

Rechtspreken is rechterswerk dat bij voorkeur in samenwerking geschiedt

Ashley Terlouw

Samenwerking tussen rechters heeft natuurlijk mooie kanten. Dijksterhuis noemt vooral de bijdrage die het levert aan de rechtseenheid. Rechtseenheid is belangrijk en samenwerking tussen rechters heeft daarnaast nog wel andere voordelen. Samenwerking tussen rechters hoeft niet per se uit te monden in regelgeving of afspraken. Het belang van samenwerking ligt wat mij betreft vooral in de toegevoegde waarde van dialoog. De meest geëigende vorm voor deze dialoog tussen rechters is de door de wet geregelde behandeling van rechtszaken in meervoudige kamers. Maar op samenwerking tussen rechters in de meervoudige kamer doelt Dijksterhuis niet. Dat blijkt uit haar opmerking ‘De moderne rechter is geen rechter die solistisch te werk gaat.’ Met deze zin miskent zij het enorm toegenomen percentage zaken dat door een alleensprekende rechter wordt afgedaan¹, maar akkoord, de alleensprekende rechter opereert ook vaak niet solistisch. Hij heeft contact met zijn collega’s buiten de raadkamer om in rechtersvergaderingen, wandelgangen, op congressen en bij het maken van onderlinge afspraken.

Dijksterhuis heeft het over dergelijke, veel verdergaande, vormen van samenwerking dan de – bijna ouderwetse – samenwerking tussen rechters in de meervoudige kamer. Zij heeft het over rechters die algemene regels formuleren in afspraken. Ten behoeve van onze eigen dialoog in dit tijdschrift, zal ook ik me in het navolgende uitsluitend op die vorm van samenwerking tussen rechters richten en me alleen op de negatieve kanten ervan concentreren. Ik baseer me daarbij grotendeels op het rechtssociologische onderzoek dat ik ten behoeve van mijn dissertatie verrichtte naar samenwerking tussen vreemdelingenrechters in de periode 1994-2001 en gebruik hier en daar passages uit mijn boek.² Waar ik dat doe, verwijs ik slechts naar de paginanummers.

¹ Met name in de tweede helft van de vorige eeuw is het percentage sterk toegenomen. Zie hieromtrent bijvoorbeeld L.E. De Groot van Leeuwen, *De rechterlijke macht in Nederland*, (diss.) Gouda Quint 1991, par. 2.1.1. Navraag bij de Raad voor de rechtspraak leerde dat er recent geen wezenlijke veranderingen of ontwikkelingen zijn waar te nemen in het aandeel zaken dat enkelvoudig wordt afgedaan.

² A.B. Terlouw, *Uitspraak en afspraak. Samenwerking tussen vreemdelingenrechters bij ontbreken van hoger beroep* (diss.), Boom juridische uitgevers 2003.

Wederzijdse afhankelijkheid of individuele onafhankelijkheid?

‘Wederzijdse afhankelijkheid is in de moderne rechterlijke organisatie belangrijker dan individuele onafhankelijkheid van de rechter’ schrijft Dijksterhuis. Met die stelling ben ik het hartgrondig oneens. Wederzijdse afhankelijkheid is een gegeven, maar een lastig gegeven waartegen de rechter zich teweer moet stellen omdat een van zijn belangrijkste eigenschappen nu juist hoort te zijn dat hij in onafhankelijkheid tot zijn oordeel komt. Rechterlijke onafhankelijkheid heeft verschillende betekenissen: de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ten opzichte van de wetgevende macht, de onafhankelijkheid in de zin van onpartijdigheid van de rechter ten opzichte van procespartijen en de onafhankelijkheid van de individuele rechter van zijn college en collega’s. Ook die laatste vorm van onafhankelijkheid te bewaren, is zeker in tijden van netwerken, rechterlijk beleid en wederzijdse afhankelijkheid, van groot belang. Rechterlijke samenwerking die uitmondt in richtinggevende afspraken bedreigt deze onafhankelijkheid op verschillende manieren. Het leidt tot verschuivingen in de verhouding tussen de rechterlijke en de wetgevende en uitvoerende macht, in de verhouding van de rechter tot het gerecht en zijn collega’s en in zijn verhouding tot procespartijen. Volgens Dijksterhuis leidt rechterlijke samenwerking uitmondend in bijvoorbeeld alimentatienormen, niet tot een probleem met de Trias Politica omdat de afspraken tussen rechters weliswaar niet bij de strikte benadering van de scheiding van machten passen ‘maar wel bij het uitgangspunt van evenwicht van machten.’ Ik vrees echter dat ook dat evenwicht erdoor wordt verstoord en niet alleen het evenwicht tussen de staatmachten, maar tevens het evenwicht in de relatie tussen rechters onderling en tussen rechters en procespartijen. Rechterlijke afspraken leiden daarnaast tot andere bezwaren, niet allemaal even zwaarwegend maar in onderlinge samenhang zodanig ernstig dat rechters nog eens flink moeten nadenken over betere alternatieven of over waarborgen die deze bezwaren zoveel mogelijk wegnemen.

