

‘Van achter de schermen naar de voorgrond’.

Recensie van het preadvies *Experimenteren met het vooronderzoek*, door G.J. Stoepker & F.M.E. Schulmer

Nina L. Holvast¹

1. Inleiding

Traditioneel gaat veel aandacht uit naar de zichtbare aspecten van de gerechtelijke procedure: de openbare zitting en de uitspraak. Daarbij is ook veel aandacht voor de rechter, die de zitting leidt en de uitspraak doet. Die aandacht is terecht, want voor veel rechtzoekenden draait het toch vooral om hun ‘day in court’. Het mooie van het preadvies van Stoepker en Schulmer is echter dat het aandacht vraagt voor minder zichtbare, maar eveneens belangrijke, aspecten van de procedure (en actoren daarin): het vooronderzoek en de rol van de griffier. Het idee is om de ervaren procedurele rechtvaardigheid te verbeteren en de bestuursrechter te ontlasten door te experimenteren met een alternatieve inrichting van het vooronderzoek: het vooronderzoek 2.0.

Op basis van hun eigen ervaringen binnen de bestuursrechtspraak komen Stoepker en Schulmer met het voorstel om een bestuursrechtelijke vooronderzoekscomparitie in te voeren. Tijdens die comparitie wordt geïnventariseerd wat de omvang van het geschil is, wat de bewijspositie van partijen is, of het dossier compleet is en welke procedurele vervolgstappen kunnen worden genomen. Deze comparitie wordt geleid door de griffier die daarbij achter de schermen (in meer of mindere mate) wordt bijgestaan door de bestuursrechter.

De preadviseurs plaatsen hun voorstel vooral in het licht van het verbeteren van de ervaren procedurele rechtvaardigheid. In de literatuur over de ervaren procedurele rechtvaardigheid gaat de aandacht uit naar de inrichting van de procedure om ervaringen van rechtzoekenden met de rechtspraak te verbeteren.² Als rechtzoekenden de procedure als eerlijk en rechtvaardig ervaren zullen zij een (eventueel onwelgevallige) uitspraak van de rechter eerder accepteren. In 2012 werd op basis van deze inzichten de *Nieuwe zaaksbehandeling* geïntroduceerd in het bestuursrecht. Daarbij wordt getracht tegemoet te komen aan de vereisten van procedurele rechtvaardigheid door meer aandacht te besteden aan het achterliggende geschil. Snelheid, maatwerk en finaliteit zijn centrale begrippen in deze werkwijze.³ De preadviseurs constateren echter dat de bestuursrechter nauwelijks aandacht heeft voor de meeste van deze aspecten in de fase voorafgaand aan de zitting. Door de manier waarop de werkprocessen bij de gerechten zijn ingericht gebeurt er vrij weinig in deze fase (uitzonderingen daargelaten). De bestuursrechter gaat vaak pas met het dossier aan de slag als de zittingsdatum zich aandient, ondanks initiatieven om deze werkwijze te veranderen.⁴

¹ Mr. Dr. Nina Holvast is universitair docent bij de Erasmus School of Law. De auteur bedankt Lieske Bottema en de redactieleden van het NTB hartelijk voor hun nuttige commentaar op eerdere versies van deze recensie.

² Zie voor een overzicht van literatuur op dit gebied (in het bijzonder in het kader van het bestuursrecht) de bronnen genoemd in voetnoot 3 van het preadvies.

³ A.T. Marseille, B.W.N. de Waard & P. Laskewitz, *De Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht in de praktijk*, *NJB* 2015/1482, pp. 2006-2014.

⁴ Dit is ook hoe ik dit heb ervaren tijdens mijn observaties in 2012-2013 binnen twee afdelingen bestuursrecht van Nederlandse rechtbanken in het kader van mijn promotieonderzoek. Destijds werden pogingen gedaan om de rechter eerder het dossier te laten bekijken, maar het bleek lastig voor rechters om zich lang voor de zitting al in het dossier te verdiepen en het leverde (daarom) weinig op. Zie N.L. Holvast, *In the Shadow of the Judge: The Involvement of Judicial Assistants in Dutch District Courts*. The Hague: Eleven International Publishing 2017.

