

Burgerlijk procesrecht als Publiekrecht

A.F.M. Brenninkmeijer

*Tekst horende bij de openbare les ter gelegenheid
van de aanvaarding van het ambt van hoogleraar
burgerlijk procesrecht aan de Universiteit van Amsterdam,
gehouden op 22 maart 1993.*



W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle

© 1993 A F M Brenninkmeijer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van uitgeverij W E J Tjeenk Willink te Zwolle.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art 16B Auteurswet 1912 jo het Besluit van 20 juni 1974, Stb 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug 1985, Stb 471, en art 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 271 3705 6

BURGERLIJK PROCESRECHT ALS PUBLIEKRECHT

A.F.M. Brenninkmeijer

‘Men twist over de vraag of bepaalde delen van de rechtswetenschap, het burgerlijk procesrecht bijvoorbeeld, tot het privaatrecht of publiekrecht horen, een vraag van classificering, die ons koud kan laten, ook – en dit is belangrijker – of bepaalde rechtsverhoudingen, omdat zij van publiekrechtelijke aard zijn, al dan niet door regels van privaatrecht worden beheerst’.¹ Deze woorden van Paul Scholten vormen wel een erg ongelukkig begin voor een rede met als titel ‘burgerlijk procesrecht als publiekrecht’. De redenaar gaat een stelling betrekken die ‘ons koud kan laten’. Tegenover Paul Scholten lijkt de bewijslast zwaar.

Het gaat in deze rede niet om de classificering als zodanig. Waar talloze geschriften de vervagende grenzen tussen publiekrecht en privaatrecht tot onderwerp hebben² en het begrip ‘osmose’³ in dit verband opgang heeft gemaakt is het vrij zinloos dogmatiek op dit punt te bedrijven. Het kan ons koud laten of burgerlijk procesrecht publiekrecht dan wel privaatrecht is. Tegelijkertijd kan de

1 P. Scholten, *Algemeen ael*, Zwolle 1974, bewerkt door G. J. Scholten, p. 26, (1934, p. 34).

2 Zie het themanummer van het WPNR ‘De overheid en privaatrecht’, opgedragen aan J. M. Polak, WPNR 6074, 1992, p. 949 e.v. en A. R. Bloembergen en D. A. Lubach, *Burgerlijk recht en administratief recht twee gelijkwaardige rechtsgebieden, open verbonden in één rechtsorde*, WPNR 5885, p. 446 e.v. en E. M. H. Hirsch Ballin, *Voorbij het onderscheid van publiek- en privaatrecht*, in *Bestuursrecht en Nieuw B.W.*, Zwolle 1988, p. 15 e.v.

3 Osmose tussen publiek- en privaatrecht, themanummer *Ars Aequi* 1987, p. 273 e.v., zie ook H. J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht*, Arnhem, Deventer, Zwolle 1992, p. 5.

benadering van het burgerlijk procesrecht vanuit het publiekrecht juist een uitdrukking vormen van deze osmose tussen beide rechtsgebieden.

Is niet de eigen aard van het burgerlijk procesrecht een uitvloeisel van de eigen aard van het privaatrecht?⁴ Waarom dan de vraag aan de orde stellen of het burgerlijk procesrecht als publiekrecht benaderd kan of moet worden? Het procesrecht is dienend ten opzichte van het materiële recht. Zolang partijen in vrede met elkaar omgaan wordt uit eigen verkiezing gevolg gegeven aan de vorderingen die het recht schept. Dat is de dagelijkse realiteit van het privaatrecht. Slechts in uitzonderlijke situaties komen partijen tegenover elkaar te staan en trachten zij via de rechter doorzetting van hun subjectieve rechten te bereiken. De tussenkomst van de rechter mag er echter niet toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan de bijzondere rechtspositie van rechtssubjecten in het burgerlijke recht. De vrijheid van handelen van rechtssubjecten die het burgerlijk recht veronderstelt en regelt mag niet door de tussenkomst van de rechter teniet gedaan worden.

