ Hij ligt reeds overhoop met zijn basismaxime, dat plicht voor recht gaat. Niet van zijn stuk gebracht door moderne allergie voor plichten en emancipatieneurose bewaren de ambtenarenwetten de semantiek van de traditionele plichten. Zij spreken als vanouds van trouw en zorg, van gehoorzaamheid en geheimhouding. De beampte

- „dient het gehele volk, niet een partij“,
- „dient zijn taken onpartijdig en rechtvaardig te vervullen“,
- dient zich „met volledige overgave aan zijn beroep te wijden“,
- „moet zich door zijn gehele gedrag stellen achter het op vrijheid gerichte democratische bestel in de zin van deze grondwet“,
- dient „bij zijn politieke activiteit de matiging en terughoudendheid in acht te nemen, die uit zijn positie jegens de gemeenschap en uit consideratie voor de plichten van zijn ambt voortvloeien“,
- begaat een dienstvergrijp, als zijn gedrag van dien aard is, dat het „achting en vertrouwen op een voor zijn ambt of het aanzien van het ambtenaarschap belangrijke wijze nadeel berokkenen kan“.

Geen twijfel: de werkelijkheid van de openbare dienst blijft bij het hoogdravende ideaal ten achter. De heersende interpretatie probeert het verschil te verminderen, doordat ze het ideaal pragmatisch hanteert en reduceert tot een maat die bij de huidige omstandigheden past. De formuleringen maken echter duidelijk, dat de ambts- en dienstplichten zich niet volledig laten verrechtelijken, dat er een ethische rest overblijft, meer nog, dat het ambt van de ambtenaar evenals ieder ander ambt, ethische verwachtingen aan zijn bekleeder belichaamt. De tegenstrijdigheid met de gangbare standaarden van de maatschappij blijft bestaan.

De wettelijk gefundeerde beroepsrechten komen de ambtsdrager toe als eigen rechten. Ze worden ondervangen door de grondrechten, bijv. de gelijkheid van kansen op toegang tot de openbare dienst en de garantie van bezoldiging in overeenstemming met het ambt volgens gebruikelijke grondbeginselen. Het beroepsrecht echter is er niet om wille van zichzelf, maar omwille van het openbare ambt, waaraan het aangepast is en dat het moet dienen.

IX. Fundament van de constitutiestaat

Wie vandaag de dag de constitutiestaat in zijn rechtelijkheids- en vrijheidsgaranties onderzoekt, kijkt in eerste instantie naar de grondrechten. Doch deze zijn gefundeerd op genetisch oudere premissen, die ze niet kunnen vervangen. Allereerst op de deling der machten. Een staat zonder machtendeling zoals die van het destijds reëel bestaande socialisme kon zonder gevolgen mensenrechtenovereenkomsten en -verklaringen aanvaarden, zonder dat zijn totalitaire structuren in beweging kwamen. Want het was het identieke apparaat, dat de verplichtingen op zich nam en, als rechter in eigen zaak, zich de naleving daarvan attesteerde: de bok als tuinman. Daarentegen bood een constitutie met scheiding der machten, waarbij uitdrukkelijke grondrechtengaranties ontbraken, zoals van de constitutionele monarchie van de 19e eeuw, ipso iure een hoog gerechtigheids-, vrijheids- en gelijkheidsniveau. De scheiding der machten is echter harerzijds op het principe van het ambt gefundeerd. Zonder ambtsprincipe geen scheiding der machten. Zonder scheiding der machten geen grondrechten. Het ambtsprincipe vormt de diepste laag in den dieptelagen van de constitutiestaat. Ouder dan grondrechten en scheiding der machten, ouder dan de moderne staat met zijn beslissings- en machtsstructuren, heeft het zijn wortels in de oudchristelijke traditie van Europa. Desalniettemin is het geschikt voor overdracht op de jongste vormen van politieke organisatie zoals de Europese Unie, die het er moeilijk mee heeft, de jongere structuren van de constitutionele staat van democratie en scheiding der machten over te nemen.