Samenwerkende rechters en hun verhouding tot de wetgevende en uitvoerende macht

Dijksterhuis noemt in haar bijdrage eigenlijk slechts één bezwaar tegen rechterlijke samenwerking, namelijk dat het primaat voor het ontwikkelen van algemene regels bij de wetgever ligt, maar zij tilt hieraan niet zwaar. Het is inderdaad al sinds jaar en dag aanvaard dat rechters in hun uitspraken aan rechtsvorming doen, dat zij geen *bouche de la loi* zijn. Maar als de rechter algemene regels in onderlinge afspraken neerleggen is het toch wat meer oppassen. Los van de positiefrechtelijke vraag of dit zich verdraagt met het in artikel 12 Wet algemene bepalingen neergelegde verbod voor rechters om in hun uitspraken algemene regels te formuleren, is het om de volgende, meer rechtssociologische redenen, problematisch:

Als rechters als algemene regelgever optreden en algemene regels in afspraken neerleggen, verslapt hun aandacht voor de oplossing van het concrete geschil. Het belang om de met collega’s gemaakte afspraak na te leven, gaat concurreren met het belang om het individuele geval te beslechten, rekening hou-

dend met de bijzonderheden daarvan. Dit kan ertoe leiden dat de rechter deze bij uitstek rechterlijke taak gaat verwaarlozen. Zo fungeerden individuele zaken in de Rechtseenheidskamerprocedure vaak slechts als kapstok. Voor wie wat minder thuis is in het vreemdelingenrecht, de Rechtseenheidskamer (REK) was een van de vormen van samenwerking tussen vreemdelingenrechters in de periode 1994-2001 waarin hoger beroep ontbrak. De REK was formeel een gewone meervoudige kamer van de rechtbank maar informeel verwezen vreemdelingenrechters zaken waarin een principiële kwestie aan de orde was of punten waarover divergentie bestond naar deze kamer. Rechters van verschillende zittingsplaatsen hadden zitting in de REK en de onderlinge afspraak was dat uitspraken van de REK zouden worden gevolgd. Om terug te komen op het probleem van het op de achtergrond raken van het individuele geschil: één van de rechters die ik indertijd voor mijn onderzoek interviewde, sprak de gedenkwaardige woorden 'Daar is toch de REK-zitting niet voor, voor individuele gevallen.' (p. 142). Waar de vreemdelingenrechters afspraken maakten, was van rechtspraak zelfs eigenlijk geen sprake meer. De afspraken waren niet het antwoord op een door partijen aangebrachte concrete rechtsvraag in een individuele zaak, maar een antwoord op een vraag die zich in een reeks van zaken voerde, of zelfs het antwoord op een nog niet gestelde maar potentiële of verwachte rechtsvraag. De rechter is echter geen inductieve regelgever maar een deductieve geschillenbeslechter.