Er is daarnaast ook een tweede probleem waarvoor Stoepker en Schulmer een oplossing proberen te vinden: de overbelasting van bestuursrechters. Onderzoek laat keer op keer zien dat een groot deel van de rechters onevenredige werkdruk ervaart en dat zij vrezen dat dit de kwaliteit van de rechtspraak aantast.⁵ Om dit probleem aan te pakken, dient de persoon van de griffier zich aan. Het lijkt niet reëel om van de bestuursrechter te verlangen dat hij een actievere rol speelt in het vooronderzoek. Daarom richten de preadviseurs zich op de griffier.⁶ Door de griffier een centrale rol te geven in het vooronderzoek wordt de bestuursrechter ontlast en kan hij zich richten op zijn kerntaak: het beslechten van het inhoudelijke geschil. De efficiency van het gehele proces kan hiermee worden vergroot omdat de zitting efficiënter kan plaatsvinden of zelfs overbodig wordt.

Het preadvies roept naar mijn idee twee fundamentele vragen op. De eerste vraag is in hoeverre het wenselijk is (en onder welke voorwaarden) om de behandeling van bepaalde procedurele aspecten van een zaak naar de onderzoeksfase, voorafgaand aan de openbare zitting, te verplaatsen. De tweede vraag betreft de taakverdeling tussen rechters en juridisch ondersteunend personeel. Is het een goed idee (en onder welke voorwaarden) om meer (zichtbare) taken aan de griffier toe te bedelen? In deze recensie deel ik – vanwege mijn expertise op dat gebied – vooral enkele inzichten die kunnen helpen bij de beantwoording van de tweede vraag.

In de eerste alinea ga ik in op de rol die een equivalent van de griffier in andere landen heeft aan de start van de procedure binnen een gerecht. Daarna analyseer ik het voorstel van Stoepker en Schulmer en noem ik enkele aandachtspunten voor de eventuele uitvoering ervan. Tot slot zal ik concluderen dat het de moeite waard is om te experimenteren met een alternatieve invulling van het vooronderzoek.

2. Een kijkje over de landsgrenzen

Bij het lezen van het preadvies dacht ik meteen aan de rol die juridisch ondersteunend personeel vervult in andere landen. Als we onze blik richten op andere rechtsordes dan wordt duidelijk dat juridische ondersteuning (zoals *law clerks*) binnen die ordes vaak een grote rol heeft in het selecteren of zaken wel of niet inhoudelijk worden behandeld tijdens een zitting. Dat speelt dan vooral in jurisdicties, en bij gerechten, waar sprake is van discretionaire rechterlijke toetsing, zoals bijvoorbeeld de Amerikaanse *Supreme Court* en het Duitse *Bundesverfassungsgericht*. In die context heeft de juridische ondersteuning een belangrijke functie. Juridisch ondersteuners vatten de zaken samen en doen suggesties met betrekking tot welke zaken inhoudelijk moeten worden behandeld. Uit onderzoek naar de *US Supreme Court* blijkt dat die suggesties voor het overgrote deel van de zaken worden gevolgd.⁷ Gezien de enorme hoeveelheid verzoeken die binnenkomen bij de

⁵ Blijkend uit enquêtes gehouden onder rechters en zorgen die worden geuit door onder andere de NVvR en de beweging 'Tegenlicht'. Zie over de NVvR enquête bijvoorbeeld M. Visser, R. Schouteten & J. Dijkers, Controlling the Courts: New Public Management and the Dutch Judiciary, *Justice System Journal*, 2019, 40(1), pp. 39-53.

⁶ Hierbij dient opgemerkt te worden dat ook onder ondersteunend personeel in de rechtspraak de werkdruk aanzienlijk is. Het probleem lijkt echter niet zo groot als onder de rechters. Bovendien is het makkelijker en goedkoper om extra griffiers aan te stellen in plaats van extra rechters.