X. Het ambt van notaris

1. Openbaar ambt buiten de openbare dienst

De openbare ambten treden in verschillende vormen op: ambten die op politieke keuze, en ambten die op selectie naar geschiktheid voor het vak gebaseerd zijn, ambten, die afhangen van het politieke vertrouwen, en ambten die duurzaam juridisch beschermd zijn, ambten voor politieke leiding en voor vakkundige uitvoering, tijdelijke ambten en ambten voor het leven, ambten in publiek- en privaatrechtelijk geregelde, beroepsmatige en honoraire varianten.

Bij deze fenomenen behoort het ambt van notaris. Dat hij recht heeft op onafhankelijkheid, is geen bijzonderheid. Deze hoedanigheid deelt hij met de afgevaardigde, de rechter en de accountant. Onafhankelijkheid betekent vrijheid van instructies, maar gebondenheid aan wet en recht.²⁴ De eigen aard van het notariaat is veeleer gelegen in het feit, dat het niet bij de staatsorganisatie is betrokken: een openbaar ambt buiten de openbare dienst.²⁵

Het elders onderbrengen van een openbaar ambt is, staatsrechtelijk gezien, anomalie. De normaliteit, waarvan de grondwet uitgaat, wordt zichtbaar in het zogenaamde functievoorbehoud, dat de uitoefening van soevereinrechtelijke bevoegdheden als permanente taak in de regel aan medewerkers van de openbare dienst dient te worden opgedragen, die in een publiekrechtelijke dienst- en trouwbetrekking staan (art. 34 lid 4 GG). De eigenlijke zin van deze norm is, het beroeps ambtenaarschap als institutie te beveiligen en een verdedigingswal tegen het cao-personeel op te bouwen.²⁶ Doch zou de restrictie ook omzeild worden, indien deze taken in grote omvang aan privépersonen zouden worden opgedragen. Het ambtenarenvoorbehoud geldt echter slechts „in de regel“. De regel gedooft uitzonderingen.²⁷ De grondwet aanvaardt de uitzonderingsstatus van de notaris, wanneer zij het notariaat als eigen onderwerp van een wetgevingscompetentie, naast advocatuur en rechtsadvisering noemt (art. 74 lid 1 nr. 1 GG) en de Zuid-Duitse deelstaten reservatierechten voor hun voorgrondwettelijke notariaatsstatuten toekent (art. 138 GG).

2. *Kwalificatie en rechtvaardiging als openbaar ambt*

a) Constitutionele betekenis

Desalniettemin is het ambtskarakter van het notariaat niet vanzelfsprekend. Het ligt voor de hand, uit de vrije beroepsvorm van zijn uitoefening tot het private karakter van zijn inhoud te concluderen. De kwalificatie is niet slechts van academisch belang. Veeleer bepaalt het antwoord erop in de belangrijkste mate de richting in het constitutionele systeem. Gaat het werkelijk om een openbaar ambt, dan heeft dit een toereikende toevoer van democratische legitimatie nodig. Deze wordt in zakelijk opzicht gewaarborgd door de wet, die de ambtsuitoefening regelt, en in personeel opzicht door de benoeming, die machtigt tot de ambtsuitoefening.²⁸ De regulering van staatswege van de notariële activiteit en de toegang tot het notariaat zou medium van de legitimatie blijken. Zij zou aan de constitutionele eis onderworpen zijn, een voldoende legitimatieniveau te waarborgen. Zou het daarentegen bij de activiteit van de notaris om private beroepsuitoefening gaan, dan zou de regulering van staatswege beperking van grondrechtelijke vrijheid blijken te zijn en zou zich als zodanig voor het grondrecht van de beroepsvrijheid dienen te rechtvaardigen. In het ene geval zou de notaris krachtens eigen recht handelen, in het andere geval krachtens machtiging van staatswege.