Rechters die algemene regels in onderlinge afspraken neerleggen, doen aan regelgeving, maar zonder dat aan de eisen die gelden voor de wet- en regelgever, zoals democratische controle, is voldaan. Dijksterhuis noemt dit het legitimatietekort. Dat is nog tot daaraan toe, want terecht wijst zij erop dat de wetgever kan ingrijpen en zijn eigen normen in de plaats kan stellen van de afspraken die de rechters maakten, maar tegelijkertijd ontbreken de procedurele waarborgen die onlosmakelijk zijn verbonden aan rechtspraak. De samenwerkingsprocedures waarvoor bijvoorbeeld de vreemdelingenrechters kozen – en uit de bijdrage van Dijksterhuis maak ik op dat dit niet anders is voor de alimentatierechters – verschilden op essentiële punten van de procedure in de rechtszaal. Dat is logisch, maar het bezwaar hiervan is dat procedurele waarborgen die zijn geschreven in het belang van procespartijen overboord werden gezet. Hierop kom ik hieronder terug.

Het maken van afspraken tussen rechters leidt bovendien tot rolvervaging tussen rechters en bestuur. Uit mijn onderzoek bleek indertijd dat de vreemdelingenrechters zich mede verantwoordelijk gingen voelen voor de bestuurlijke organisatie, de productie en de efficiënte afhandeling van zaken en zich minder als geschillenbeslechter gingen gedragen.

Een onderschat probleem van rechterlijke afspraken is voorts dat daarin rechtsvragen worden beantwoord voordat zij tot maatschappelijke discussie hebben geleid. Divergentie van uitspraken heeft niet alleen nadelen. Het dwingt bijvoorbeeld tot voortdurende alertheid, discussie en het houdt het rechtssysteem flexibel. Zo waarschuwde Groenendijk er bijvoorbeeld voor dat de

Rechtseenheidskamer, door te snel definitieve uitspraken te doen, de discussie dreigde te smoren voordat hij goed en wel was begonnen.³

De invloed van samenwerking op de individuele rechter en zijn verhouding tot zijn gerecht en collega's

Dijksterhuis lijkt niet van belang te achten dat intensieve samenwerking tussen rechters die uitmondt in richtinggevend afspraken, ten koste gaat van de individuele onafhankelijkheid van de rechter ten opzichte van zijn college en collega's. Toch is dat een bezwaar dat aandacht behoeft.

Als rechters afspraken maken en daarmee een deel van hun individuele onafhankelijkheid inleveren ten behoeve van de rechtseenheid en het collectief, leidt dat bijvoorbeeld tot collegiale druk om samenwerkingsresultaten te respecteren. Rechters zullen niet alleen een afweging maken tussen het belang van de rechtseenheid en de individuele onafhankelijkheid. Een rechter zal zich bijvoorbeeld ook afvragen of hij het belang van het aan de kaak stellen van de afspraak waarmee hij het niet eens is, vindt opwegen tegen het belang om een prettige collega te zijn die niet moeilijk doet. Enige zorg dat rechters geneigd zullen zijn aan het laatste belang de doorslag geven, is gefundeerd. Veel vreemdelingenrechters die ik interviewde, erkenden dat op hen en collega's verschillende vormen van sociale druk werden uitgeoefend, van een indringend gesprek tot niet-afvaardiging naar de Rechtseenheidskamer. De meeste van hen zagen dat niet als een probleem en sommigen vonden zelfs dat een rechter die absoluut niet met de resultaten van de samenwerking kon leven, misschien maar beter helemaal geen vreemdelingenzaken meer kon doen. 'Onafhankelijkheid moet wijken voor rechtszekerheid' zei een van hen (p.185), zonder overigens aan te geven waarom. Dat mis ik ook in het betoog van Dijksterhuis: waarom gaat rechtseenheid boven onafhankelijkheid? Waarom gaat landelijke eenheid boven het belang van de scheiding der machten? Waarom is het legitimatiekort minder ernstig dan diversiteit? Hoe heeft zij deze belangen gewogen? Dat rechters zichzelf een grote vrijheid permitteren op dit vlak wil nog niet zeggen dat het ook juist of wenselijk is dat zij dit doen.