⁷ Stras observeerde dat 98-99% van alle suggesties werden gevolgd. Bij de suggesties om de zaak te selecteren voor behandeling was dat percentage 66-74, afhankelijk van het jaar. D. Stras, The Supreme Court's Gatekeepers: The Role of Law Clerks in the Certiorari Process. *Texas Law Review*, 2007, 85, p. 962. Zie ook R.C. Black & C. L. Boyd, The Role of Law Clerks in the U.S. Supreme Court's Agenda-setting Process. *American Politics Research*, 2012, 40(1), pp. 147-173

gerechten zijn de *law clerks* op dit terrein onmisbaar.⁸ De *law clerks* geven zelf ook aan dat zij in dit onderdeel van hun werk het meest invloedrijk zijn.⁹ De *law clerks* zorgen er dus voor dat rechters op dit gebied worden ontlast en zich kunnen concentreren op de zaken die wel inhoudelijk worden afgedaan. Blijkbaar wordt het ook als minder bezwaarlijk gezien als rechters hun autonomie deels afstaan in deze fase.

In dit kader is het bijzonder interessant om ook enkele ontwikkelingen te noemen die gaande zijn binnen de hoogste gerechten in Noordelijk Europa. Grendstad en collega's bestudeerden de rol en toename van *law clerks* in verschillende hoogste gerechtshoven in Scandinavië in de afgelopen decennia. Zij zien een samenhang tussen enerzijds de toename van *law clerks*, en anderzijds de institutionalisering van deze rechtscolleges.¹⁰ Meer concreet betogen zij dat – in het bijzonder bij het hoogste gerechtshof in Noorwegen – het inzetten van *law clerks* de transformatie van een '*court of appeal*' naar een '*court of precedent*' mogelijk maakte.¹¹ Doordat de *law clerks* in het selectieproces de rechter werk uit handen namen, konden de rechters hun tijd besteden aan het schrijven van uitspraken met grotere precedentwerking. Dit voorbeeld laat zien dat juridisch ondersteuners een belangrijke rol kunnen spelen in het veranderen van de focus en werkwijze van een gerecht. De griffier heeft ook hier dus een belangrijke adviserende functie. De uiteindelijke beslissing ligt nog steeds bij de rechter. Hoewel de werkzaamheden van de *law clerks* in Noorwegen achter de schermen plaatsvinden,¹² is het wel opvallend dat dit gerecht in het jaarverslag de namen en korte *cv's* van de *law clerks* opneemt en hen daarmee deels op de voorgrond plaatst.¹³

Het is internationaal gezien dus niet vreemd om juridisch ondersteunend personeel in te zetten in de eerste procedurele fase. Ze leveren hun bijdrage wel grotendeels achter de schermen, want er wordt veel belang gehecht aan het feit dat de rechter de eindverantwoordelijkheid draagt. De *Consultative Council of European Judges* (CCJE) waar rechters deel van uitmaken uit alle deelstaten van de Raad van Europa, heeft ook een *Opinion* uitgevaardigd over *judicial assistants*.¹⁴ Daarin geeft ze aan dat de rechter de controle over de besluitvorming behoort te houden bij de selectie van zaken. In Nederland hebben we – anders dan in de hiervoor besproken landen – een systeem waarin in principe in alle zaken een inhoudelijke uitspraak wordt gedaan.¹⁵ De rol van de Nederlandse griffier voorafgaand aan de zitting is daardoor sowieso anders. Desalniettemin kan van een vooronderzoekscomparitie mogelijk ook een filterende werking uitgaan, waardoor het gelijkenissen krijgt met de eerder genoemde systemen. Het lijkt niet primair de inzet van de preadviseurs te zijn, maar het is zeer wel mogelijk dat het houden van een comparitie tot intrekking van het beroep leidt,

⁸ Zie bijvoorbeeld A. Ward, *Law Clerks*. In: L. Epstein & S.A. Lindquist (eds.) *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*, Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 106-108 en Wieland, *The Role of the Legal Assistants at the German Federal Constitutional Court*. In: R. Rogowski & T. Gawron (eds.) *Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*. New York: Bergbahn Books, 2002, pp. 197-207.