De wet deelt het notariaat met zijn kwalificatie als openbaar ambt in bij de staatssector. Als „externe functiedrager“²⁹ oefent hij staatsgezag uit buiten de staatsorganisatie. Hij heeft de status van een „beleende“.³⁰ De hem toevertrouwde staatsfuncties zijn niet geprivatiseerd. Veeleer behouden zij hun statelijke karakter en handhaven het legitimatieverband van de democratie.³¹ Geen juridische opheldering biedt de antiquarische rechtsfiguur van het aan de staat gebonden beroep, waarop het Bundesverfassungsgericht [*constitutionele hof*] een beroep doet, om de status van de notaris te karakteriseren.³² De rechtsfiguur omvat ook vrije beroepen zonder (gedeeltelijk) ambtskarakter en verdoezelt het onderscheid tussen ambt en grondrechtelijke vrijheid. Er wordt derhalve geen aandacht aan gewijd.

b) Openbare taak

Dat notarissen dragers van een openbaar ambt zijn, staat in de wet. Doch maken de juristen het zich moeilijk met het toelichten van deze bepaling.³³ Eén verklaring strekt ertoe, dat de notaris een openbare taak op zich neemt.³⁴ De openbaarheid van de taak is gelegen in de betekenis ervan voor het algemeen welzijn.³⁵ Maar taken die van belang zijn voor het algemeen welzijn vervullen ook banken en verzekeringsondernemingen, artsen en bakkers. De categorie is dus specifiek.

Subtiele onderzoeken leveren het bewijs, dat de activiteit van de notaris niet slechts het karakter van een dienstverlening, maar ook van een ingreep heeft.³⁶ Dit onderscheid speelt traditioneel een rol voor de restrictie in de wet³⁷ en voor het ambtenaarsvoorbehoud in art. 33 lid 4 GG.³⁸ Het openbare ambt echter staat in gelijke mate open voor ingrepen als voor dienstverlening. Ook wordt het onderscheid erbij gehaald, of de notaris exclusieve of concurrerende staatstaken behartigt.³⁹ Maar dat is een criterium voor staatsvoorbehoud en grenzen van de privatisering,⁴⁰ echter niet voor de kwaliteit van het openbare ambt. De instrumentatie en de andere akten van de preventieve rechtspleging zijn niet geprivatiseerd, omdat ze buiten de staatsorganisatie plaatsvinden. Zij zijn in openbare hand gebleven: bij een drager van een openbaar ambt. Zij behouden hun statelijk karakter, ook al worden ze door niet-statelijke dragers uitgevoerd.

Eén poging om de ambtshoedanigheid te funderen, vertrekt van de wettelijk toegewezen taak van de verzorgende rechtsbedeling. De notaris zou werkzaam zijn op een voor de rechtspraak liggend of nevenschikt competentieniveau met het doel van preventieve vermijding van geschillen, voorkoming van geschillen en de garantie van rechtszekerheid in het voortraject van de jurisdictie. Het zou zowel functies van de rechterlijke macht als van de uitvoerende macht uitoefenen.⁴¹ Deze fundering moet enerzijds een constitutionele veiligheidsafstand tot het kerngebied van de rechtspraak en tot het rechterlijk voorbehoud bewijzen, anderzijds de noodzakelijke distantie tot de grondrechtelijk gewaarborgde private beroepsuitoefening. In het laatste opzicht rijzen er twijfels. Ook de advocaat beoefent verzorgende rechtsbedeling, en niet alleen verzorgende. Hij werkt mee aan de vervulling van gerechtelijke taken; hij heeft belangrijke functies

in het voortraject van het proces en in het proces zelf. Hoewel door de wet als „onafhankelijk orgaan van rechtspleging“ gelegitimeerd (§ 1 BRAO), staat hij toch buiten het statelijke ambtswezen. Zijn status houdt daarvan juist afstand, om externe en interne onafhankelijkheid te bewaren. De differentia specifica van het notariaat volgt niet uit zijn algemene functie van preventieve rechtspleging, maar uit de bijzondere functie van de instrumentatie.

c) Staatsauthenticiteit

Beslissend voor het ambtskarakter is de staatsauthenticiteit. De akten van de notaris worden de staat toegeschreven. Zijn akte heeft een openbaar, bindend karakter (§ 415 ZPO). Het gelasten van de uitvoerbaarheid bij voorraad is rechtsgeldig voor het systeem van de staatsjurisdictie. Het Bundesverfassungsgericht kwalificeert de instrumentatie als uitoefening van vrijwillige jurisdictie en ziet de notaris als „bij de rechter in de buurt“, omdat een groot deel van zijn rechtshandelingen door de rechtbanken zou kunnen worden afgehandeld.⁴² Inderdaad laten het rechterlijk en het arrondissements-notariaat in Baden-Württemberg zien, dat de staat de notariële functies ook in eigen regie kan uitoefenen en ook feitelijk uitoefent. Zonder grondwetswijziging zou hij ze over de gehele linie aan de vrije beroepsuitoefening kunnen onttrekken.⁴³ Hij zou ze echter ook door toekenning van nog meer taken van preventieve rechtspleging kunnen uitbreiden.⁴⁴

De notariële akten zijn onderworpen aan dezelfde eisen als de overeenkomstige akten van de uitvoerende en de rechterlijke macht: de informatie- en zorgplichten, de geboden van de faire procedure, de ambtelijke geheimhouding.

