

Kort referaat naar aanleiding van de Preadviezen NJV 2017

Marc Loth¹

1. Inleiding

Het is een voorrecht om te mogen refereren bij drie zulke fraaie preadviezen! Maar het is ook een enorme verantwoordelijkheid om in 20 minuten recht te doen aan het goede werk van de preadviseurs. Dat gaat natuurlijk niet lukken. Daarom heb ik in het laatste nummer van het NJB geprobeerd alvast een samenhangend overzicht te schetsen van de preadviezen.² Van die taak acht ik mij hier dan ook ontheven. In plaats daarvan wil ik de beschikbare tijd besteden aan twee onderwerpen, die daar niet aan bod zijn gekomen.

In de eerste plaats wil ik de preadviezen plaatsen tegen de achtergrond van het recente HIL-rapport over de stand van onze rechtspleging dat zoveel publiciteit heeft getrokken.³ Mijn weinig opzienbarende conclusie zal zijn dat de preadviezen een genuanceerder en rijker beeld schetsen van de stand van de rechtspraak en de problemen waar zij voor staat, dan het genoemde HIL-rapport. Maar wat misschien belangrijker is: ik wil proberen de verschillen te verklaren uit de impliciete antwoorden op enkele voorvragen.

Tegen die achtergrond wil ik in het tweede deel van mijn korte referaat een aftrap geven voor de discussie over de algemene stellingen, waarbij uiteraard de preadviezen zelf centraal staan. Ook hier is mijn conclusie weinig opzienbarend: de preadviezen geven een mooie aanzet, maar roepen ook vragen op, waarvan sommige kritisch van aard zijn. Ik hoop enkele daarvan te kunnen stellen, als aftrap voor de discussie.

2. De preadviezen en het HIL-rapport

Eerst dan de preadviezen en het genoemde HIL-rapport. Om de verschillen goed in beeld te krijgen, zou ik drie vragen willen onderzoeken.

Wat mag de burger van de rechtspraak verwachten?

Wat is er mis met de klassieke procedure?

Hoe innovatief is de rechtspraak?

Wat mag de burger verwachten?

Het HIL-rapport is uiterst kritisch over onze rechtspraak. Tegelijkertijd formuleert het torenhoge verwachtingen ten aanzien van het recht en de rechtspraak. Ik citeer: “De mensen voelen dat het niet goed gaat”, aldus het rapport, en “onvrede vraagt om responsief zijn”.⁴ Anders gezegd, het recht en de

¹ Hoogleraar Privaatrecht, Tilburg University.

² M.A. Loth, ‘Hoe responsief is de klassieke procedure (eigenlijk)?’, in: NJB 2017, p. 1520 – 1527.

³ Maurits Barendrecht, Krijn van Beek, Sam Muller, ‘Menselijk en rechtvaardig, is de rechtsstaat er voor de burger?’, HIL.

⁴ HIL-rapport, p. 2, 17.

rechtspraak moeten een oplossing bieden voor alles wat “de mensen” als maatschappelijk probleem ervaren. Dat is nogal wat. Wie zoveel vraagt van de rechtspraak, moet wel teleurgesteld worden.

De preadviezen vertonen een realistischer beeld van wat de burger mag verwachten. In de preadviezen over het civiele proces en het bestuursproces wordt benadrukt dat de rechter weliswaar een geschil beslecht, maar dat daarmee lang niet altijd het onderliggende probleem of conflict is opgelost. Natuurlijk is dat wel het doel, maar dat doel wordt om uiteenlopende redenen vaak niet gerealiseerd. In het preadvies over het strafproces wordt benadrukt dat in de huidige veiligheidscultuur de behoefte aan rechtshandhaving grenzeloos is, maar de mogelijkheden beperkt zijn. Daarom kan ook hier maar zeer ten dele aan de “roep om responsief recht” tegemoet worden gekomen. Kortom, de preadviezen temperen de verwachtingen van de burger ten aanzien van de rechtspraak, zeker in vergelijking met het HIL-rapport.