⁹ A. Ward & D. L. Weiden, *Sorcerers' Apprentices: 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court*. New York: New York University Press, 2006, p. 145.

¹⁰ G. Grendstad, W. R. Shaffer, J. Øyrehagen Sunde & E. N. Waltenburg, *Proactive and Powerful: Law Clerks and the Institutionalization of the Norwegian Supreme Court*. The Hague: Eleven International Publishing 2020.

¹¹ G. Grendstad e.a., 2020, pp. 173-184.

¹² Zij leiden geen comparities zoals in het voorstel van het preadvies.

¹³ En overigens ook van de administratieve ondersteuning. Het jaarverslag is te vinden op de website van het Noorse hoogste gerechtshof. <https://www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/supremecourt/annual-report/2019/>

¹⁴ CCJE Opinion No. 22 (2019).

¹⁵ Hoewel afdoening van zaken door de Hoge Raad via art. 80a/81 Wet RO ook als het filteren van zaken kan worden gezien.

of dat om andere redenen de zitting overbodig wordt.¹⁶ Dat laatste maakt de vooronderzoekscomparitie juist ook efficiënt.

3. De vooronderzoekscomparitie in het Nederlandse bestuursrecht: de griffier op de voorgrond

Het voorstel van Stoepker en Schulmer is vooral bijzonder door de *zichtbare* rol die de griffier wordt toebedeeld. De griffier voert het werk niet achter de schermen uit, maar op de voorgrond, als leider van de vooronderzoekscomparitie. Met betrekking tot de eigen verantwoordelijkheden die de griffier daarbij heeft, bedachten de preadviseurs twee varianten. Een lichte variant, waarin de griffier de inventarisatie doet tijdens de comparitie, maar de bestuursrechter alle procesbeslissingen neemt, en een zware variant, waarin de griffier, naast de inventarisatie, zelf bepaalde procesbeslissingen kan nemen. De preadviseurs pleiten ervoor om eerst de lichte variant uit te proberen en daarna eventueel over te gaan op de zware variant. Daarbij merk ik op dat vooral de zware variant tot een werkverlichting van de rechter kan leiden. Bij de lichte variant bestaat het risico dat het alleen maar meer werk voor de rechter oplevert, of anders vooral een verschuiving van werk tot gevolg heeft.

Fundamentele wijziging of codificatie van bestaande werkwijze?

Het voorstel van de preadviseurs kan op twee manieren worden gepresenteerd. Aan de ene kant kun je zeggen dat een fundamentele wijziging in de bestuursrechtelijke procedure wordt voorgesteld. Er wordt een soort poortwachtersfunctie voor de griffier gecreëerd, waarbij substantiële procesbeslissingen al voorafgaand aan de zitting, en dan nog wel door de griffier, worden genomen. Aan de andere kant zou je kunnen stellen – zoals Stoepker en Schulmer zelf ook aangeven¹⁷ – dat het eigenlijk vooral de codificatie van een bestaande praktijk betreft. Ook thans nemen griffiers in voorkomende gevallen namelijk al telefonisch contact op met partijen met bijvoorbeeld het verzoek om extra stukken in te dienen. De vooronderzoekscomparitie zorgt er dan vooral voor dat dit contact op een meer gestructureerde en transparante manier plaatsvindt. Bij de zware variant wordt bovendien de verantwoordelijkheid voor het nemen van een deel van de procesbeslissingen bij de griffier gelegd. Daarbij krijgt de griffier formeel de rol toebedeeld die hij, op basis van zijn kennis en ervaring, informeel vaak al grotendeels aannam.¹⁸

Ik onderschrijf vooral de laatste zienswijze. Er gaat daarbij wel een belangrijke symbolische waarde uit van het feit dat de belangrijke positie van de griffier via deze weg wordt geformaliseerd. Het zou mooi zijn als dat ook tot meer bewustwording leidt over de relevantie van een goede invulling van de positie van juridisch ondersteunend personeel. Ten aanzien van de rol van de griffier in het voorstel van Stoepker en Schulmer noem ik hieronder zowel een aantal praktische als rechtstatelijke aandachtspunten.¹⁹

Belang van communicatieve vaardigheden

Met betrekking tot de invulling van de nieuwe taak van vooronderzoeker, verwacht ik inhoudelijk gezien weinig problemen voor de bestaande griffiers (vooral degenen met enkele jaren ervaring).