Een nevenprobleem van de sociale druk op rechters om de onderlinge afspraken te volgen, is dat het leidt tot het verhullen van afwijkingen. Daarvan heb ik in mijn onderzoek diverse voorbeelden gezien, in het bijzonder de techniek van 'individueel wegschrijven' en 'waslijst-redeneringen' werden veel gehanteerd. Dat hield in dat zij in de uitspraak de individuele omstandigheden van de zaak zozeer beklemtoonden dat zij daaraan redenen konden ontleen om anders te beslissen. (vgl. p.190 en 207). Ook uit het onderzoek dat Groenendijk en ik verrichtten naar de wijze waarop vreemdelingenrechters omgaan met uitspraken van hun appelinstantie waarmee ze het niet eens zijn, bleek dat rechters de neiging hebben om kritiek op collega's – in dit geval staatsraden – niet

³ Groenendijk, in: Extra bijlage Vreemdelingenbulletin 1996/21, p. 6 en 7 (interne publicatie Rb Den Haag).

expliciet te uiten, er geen *voice*⁴ aan te geven, maar impliciet te verhullen in individualisering en abstracte inhoudsloze formuleringen.⁵

Een ander nadelig neveneffect van deze vormen van rechterlijke samenwerking was dat oude patronen van zeggenschap op grond van anciënniteit en hiërarchie werden doorbroken. Rechters met een speciale belangstelling en kennis, kregen ruimte om hun ideeën in te brengen (p.321). Op het eerste gezicht mooi en democratisch maar bij nader inzien helemaal niet democratisch maar willekeurig. Er kwam meer macht bij informele specialisten en het droeg bij aan het ontstaan van formele en informele interne hiërarchieën tussen rechters die meer en minder bij samenwerking zijn betrokken.

De samenwerkende rechter en zijn verhouding tot procespartijen

Illustratief voor de invloed van rechterlijke afspraken op de relatie rechter – procespartijen is het volgende argument dat Dijksterhuis naar voren brengt in haar pleidooi voor rechterlijke samenwerking: ‘Ook zijn rechters afhankelijk van hun ketenpartners, zoals de advocatuur en andersom. Met name in het kader van rechterlijke samenwerking is het van belang dat rechters zich bewust zijn van het bestaan van hun wederzijdse afhankelijkheid. Actoren die van elkaar afhankelijk zijn, zijn namelijk in beginsel eerder geneigd tot samenwerking.’ Op het eerste gezicht staat mijn visie hier lijnrecht tegenover die van Dijksterhuis. Mijn visie verwoordde ik als volgt als zesde stelling bij mijn proefschrift: ‘Wie de vreemdelingenkamers als ketenpartner van de Immigratie- en Naturalisatie Dienst beschouwt, miskent de onafhankelijkheid van de vreemdelingenrechter. De vreemdelingenrechter controleert het bestuur en werkt er niet mee samen.’ Maar op het tweede gezicht bedoelt Dijksterhuis misschien dat rechters onderlinge afspraken moeten maken omdat zij zich dan gezamenlijk onafhankelijker ten opzichte van ‘ketenpartners’ kunnen opstellen. Het is mij in dat geval echter niet helemaal duidelijk waarom daarvoor rechterlijke afspraken nodig zijn, misschien zou het beter helpen als rechters deze actoren die zich met hetzelfde rechtsgebied bezighouden niet als ketenpartners beschouwen, maar als wat zij zijn: procespartijen. Maar er zijn andere argumenten gelegen in de verhouding van rechters tot procespartijen die pleiten tegen rechterlijke samenwerking die uitmondt in richtinggevende afspraken.

Een van de belangrijkste bezwaren is dat procedurele waarborgen voor procespartijen met voeten worden getreden. Als rechters geheel buiten de rechtspraak om afspraken maken die consequenties hebben voor toekomstige zaken, doet dit afbreuk aan de forumfunctie van het proces en het onmiddellijkheidsbeginsel (vgl. p.321 en 322). Deze eisen houden in dat de uitspraak moet zijn gebaseerd op wat ter terechtzitting is gebleken en op basis van de informatie die partijen op zitting en in de overgelegde stukken hebben verstrekt: *The one who decides must hear*. Het meebeslissen (soms al vooraf) door rechters zonder dat zij van de argumenten van procespartijen kennisnemen, verdraagt zich niet met

⁴ Vgl. A.O. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty, Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge (Ma.) 1970 (Harvard UP).