Wat mij betreft is dat een verstandige strategie die op geen enkele manier afbreuk hoeft te doen aan de ambitie van maatschappelijk effectieve rechtspraak. De rechtspraak staat in dienst van de samenleving, maar dient te waken voor zelfoverschatting. De maatschappelijke behoefte aan rechtvaardigheid is grenzeloos en geen rechtssysteem kan daarin (volledig) voorzien. Dat is niet alleen het gevolg van de beperkte capaciteit van rechtspraak als organisatie, maar ook van het waarborgkarakter van rechtspraak als functie. Rechtspraak is geen panacee en het getuigt van wijsheid om niet die indruk te wekken. Ik kom hierop terug bij de bespreking van de stellingen.

Wat is er mis met de klassieke procedure?

Het HIL-rapport maakt gehakt van de klassieke procedure. Het schetst een toernooimodel dat partijen tegen elkaar opzet, in plaats van hen aan te zetten tot een gezamenlijke probleemoplossing. Het strafproces zou teveel ingericht zijn op de vraag naar het daderschap, en te weinig op de maatschappelijke behoefte aan preventie. De klassieke procedure, kortom, is hier een antagonisme.

De preadviezen laten een rijker en meer geschakeerd beeld zien. In de eerste plaats doordat zij de klassieke procedure definiëren als het door de procesbeginselen van art. 6 EVRM gekenmerkte proces, ongeacht de specifieke wettelijke inrichting die daar invulling aan geeft. Maar bovendien doordat de verhouding tussen rechtspraak en buitengerechtelijke conflictoplossing zoals mediation in de preadviezen genuanceerder wordt geschetst. Het idee dat mediation altijd de voorkeur geniet boven rechtspraak wordt teruggebracht tot de stelling dat beide vormen van conflictoplossing eenvoudigweg verschillend zijn. Sommige zaken verdienen een rechter, andere een mediator. Vrij naar Aristoteles zouden we kunnen zeggen: “iedere zaak het zijne”.

Ook hier heeft de benadering van de preadviezen mijn voorkeur. In de eerste plaats is de verhouding tussen rechtspraak en mediation complex. Soms staan zij naast elkaar en beïnvloeden zij elkaar (zoals in civiele zaken), soms vermengen zij zich tot een hybride proces (zoals in de voorstellen voor het bestuursproces), en soms beïnvloedt de klassieke procedure de buitengerechtelijke herstelbemiddeling (zoals in de voorstellen voor het strafproces). Bovendien lijken de schrijvers van het HIL-rapport zich te vergalopperen aan de levensvatbaarheid van de klassieke procedure. Hoewel zij wordt afgeschilderd als een relict uit de tijd van de trekschuit, blijkt het alleszins mogelijk om haar aan te passen aan de eisen en aspiraties van deze samenleving, in samenhang met andere vormen van conflictoplossing als mediation. Als de preadviezen iets laten zien, dan is het wel dat de klassieke procedure springlevend is.

Hoe innovatief is de rechtspraak?

Ten slotte, hoe innovatief is de rechtspraak? Ook hier spreekt het HIL-rapport harde taal. Alle spelers zitten vast in hun eigen spel: rechters, advocaten, het ministerie. We lezen zelfs dat de rechtspraak niet mag innoveren; het staat er echt.⁵

In het preadvies over de civiele procedure lezen we daarentegen dat de civiele rechtspraak zindert van innovatiedrang, hetgeen wordt onderbouwd met een lange lijst van pilots, en initiatieven. De beide andere preadviezen ondersteunen in meerdere of mindere mate het beeld dat de klassieke procedure ingrijpend wordt verbouwd.

Het meest sprekende voorbeeld is de digitalisering van de procesvoering, waarmee niet alleen de snelheid en efficiency van de rechtspraak zijn gediend, maar ook haar toegankelijkheid. Bovenal verandert de rechtspraak van gedaante. Wordt zij een website, waar de burger een oplossing voor zijn probleem ophaalt? Dat zou passen in de lijn van het HIL-rapport ("the court as service"). Of blijft zij een gebouw, gevestigd op een locatie? Dat is de keuze van de civiele preadviseurs ("the court as a place, and a face"). Dat laatste lijkt mij belangrijk. De rechter is ook een gezicht – zelfs een herkenbaar gezicht, zoals alle rijdende rechters ons hebben geleerd – en dat is van groot belang voor het vertrouwen in de rechtspraak. Dat achter de schermen de griffier en de gerechtssecretaris worden vervangen door een "legal process analyst" en een "legal workflow manager", doet daaraan niet af.