¹⁶ De preadviseurs noemen het bespreken van het beproeven van mediation of een schikking als onderdeel van de comparitie en ook de bespreking van de bewijspositie kan inzichten met zich brengen die tot intrekking leiden.

¹⁷ P. 13 van het preadvies.

¹⁸ Zie over de rol van de griffier in de praktijk ook mijn proefschrift. Holvast, 2017.

¹⁹ Zie in dat kader ook N.L. Holvast, De juridisch medewerker in de spotlight, *Rechtstreeks*, 2015, 1, pp. 9-10.

Griffiers beschikken doorgaans over uitstekende juridische kennis²⁰ en voeren, zogezegd, veel van de werkzaamheden feitelijk al uit. De grootste uitdagingen voor de griffier liggen bij deze nieuwe taak niet bij de juridische inhoud, maar bij de communicatieve vaardigheden die een rol als leider van een comparitie vergt. Goede communicatie is, zeker in het licht van de ervaren procedurele rechtvaardigheid, essentieel. Anders dan rechters, die gewend zijn zittingen te leiden, zijn griffiers daar niet voor opgeleid. Uit mijn promotieonderzoek, waarvoor ik zo'n 30 juridische ondersteuners interviewde, blijkt bovendien dat verschillende ondersteuners het ook wel prettig vinden dat hun werk vooral achter de schermen plaatsvindt.²¹ Bij invoering van het voorstel van Stoepker en Schulmer is het dus van groot belang om adequate training op dat gebied aan te bieden. Daarnaast dient hier ook aandacht aan te worden besteed bij de selectie van nieuwe griffiers.

Aandacht voor de rechtsstatelijke waarborgen

Een vooronderzoekscomparitie biedt veel mogelijkheden om de rechtpositie van rechtszoekenden te verbeteren. Het biedt hen de gelegenheid om aan het begin van de procedure mee te praten over het verdere verloop ervan. Zo kan een meer op maat gesneden procedure volgen en is de kans op aanhouding na de zitting kleiner. De kans dat de rechtszoekende zich door de comparitie meer gehoord en gerespecteerd voelt is aanzienlijk. De transparantie van de comparitie (vooral ten opzichte van het eenzijdige telefonisch contact met de griffier) kan bovendien bijdragen aan het vertrouwen in de neutraliteit van de rechtspraak. Dit alles heeft potentie om de ervaren procedurele rechtvaardigheid te vergroten.²² De vraag is wel of het voor een rechtzoekende een bezwaar vormt dat de rechter niet aanwezig is. Dat zou de positieve ervaring van rechtszoekenden kunnen verminderen.

Hoewel de afwezigheid van de rechter de efficiency kan vergroten, is dit ook het aspect waar het grootste risico aan kleeft. Dat de vooronderzoekscomparitie wordt geleid door de griffier zou kunnen worden gezien als een belemmering van de effectieve toegang tot de rechter. Dat is vooral het geval als de comparitie een filterfunctie heeft en een substantieel aandeel van de zaken niet meer op de zitting komt.²³ Dit aspect had wat mij betreft meer aandacht mogen krijgen in het preadvies. Zeker omdat de legitimiteit van rechtspraak een precair onderwerp is, waarover regelmatig maatschappelijke discussie opgang komt.²⁴ Het zal in ieder geval een uitdaging zijn om op dit punt de juiste balans te vinden tussen het ontlasten van de rechter en het waarborgen van een eerlijk proces, met effectieve toegang tot het recht/de rechter. Om die balans te vinden kan het de moeite waard zijn om inspiratie op te doen uit de wijze waarop juridische ondersteuning wordt ingezet in andere rechtsordes. Daarbij kan gekeken worden naar de grenzen en waarborgen die worden gesteld met betrekking tot het overhevelen van taken naar (een equivalent van) de griffier. Daarbij zou overigens ook inspiratie kunnen worden opgedaan door te kijken naar andere type functies die in het buitenland bestaan, zoals de *Rechtspfleger*. Deze functionaris beschikt zelfstandig over beperkte rechterlijke besluitvormingsbevoegdheden. De *Rechtspfleger* bestaat tegenwoordig in verschillende Europese landen.