⁵ Groenendijk, *Een venijnig proces*, Sdu uitgevers 2008, p.35-38.

deze eis. Het proces mag zich niet, ook niet gedeeltelijk, afspelen buiten aanwezigheid van procespartijen, althans zonder dat procespartijen er invloed op hebben kunnen uitoefenen.

Hiermee verband houdt dat het maken van afspraken tussen rechters op gespannen voet staat met het *ius de non evocando* van artikel 17 Grondwet, het recht op de wettelijk aangewezen rechter. Jessurun d'Oliveira is van oordeel dat het *ius de non evocando* wordt geschonden door overleg en afspraken tussen rechters buiten de raadkamer.⁶ In dergelijk overleg kunnen rechters die niet door de wet zijn aangewezen om het geschil te beslechten immers de uitkomst daarvan beïnvloeden of zelfs bepalen (vgl. p. 53).

Een ander bezwaar is dat rechters die afspraken maken meer aandacht geven aan het oplossen van hun interne meningsverschillen dan aan de geschillen tussen de procespartijen. Als zij hun onderlinge geschil eenmaal hebben opgelost en tot een afspraak zijn gekomen dan hebben ze geen dwingende reden meer om na te gaan waar de kern van het probleem tussen partijen ligt, integendeel, ze zullen geneigd zijn om dit zo op te vatten dat de gemaakte afspraak daarvoor de oplossing biedt.

Het laatste argument tegen het maken van richtinggevende afspraken dat ik naar voren wil brengen, is dat het afbreuk doet aan de *equality of arms*: vooral de *repeat player*⁷ profiteert ervan als rechters afspraken maken, hij heeft namelijk veel meer kans om invloed op die afspraken uit te oefenen en om ervan op de hoogte te raken. Het maken van afspraken speelt zich af buiten het openbare proces en leidt daarmee tot vermindering van de betekenis daarvan. Des te belangrijker wordt het voor procespartijen om zicht te hebben op wat zich buiten het proces om afspeelt en *repeat players* verkeren dan zonder enige twijfel in het voordeel (p. 90–92).

Conclusie: het echte rechterswerk is rechtspreken

Uit het bovenstaande blijkt dat ik van mening ben dat tegen het maken van afspraken tussen rechters dusdanig grote bezwaren bestaan dat daartoe niet lichtvaardig moet worden besloten. Toch kan het in sommige gevallen gewenst zijn om dergelijke afspraken te maken, bijvoorbeeld als de wetgever het laat afweten, zoals in het geval van de door Dijksterhuis besproken alimentatienormen. Een deel van ons verschil van mening zal ongetwijfeld te maken hebben met het rechtsgebied waarop de studies van Dijksterhuis en mijzelf zich richten. Het bepalen van het alimentatiebedrag vereist waarschijnlijk een minder onafhankelijke blik dan het bepalen of het veilig is om naar Iran terug te keren. Afspraken over alimentatienormen zijn bijna te formuleren als een vooraf gedefinieerde rekensom met toepasselijke parameters. Ook bij dergelijke afspraken zal echter moeten worden nagedacht hoe de nadelen van het maken van afspra-

⁶ H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Rechters die afstemmen en afhouden. Vragen over de verenigbaarheid van coördinatiestrategieën met artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM', *NJB* 1999, p. 377-384.

⁷ Begrip ontleend aan M. Galanter, 'Why the 'haves' come out ahead, speculations on the limits of legal change', *Law and Society Review*, vol. 9, 1994, p. 95-160.

ken kunnen worden beperkt. Het is me wat te eenvoudig om te doen voorkomen alsof het enige probleem met rechters die in afspraken algemene regels formuleren, is dat de wetgever niet meer het primaat heeft op het terrein van algemene regelgeving en alsof rechtseenheid het hoogste goed is.⁸ In het kader van rechterlijke samenwerking is aandacht nodig voor de rechterlijke onafhankelijkheid en voor de aantasting van procedurele waarborgen. Een groot gevaar van dergelijke samenwerking tussen rechters is voorts dat discussie te snel wordt gesmoord. Met een onvoorwaardelijke keus voor rechtseenheid wordt het belang van diversiteit in de eerste lijn miskend.