De notariële instrumentatie en de overigen vormen van preventieve rechtspleging komen niet voort uit de grondrechtelijke vrijheid van de notaris, maar uit de machtiging door het staatsgezag. Een privépersoon zou de best denkbare akte kunnen concipiëren. Maar hij kan haar zelf geen openbaar karakter verlenen en ze aan de staatsorganisatie toewijzen. Staatsauthenticiteit is geen object van de marktconcurrentie. Het staatszegel wordt de notaris verleend, niet eigenmachtig in bezit genomen. Het kan ook niet zoals sommige communicatielicenties geveild worden. Dus zit er ook geen privé-eigendom in

het notariaat. Het is niet te koop en niet vervreemdbaar, niet erfelijk en niet vererfbaar. Het notariaat is geen leen van een nieuwe soort.

De staat legt krachtens zijn organisatieautoriteit aantal en omvang van de notaria-ten naar de objectieve behoefte van de bevolking vast, niet naar de subjectieve wensen van de sollicitanten.⁴⁵ De aspiranten kunnen het beroep niet zelf beginnen. De toegang regelt zich analoog aan de regels van de geschiktheidsselectie, die voor de toegang tot de bestuurs- en rechterambten gelden.⁴⁶ Van de vrijheid van beroepskeuze blijft in beide gevallen verder niets over dan het recht om naar een vakante plaats te solliciteren.

2. Coincidentia oppositorum: ambt en vrije beroepsuitoefening

Wel echter kan de notaris zich in zijn beroepsbelangen op het grondrecht van de vrije beroepsuitoefening baseren. Hij leidt als het ware een amfibisch bestaan, als ambtsdra-ger in het staatslement, in zijn professionele zelfhandhaving in het grondrechtelijke element. De wet moet zorgen voor de harmonisatie van de tegenstrijdige eisen. De op-lossingen van het ambtenarenrecht kunnen niet zonder meer voor het notariaatsrecht worden overgenomen, want het maakt een wezenlijk verschil, of de ambtsdrager, bij de staatsorganisatie betrokken, de zekerheid van de openbare dienst geniet of dat hij aan de risico's van de markt is blootgesteld. Niettemin zijn er allerlei overeenstemmingen in de verschillende beroepsconcepten te vinden.⁴⁷

Uit de status van het ambt vloeien de restrictie van de Duitse nationaliteit,⁴⁸ de gestandaardiseerde leeftijdsgrenzen⁴⁹ en de voorwaarden voor ontslag uit het ambt voort.⁵⁰ Uit de status van het vrije beroep volgt de garantie van de juridische voorwaar-den voor een bij het ambt passende economische subsistentie. De eerste rechtvaardigt de regeling van de tarieven, de laatste beschermt ertegen, dat de wetgever door tarievenver-laging, -korting en legesvrijstelling naar believen sociale weldaden op kosten van de notaris uitdeelt.⁵¹ Het openbare ambt rechtvaardigt beperkingen van de reclame, die voor het aanzien van het openbare ambt schadelijk zou zijn.⁵² Beperkingen van sociëtei-ten, voor zover die de externe of de interne onafhankelijkheid van het ambt in gevaar brengen,⁵³ en van nevenactiviteiten, die zoals die van makelaar onroerend goed het ver-