²⁰ Een baan als juridisch ondersteuner is gewild en op vacatures komen doorgaans veel reacties. Hoewel de positie van juridisch medewerker officieel op Hbo-niveau ligt, beschikken bijna alle nieuw aangenomen juridisch medewerkers over een meestertitel.

²¹ Dat geldt niet voor alle juridisch ondersteuners. Holvast, 2017, pp. 167-168.

²² Zie bijvoorbeeld T.R. Tyler, *Why People Obey the Law*, New Haven: Yale University Press, 1990.

²³ Dit is iets om in de gaten te houden als je een dergelijk experiment uitvoert en evalueert.

²⁴ Meest recentelijk staat de rechtspraak onder druk door uitspraken van politicus Baudet over een dikastocratie die zou bestaan in Nederland.

Het is naar mijn idee echter te gemakkelijk zijn om het voorstel van de preadviseurs op basis van de rechtsstatelijke bezwaren meteen af te wijzen. Dat diskwalificeert ook de noodzaak om oog te hebben voor een efficiënte rechtsgang. Er kan ook worden nagedacht over hoe aan vereisten van rechtsstatelijkheid kan worden voldaan in een situatie waarin de griffier een centralere rol vervult in het vooronderzoek. In dat geval is het in ieder geval van belang om stil te staan bij de waarborgen die gelden met betrekking tot de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de griffier. Stoepker en Schulmer noemen zelf al het introduceren van de mogelijkheid om de griffier te wraken. Het belang om dit adequaat te regelen wordt ook benadrukt in rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op dit gebied.²⁵ Daarnaast kan gedacht worden aan andere aspecten, zoals de wijze van benoeming, vereisten met betrekking tot nevenfunctie, het afleggen van de eed en/of het creëren van professionele standaarden. Gezien de belangrijke rol die juridisch ondersteunend personeel in de praktijk vaak al heeft, zijn dit aspecten die naar mijn idee sowieso discussie verdienen, ook los van het voorstel uit het preadvies.²⁶

4. Hoogste tijd voor een experiment

Het preadvies is een belangrijke aansporing tot het verkennen van een alternatieve invulling van het vooronderzoek en de positie van de griffier daarin. Het zou prachtig zijn als daardoor de ervaren procedurele rechtvaardiging wordt vergroot en de efficiency van de procedure verbetert. De vooruitzichten zijn veel belovend. Wanneer aandacht wordt besteed aan de vereisten van rechtsstatelijkheid, en als goed wordt nagedacht over de praktische invulling, is het zeker de moeite waard om een experiment te starten met een vorm van een vooronderzoek 2.0. Stoepker en Schulmer geven in hun preadvies goed doordachte suggesties over hoe een dergelijk experiment kan worden vormgegeven. Daarbij is het wel relevant om goed te bedenken welke doelen precies worden getracht te bereiken (bijvoorbeeld met betrekking tot de filterwerking). Daarnaast moet goed in de gaten worden gehouden hoe het experiment uitwerkt in de praktijk. De preadviseurs wijzen daarom terecht op het belang van een goede evaluatie van het experiment, om na te gaan of de beoogde doelen inderdaad worden behaald.

²⁵ ECHR, 22 June 2011, *Bellizzi v. Malta*, 46575/09.

²⁶ Zie uitgebreider Holvast, 2017, p. 216 e.v.