Rechters die afspraken maken, hebben vanzelfsprekend de bedoeling dat zij en hun collega's die afspraken naleven. Die enkele bedoeling al betekent dat zij hun eigen vrijheid om te beslissen en die van collega's beperken. Een openbare afspraak beperkt die vrijheid meer dan een niet openbare afspraak, maar een openbare afspraak heeft het voordeel dat partijen ervan kennis kunnen nemen en er argumenten tegen kunnen aanvoeren. Bovendien kan de rechter die in zijn uitspraak van een openbare afspraak wil afwijken – bijvoorbeeld omdat hij naar zijn oordeel in het individuele geval tot een onaanvaardbare uitkomst leidt – dat onder verwijzing naar die afspraak doen en dat motiveren. De afspraak zal daardoor enige flexibiliteit behouden (vgl. p. 346). Ik neem aan dat Dijksterhuis het over openbare afspraken heeft.

Veel bezwaarlijker is een niet-openbare afspraak, ook aan die afspraak zal de rechter zich gebonden voelen en ook met betrekking tot die afspraak zal collegiale druk bestaan tot naleving ervan. Procespartijen die niet van het bestaan van de afspraak op de hoogte zijn, kunnen zich er niet tegen verzetten en afwijkingen van de afspraak zal de rechter proberen te verhullen.

Ik wijs het maken van afspraken door rechters niet zonder meer af en ben zelfs een groot voorstander van samenwerking tussen rechters, maar ik geef er de voorkeur aan dat zij aan die samenwerking gestalte geven in de meervoudige kamer, waarbij diverse varianten van gecoördineerde rechtspraak denkbaar zijn, zoals die indertijd in de Rechtseenheidskamer plaatsvond. Hoewel een aantal van door mij genoemde bezwaren tegen afspraken zich ook kan voordoen bij gecoördineerde rechtspraak in meervoudige kamers, denk hierbij aan rechters die geneigd zijn om zich collegiaal op te stellen en aan informele hiërarchieën, gelden voor deze 'rechtspraak' procedurele waarborgen die ontbreken bij het maken van afspraken buiten de rechtspraak om. Samenwerking tussen rechters in die laatste zin is daarom naar mijn mening in beginsel geen rechterswerk. Als rechters toch afspraken maken, zal aan een aantal voorwaarden moeten zijn voldaan, zoals openbaarheid, flexibiliteit en de mogelijkheid van gemotiveerde afwijking. Verder moeten zij nagaan wat die samenwerking betekent voor hun interne en externe verhoudingen en hoe zij de inbreuk die zij daardoor maken op rechtsbeginselen en procedurele waarborgen zo beperkt mogelijk kunnen houden (vgl. p. 350).

⁸ Vgl. C.A. Groenendijk, 'Rechtseenheid het hoogste goed?', in: *Extra bijlage Vreemdelingenbulletin* 96/21 (verslag vreemdelingenrechtersbijeenkomst 21 november 1996 (interne publicatie rechtbank Den Haag)).

Dijksterhuis heeft de vrolijke visie: ‘het gebeurt, dus laten we zorgen dat het zo goed mogelijk gebeurt’. Anders dan Dijksterhuis meen ik echter dat we voordat we ons buigen over de vraag hoe we rechters in staat stellen goede regelgevers te worden, we ons beter eerst kunnen richten op de vraag wat de consequenties zijn voor de maatschappij en het recht als rechters zich als algemene regelgevers gedragen in plaats van als individuele geschillenbeslechtsers. Rechts-sociologen zouden in kaart moeten brengen wat er feitelijk gebeurt als rechters zich begeven buiten hun eigenlijke taak: rechtspreken.