trouwen in de integriteit van de ambtsuitoefening schade zouden kunnen berokkenen: ut scandalum evitetur. De integriteit van de ambtsuitoefening is opperste gebod. De ambtsuitoefening van de notaris is onderworpen aan dezelfde rechtsstatelijke geboden als de jurisdictie en het bestuur, daarmee de plichten tot objectiviteit, tot onafhankelijke en onpartijdige begeleiding van de betrokkenen, tot faire procedures. Niet anders dan een overheidsorgaan is de notaris verplicht, een ambtshandeling te verrichten, tenzij men een schending van zijn ambtsplichten van hem zou vergen, in het bijzonder de medewerking aan zichtbaar ongeoorloofde of onredelijke zaken.⁵⁴ Wie het staatszegel voert, is de staat ook tot trouw verplicht. Dat echter is niet de algemene plicht tot trouw, die iedere beroepsuitoefenaar heeft, aan wie de zorg voor aangelegenheden van derden is toevertrouwd, maar de specifieke plicht tot trouw van de ambtsbekleder, die authentiek in naam van de staatsgemeenschap handelt en voor haar bindende rechtsgevolgen teweegbrengt. Dat alleen staatsburgers het staatszegel mogen voeren, is gebod van staatsrechtelijke consequentie.⁵⁵

Het grondrecht van het vrije beroep beschermt ervoor, dat de beperkingen van de beroepsuitoefening niet verder gaan, dan het openbare ambt in de huidige maatschappij vereist en dat ze niet tot onevenredige verliezen aan grondrechtelijke vrijheid leiden. Bindingen van de beroepsuitoefening staan onder rechtvaardigingsdwang. Rechtvaardigingsgrond is het ambt.⁵⁶ Hier en daar zijn wellicht in het beroepsrecht van de notarissen nog grondrechtelijk bedenkelijke resten van achterhaald standenrecht te ontdekken. Niettemin is het een eis van verstandig beroepsbeleid, het vrijheidspotentieel niet tot aan de uiterste grens op te rekken, omdat de notaris, ongeacht zijn professionele beperkingen, veel afgunst ondervindt. Zijn beroepspositie bestaat omwille van het openbare ambt. Hij dient in zijn beroepsactiviteit de *complexio oppositorum* te verduren. Een geweldige taak, waarmee ik u feliciteer.

-
- ¹ Het Bundesverfassungsgericht [*constitutioneel hof*] ontzegt evenwel - afwijkend van het belastingrecht - de notaris de kwaliteit van de zelfstandige beroepsactiviteit, niet echter het beroep op art. 12 lid 1 GG (BVerfGE 47, 285 [320 e.v.]). Daarentegen maakt het geen grondrechtelijk onderscheid tussen de Nur-notaris en de Anwaltsnotaris (BVerfGE 17, 371 [380]; 81, 70 [89]).
- ² Voor het functionele begrip en de feitelijke inhoud ervan *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, bd. 1, ²1888, pag. 338 e.v. („een door het publiekrecht begrensde domein van staatsactiviteiten“); *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, ²1966, pag. 253 e.v.; *Wilhelm Hennis*, Amtsgedanke und Demokratie-begriff, in: Festgabe für Rudolf Smend, 1962, pag. 51 e.v.; *Ralf Dreier*, Das kirchliche Amt, 1972, pag. 115 e.v.; *dez.*, Amt, in: Joachim Ritter (ed.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, bd. 1, 1971, kol. 210 e.v.; *dez.*, Amt, öffentlichrechtlich, in: Staatslexikon, uitg. door de Görres-Gesellschaft, bd. I, ⁷1985, kol. 127 e.v.; *Martin Kriele*, Einführung in die Staatslehre, ⁵1994, pag. 22 e.v., 294 e.v.; *Wolfgang Loschelder*, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlichrechtlichen Sonderbindung, 1982, pag. 228 e.v.; *Josef Isensee*, Salus publica - suprema lex?, 2006, pag. 60 e.v.; *dez.*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (ed.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (= HStR), ³2006, § 71 rn. 132 e.v.; *Otto Depenheuer*, Das öffentliche Amt, in: HStR III, ³2005, § 36 rn. 1 e.v.
- ³ Over elkaar niet dekkende ambtsbegrippen: *Rudolf Summer*, Amt, in: Lexikon des Rechts, 1997, 9/40.
- ⁴ Over de samenhang van het „ambt“ in de functionele en in de dienstrechtelijke zin *Josef Isensee*, Öffentlicher Dienst, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (ed.), Handbuch des Verfassungsrechts, ²1994, pag. 1527 (1534 e.v., 1541 e.v., 1568 e.v.); *Rudolf Summer*, Amt und Funktion, in: Festschrift für Franz Knöpfle, 1996, pag. 369 (377 e.v.).