Een ander voorbeeld. Op dit ogenblik wordt overleg gevoerd over de invoering van een experimenteerbepaling in rechtsvordering, strafvordering en de Awb, die het mogelijk maakt onder nader te bepalen voorwaarden bij een aan te wijzen rechtbank af te wijken van de reguliere procesgang. Gedacht wordt bijvoorbeeld aan het inleiden van een civiele zaak met een probleem, in plaats van een dagvaarding. Of het toelaten van videomateriaal als bewijs in een strafprocedure. Het zou interessant zijn te vernemen hoe U en de preadviseurs hierover denken.

Hoezo geen innovatie? Het kan zijn dat de veranderingen niet iedereen snel genoeg gaan, of niet in de gewenste richting gaan. Maar dat de rechtspraak niet innoveert, lijkt moeilijk vol te houden. Andermaal bekruipt mij het gevoel dat de schrijvers van het HIL-rapport de responsiviteit van de klassieke procedure hebben onderschat. Laat KEI niet zien dat de klassieke procedure veel beter in staat is gebleken zich aan te passen aan de eisen van de tijd dan menigeen voor mogelijk hield? Is dat dan ook niet de kernvraag: hoe responsief is die klassieke procedure eigenlijk?

3. De algemene stellingen

Dat brengt mij bij het tweede deel van mijn verhaal, de algemene stellingen.

De eerste stelling luidt: *Alle geschillen moeten voor de rechter kunnen worden afgehandeld. Te veel geschillen die een rechter verdienen, bereiken de rechter niet. Te veel geschillen die rechters voorgelegd krijgen, hadden een oplossing buiten hem om verdiend.*

Deze stelling vind ik lastig te beoordelen. Blijkens de toelichting drukt de eerste volzin uit dat een rechtsstaat in beginsel onbeperkte toegang tot de rechter kent, maar dat in feite teveel obstakels bestaan. Dat lijkt mij aannemelijk. In Groningen heeft nog maar één aardgaszaak de rechter bereikt, terwijl uit enquêtes blijkt dat veel meer mensen hun zaak aan de rechter zouden willen voorleggen. De bottleneck zijn de griffierechten en de advocaatkosten.

De beide volzinnen die op de eerste volgen drukken de empirische claim uit dat – kort gezegd – lang niet altijd de goede geschillen de rechter bereiken. Hoe weten we dat? Bestaat daarvoor een feitelijke

⁵ HIL-rapport, p. 40.

onderbouwing? In zijn redactioneel in het laatste NJB merkte Buruma op dat hij wel meer zou willen weten over de geschillen die de rechter *niet* bereiken. Ik zou daaraan willen toevoegen dat de stelling maatstaven veronderstelt aan de hand waarvan wij kunnen beoordelen wanneer een geschil het wèl of níet verdiend aan de rechter te worden voorgelegd. Maar welke zijn die maatstaven? We raken hier aan de vraag naar het domein van de rechter. Op welke gronden beslissen we of een zaak het verdiend aan de rechter te worden voorgelegd? In abstracto kan ik mij drie soorten gronden voorstellen: aan het recht ontleende gronden, maatschappelijke redenen, en zaaksgebonden overwegingen. Elk van deze categorieën verdient nader onderzoek, maar in de preadviezen lees ik hierover weinig.

Kortom, het eerste deel van deze stelling lijkt aannemelijk. Het laatste deel betwist ik bij gebrek aan wetenschap.

De tweede stelling luidt: *De rechter heeft oog voor en biedt ruimte aan andere wegen dan (alleen) zijn uitspraak. Zijn primaire taak is echter juridische geschillen te beslechten.*

Blijkens de toelichting beoogt deze stelling het juiste midden te houden tussen twee wenselijkheden. Enerzijds dient de rechter zich aan zijn rol te houden; zijn primaire taak is immers juridische geschillen te beslechten. Anderzijds brengt het streven naar maatschappelijk effectieve rechtspraak mee dat de rechter rekening houdt met de achterliggende belangen van partijen. Tegen het spreekwoordelijke juiste midden kan men weinig bezwaar hebben, maar toch graag twee kanttekeningen:

- In de eerste plaats is de eerste volzin voor meer dan één uitleg vatbaar. De vraag rijst immers *hoe* de rechter oog heeft voor, en ruimte biedt aan andere wegen dan (alleen) zijn uitspraak? Gelet op de toelichting op de stelling is vooral gedacht aan de betrokken belangen. De rechter dient zich buiten de stellingen van partijen om rekenschap te geven van de context waarin het geschil is ontstaan. Gelet op de inhoud van de preadviezen is er echter nog een andere manier waarop de rechter oog kan hebben voor, en ruimte kan bieden aan andere wegen. Vooral in het civiele en het bestuursproces krijgt de rechter immers, meer dan tot nu toe gebruikelijk, een rol als conflictregisseur, die de behandeling en afdoening van de zaak op het goede spoor zet. Ook dat is een valide interpretatie van de eerste volzin.
- In de tweede plaats is het misschien duidelijk om aan te geven wat de stelling in ieder geval *niet* inhoudt: een maximaal responsieve rechter voor wie het juridische geschil niet meer is dan de aanleiding om het achterliggende maatschappelijke probleem of partij-conflict op te lossen. Dat is kort samengevat het standpunt van het HIL-rapport, dat ik eerder besprak. Maar ook het streven naar maatschappelijk effectieve rechtspraak komt hier dicht in de buurt, indien het verkeerd wordt verstaan. Met een streven naar relevantie is niets mis, maar het streven om in ieder juridisch geschil het achterliggende probleem of conflict op te lossen, is overtrokken. Ik verwijs naar de discussie over wat de burger van de rechtspraak mag verwachten, waarover ik zojuist sprak. Begrijp ik de stelling goed, dan willen de preadviseurs zich hiervan juist distantieren.

Zo geïnterpreteerd kan ik de stelling van harte aanbevelen!

Ten slotte de derde stelling: *De rechter bevordert maatwerk door differentiatie van (mensen en) zaken en door het voeren van regie op de procedure en op de inhoud. Hij houdt daarbij rekening met de inbreng van partijen/procesdeelnemers.*

Deze stelling impliceert een wezenlijk nieuwe taak en rol voor vooral de civiele rechter en de bestuursrechter. Naast het leiden van zittingen, het doen van uitspraken en het beheer van de case-load, dient de rechter voortaan te zorgen dat de zaken een passende afhandeling krijgen, of in het goede spoor belanden. Daarom zijn de regierol van de rechter en een maatwerkbehandeling van de zaak met elkaar verbonden. De verwachting is dat met zo'n maatwerkbehandeling niet alleen de efficiency en snelheid, maar ook de kwaliteit van de rechtspraak toeneemt; iedere zaak krijgt de behandeling die zij verdient volgens geobjectiveerde en kenbare maatstaven. De civiele preadviseurs wijzen erop dat partijen en hun advocaten zich beter bediend weten, en spreken van "maatschappelijke winst". De bestuurlijke preadviseurs vatten de bestaande tekortkomingen samen als "gebrek aan maatwerk". Er wordt dus zwaar ingezet op maatwerk als instrument van kwaliteitsverbetering.

Tegenover de verwachte winst staan ingrijpende consequenties, zowel op het organisatorische als op het persoonlijke vlak. Op organisatorisch vlak worden verschillende sporen ontworpen waar de zaken naar toe worden geleid (de tracks in het bestuursproces), en dient een apparaat te worden opgetuigd om dat in goede banen te leiden (het regiebureau in het civiele proces). Bovendien wordt de rechter verantwoordelijk voor een proces waarin ook talloze andere medewerkers betrokken zijn en waaraan de rechter leiding moet geven. Op persoonlijk vlak betekent dit dat de rechter op verschillende manieren bemoeienis met een dossier krijgt, waarbij verschillende soorten afwegingen moeten worden gemaakt (rekening houdend met ieders inbreng). Andere dan specifiek rechterlijke competenties zullen moeten worden getraind dan wel ontwikkeld. De rechter van de toekomst zal over een flinke dosis managementvaardigheden moeten beschikken. Kortom, tegenover de verwachte winst aan kwaliteit staat een ingrijpende verandering van de structuur van de organisatie en van de werkprocessen waaraan zij uitvoering geeft.

De beoordeling van deze stelling berust dan ook op een weging van de verwachte voordelen enerzijds, en de verwachte bezwaren anderzijds. Hoe die weging uitvalt, is nu aan U om te bepalen.