-
- ⁵ *Georg Meyer/Gerhard Anschütz*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts,⁷1919, pag. 382.
- ⁶ Daarover *Wolfgang Reinhardt*, Geschichte der Staatsgewalt,²2000, pag. 122 e.v.
- ⁷ *Aristoteles*, Politica, III/6 e.v.; *Polybios*, Historiën, VI; *Cicero*, De re publica, I/25, III/1; *Thomas van Aquino*, De regimine principum, I/3.
- ⁸ *Cicero*, De re publica, I. 39.
- ⁹ Over de ethische betekenis van republiek *Josef Isensee*, Republik - Sinnpotential eines Begriffs, in: JZ 1981, pag. 1 (3 e.v., 8), *dez.*, Republik, in: Staatslexikon (uitg. door de Görres-Gesellschaft), bd. 4,⁷1988, kol. 882 e.v.; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, bd. I,²1984, pag. 575 e.v.; *Wilhelm Henke*, Die Republik, in: HStR bd. I,²1995, § 21 rn. 25; *Rolf Gröschner*, Freiheit und Ordnung in der Republik des Grundgesetzes, in: JZ 1996, pag. 637 e.v.; *dez.*, Republik, in: HStR bd. II,³2004, § 23 rn. 1 e.v. - Tegengesteld standpunt: *Uwe Volkmann*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2008, art. 20 II. deel, rn. 1 e.v.
- ¹⁰ Over het kerkelijke ambt uit canoniek oogpunt: *Klaus Mörsdorf*, Officium ecclesiasticum - Bemerkungen zu der konziliaren Weisung über das künftige Verständnis des kirchlichen Amtes, in: AfkKR 1977, pag. 502 e.v.; *Heribert Schmitz*, Amt und Ordination - Anmerkungen zu einem Konsensustext des Ökumenischen Rates der Kirchen über „Das Amt“, in: TThZ bd. 86 (1977), pag. 127 e.v.; *Hans Heimert/Helmut Pree*, Kirchenrecht, 1983, pag. 109 e.v.; *Peter Krämer*, Theologische Grundlagen des kirchlichen Rechts nach dem CIC/1983, in: AfkKR 153 (1984), pag. 384-398; *Joseph Listl*, Das Amt in der Kirche (1985), in: *dez.*, Kirche im freiheitlichen Staat, 2e halve bd., 1996, pag. 593 e.v.; *Richard Puza*, Katholisches Kirchenrecht, 1986, pag. 140 e.v.; *Winfried Aymans/Klaus Mörsdorf*, Kanonisches Recht, bd. I,¹³1991, pag. 445 e.v.; *Georg May*, Das Kirchenamt, in: Joseph Listl/Heribert Schmitz (ed.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts,²1999, pag. 175 e.v. - Over de nieuwtestamentische oorsprong van het kerkelijk ambt

Klaus Berger, Die Urchristen, 2008, pag. 184 e.v. Contrair daarover het eerdere begrip bij het protestantisme van een zuiver charismatisch, individualistisch oerchristendom. Exponent van dit geschiedenisbeeld: *Rudolf Sohm*, Kirchenrecht, 1. bd. 1892, pag. 22 e.v.; *dez.*, Kirchengeschichte im Grundriß, ¹³1902, pag. 26 e.v.; vgl. ook *Adolf von Harnack*, Das Wesen des Christentums (¹1900), editie 1950, pag. 91 e.v., 113 e.v.

- ¹¹ Meer daarover *Josef Isensee*, Vom Ethos des Interpreten, in: Festschrift für Günther Winkler, 1997, pag. 367 e.v.
- ¹² Daarover *Georg Brunner*, Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik, in: HStR bd. I, ³2003, § 11 rn. 28 e.v. Vgl. ook *Josef Isensee*, Rechtsstaat - Vorgabe und Aufgabe der Einung Deutschlands, in: HStR bd. IX, 1997, § 202 rn. 73 e.v., 75 e.v. (nawoord).
- ¹³ Daarover hartverfrissend *Hans Maier*, Verteidigung der Politik, 1990, pag. 77 e.v.
- ¹⁴ Vgl. § 44 a lid 1, lid 2 nr. 1, 3, 4 AbgG juncto §§ 1 e.v. Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages (bijlage GO BT).
- Het Bundesverfassungsgericht opereert met het begrip van de functie, als het discuteert over de beroepsbindingen van de notaris (E 73, 280 [294]).
- ¹⁶ *Helmut Schelsky*, Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation, 1961, pag. 22 e.v.
- ¹⁷ Fundamenteel *Wolfgang Loschelder*, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung, 1982, pag. 227 e.v., 298 e.v., 353 e.v.
- ¹⁸ §§ 55, 56 BBG; § 37, 38 BRRG. Vgl. tevens § 11 SG.
- ¹⁹ *Loschelder* (N 17), pag. 298 e.v., 353 e.v.; *dez.*, Grundrechte im Sonderstatus, in: HStR V, ²2000, § 123 rn. 21 e.v., 37 e.v. Zu der rollendifferenzierten Grundrechtsgeltung im öffentlichen Dienst: *Isensee*, Öffentlicher Dienst (N 4), pag. 1567 e.v.

-
- ²⁰ De maxime komt in het geldende kerkrecht bijzonder duidelijk tot uitdrukking in de Canones 933, 990, 1132, 1184, 1318, 1341, 1352, 1455, 1560 en 1722. Can. 1399 voorziet bovendien in een strafoplegging zonder voorafgaande strafbedreiging in die gevallen, waarin een dringende noodzaak bestaat, ergernissen te voorkomen of ze te verhelpen. Daarover *Georg May*, Das geistliche Wesen des kanonischen Rechts, in: AfkKR 130 (1961), pag. 1 (22); *Reinhold Sebott*, Das kirchliche Strafrecht, 1992, pag. 233 e.v.; *Gustav Stählin*, Skandalon - Untersuchungen zur Geschichte eines biblischen Begriffs, 1930. Fundamentele kritiek van de opvangbestanddelen in Can. 1399: *Klaus Lüdicke*, in: dez. (ed.), Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici, versie 1993, Can. 1399 rn. 2 e.v.
- ²¹ Uitvoerig *Ulrich Hilp*, Den bösen Schein vermeiden. Zu Ethos und Recht des Amtes in Kirche und Staat, 2004, pag. 24 e.v., 94 e.v. (nawoord).
- ²² Nader daarover *Walter Leisner*, Grundlagen des Berufsbeamtentums (1971), in: dez., Beamtentum, Berlin 1995, pag. 109 e.v.; *Isensee*, Öffentlicher Dienst (N 4), pag. 1534 e.v.
- ²³ Daarover *Josef Isensee*, Affekt gegen Institutionen - überlebt das Berufsbeamtentum?, in: ZBR 1998, pag. 295 e.v.
- ²⁴ Over de gebondenheid aan de wet als „correlaat“ van de onafhankelijkheid van de notaris: *Ulrich Bracker*, Bundesnotarordnung, ⁸2006, § 1 rn. 17.
- ²⁵ BVerfGE 17, 371 (377).
- ²⁶ *Isensee*, Öffentlicher Dienst (N 4), pag. 1550 e.v.
- ²⁷ *Isensee* (N 4), pag. 1551 e.v.
- ²⁸ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, ³2004, § 24 rn. 11 e.v., 26 e.v.; *Matthias Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, pag. 265 e.v.
- ²⁹ *Nicola Preuß*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, 2005, pag. 15 e.v.

-
- ³⁰ Voorbehouden tegen deze kwalificatie *Preuß* (N 29), pag. 117 e.v.
- ³¹ Toerekening van het notariaat aan de staat: *Preuß* (N 29), pag. 112 e.v.; *Rupert Scholz*, Vorsorgende Rechtspflege im grundgesetzlichen Rechtsstaat, in: Sonderheft der DNotZ zum 29. Deutschen Notartag 2007, pag. 26 (27 e.v.).
- ³² Exemplarisch: BVerfGE 16, 6 (22 e.v.). De categorie vindt haar oorsprong bij *Heinrich Triepel*, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in: Festschrift für Karl Binding, bd. 2, 1911, pag. 1 e.v. Zur Kritik an der Verwendung des Begriffs *Rüdiger Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VII, ²2001, § 147 rn. 49 e.v. (na-woord).
- ³³ Bewijs *Bracker* (N 24), § 1 rn. 7 e.v.; *Horst Eylmann/Hans-Dieter Vaasen*, Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, ²2004, § 1 rn. 18 e.v.
- ³⁴ BVerfGE 17, 371 (377).
- ³⁵ Nawoord. *Josef Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, ³2006, § 73 rn. 12.
- ³⁶ *Jens Bormann/David C. König*, Von originären Staatsaufgaben und ihrer Ausgestaltung, in: Notar 2008, pag. 256 (259).
- ³⁷ *Fritz Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: HStR V, ³2007, § 101 rn. 18, 21, 29 e.v.
- ³⁸ *Isensee*, Öffentlicher Dienst (N 4), pag. 1552 e.v.
- ³⁹ *Bormann/König* (N 36), pag. 257, 258 e.v.
- ⁴⁰ *Isensee* (N 35), § 73 rn. 27 e.v.
- ⁴¹ *Scholz* (N 30), pag. 27 e.v. Vgl. tevens *Bormann/König* (N 36), pag. 257 e.v., 262.
- ⁴² BVerfGE 17, 371 (376, 377).
- ⁴³ BVerfGE 17, 381 (387).

-
- 44 *Scholz* noemt taken van het erfenissengerecht, het familierecht en de openbare registers (N 30), pag. 33 e.v.
- 45 BVerfGE 17, 371 (379 e.v.).
- 46 BVerfGE 80, 257 (266); 110, 304 (322, 330). Over de selectieprocedure BVerfGE 73, 280 (291 e.v., 296); 86, 28 (41), 110, 304 (321).
- 47 Over de „aansluiting“ van het notarieel recht op het ambtenarenrecht BVerfGE 17, 371 (379 e.v.); 47, 285 (319); 73, 280 (292); 80, 257 (268).
- 48 Ongerechtvaardigde europarechtelijke kritiek op het nationaliteitsvoorbehoud uit § 5 BNotO: EU-commissie in haar klacht over verdragsschending van 12-2-2008 volgens art. 226 lid 2 EGV.
- 49 Over de restrictie van de wet BVerfGE 80, 257 (263 e.v., 266).
- 50 BVerfGE 45, 422 (428 e.v., 431, 432 e.v.); BVerfG K 6, 156 (159 e.v., 162).
- 51 BVerfGE 47, 285 (318 e.v.); 48, 240 (244).
- 52 Over reden en grens van het reclameverbod: BVerfGE 112, 255 (262 e.v.); BVerfG K 6, 349 (351 e.v.).
- 53 Vgl. echter BVerfGE 80, 269 (279); 98, 49 (62 e.v.).
- 54 §§ 14 lid 2, 18 lid 1 BNotO. Over status en verplichtingen *Preuß* (N 29), pag. 141 e.v., 179 e.v.
- 55 Geheel zonder begrip de kritiek van de EU-commissie, die een „nationaal gedetermineerde, speciale vertrouwensrelatie“ ontkent en slechts uitgaat van een „normale“ vertrouwensrelatie, met als gevolg, dat er geen „uitoefening van openbaar gezag“ in de zin van art. 45 EGV (N 48, rn. 24 e.v.) aan de orde behoeft te zijn. De uitoefening van openbaar gezag is echter een voorwaarde voor de verplichting van goede trouw, niet een gevolg ervan. Overigens opereert de commissie met de methodisch onhoudbare regel, dat uitzonderingsfeiten (art. 45 lid 1

EGV is er zo een) in enge zin dienen te worden uitgelegd (tezelfder plaatse, rn. 18). Kritiek op deze onder leken op rechtsgebied en beginners met de studie verbreide topos: *Philip Heck*, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, pag. 186; *Karl Engisch*, *Einführung in das juristische Denken*,⁹1997, pag. 129 e.v., 194; *Friedrich Müller*, *Juristische Methodik*,³1989, pag. 212; *Claus-Wilhelm Canaris*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*,²1983, pag. 181.

⁵⁶ BVerfGE 73, 280 (293): de „Funktion“.