Zo beschouwd vormt het 'rechtskarakter' van het burgerlijk procesrecht een fundamentele kwestie. Met name is fundamenteel de vraag wat de taak van de rechter is in het burgerlijk proces en op welke wijze die taak genormeerd is. Ik zal de stelling betrekken dat de taak van de rechter in het burgerlijk proces primair publiekrechtelijk genormeerd is. Met het betrekken van deze stelling reken ik af met een aantal traditionele gezichtspunten uit het burgerlijke procesrecht, die zowel in de theorie als in de praktijk ter discussie zijn komen te staan. Deze gezichtspunten betreffen de voorkeur voor de dagvaardingsprocedure voor 'contentieuze geschillen' en de daarmee samenhangende lijdelijkheid van de rechter in het civiele proces en als uitvloeisel daarvan de – beperkte – invloed van de rechter op het debat tussen partijen in het geding. Dit onderwerp is actueel omdat het burgerlijke procesrecht sterk in beweging is en een discussie gaande is over de grondslagen van

⁴ Of geldt een omgekeerde invloed? G. J. Scholten, De invloed van wijzigingen in het procesrecht op het burgerlijk recht, *WPNR* 5517, p. 317 e.v.

het burgerlijk procesrecht. Deze grondslagendiscussie is van grote betekenis voor de invalshoek die de wetgever kiest bij de noodzakelijke herziening van ons chaotisch geregelde burgerlijk procesrecht. Ik heb twijfels over de juistheid van de uitgangspunten die de wetgever thans hanteert. Overigens moet gevreesd worden dat de wetgever – wellicht enigszins mismoedig door de kritische reacties op de civiele kantongerechtsprocedure en het scheidingsprocesrecht – de herziening van ons burgerlijk procesrecht op de lange baan schuift. Ik hoop met deze rede een stimulans te geven aan de gedachtenvorming over procesrecht ten einde vooral die herziening een redelijke kans te geven.

Het burgerlijk procesrecht mag in mijn visie niet binnen een al te enge context bestudeerd worden. Daarom komen hieronder meerdere onderwerpen aan de orde in een meer generalistische benadering die het mij mogelijk maakt de voor mijn betoog relevante vragen te stellen en inzichten te illustreren. Het eerste onderwerp waar ik aandacht aan schenk is de onrechtmatige daad, omdat dit leerstuk zich bij uitstek leent voor een vergelijking tussen publiek- en privaatrecht.

SCHADEVERGOEDING BIJ ONRECHTMATIGE DAAD

Artikel 6:162 BW bepaalt dat hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. Schadevergoeding kan op grond van artikel 6:103 BW bestaan in een bedrag in geld, doch de jurisprudentie laat zien dat vaker een vergoeding van de reële schade mogelijk wordt in een andere vorm, bijvoorbeeld herstel in de vorige toestand of het verbod, bevel of gebod of het verrichten van een bepaalde handeling, bijvoorbeeld de levering van een registergoed. Het is elementair burgerlijk procesrecht dat de rechter slechts kan toewijzen hetgeen gevorderd is. Wanneer de levering van een registergoed bij wijze van schadevergoeding gevorderd is en *die* vordering niet voor toewijzing vatbaar

is, terwijl een schadevergoeding in geld wel toewijsbaar doch niet gevorderd was, kan de rechter niet anders dan de vordering afwijzen.⁵ Een goed advocaat zal daarom de beoogde vordering met een of meer subsidiare vorderingen veilig stellen. Benaderd vanuit het privaatrecht vormen dit elementaire waarheden. Vanuit het publiekrecht komt er echter een interessant element van het schadevergoedingsrecht naar voren. De verbinding tussen privaatrecht en publiekrecht kan gelegd worden via de onrechtmatige overheidsdaad.

Artikel 6:162 vormt niet alleen de kern van het civiele onrechtmatige daadsrecht, doch ook van de onrechtmatige daad in algemene zin. De Hoge Raad heeft recent jurisprudentie gevormd⁶ waaruit blijkt dat de verhouding tussen de rechtsgang voor de burgerlijke rechter en voor de verschillende bestuursrechters geheel algemeen deze is, dat wanneer er een bestuursrechtelijke rechtsgang is die met voldoende waarborgen is omkleed en die even effectief is, eiser in zijn vordering voor de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk is.⁷ Deze jurisprudentie betrof slechts de Ambtenarenwet 1929 waarvoor tot voor kort gold dat de burgerlijke rechter ter zake van de ambtenaarsverhouding *onbevoegd* was.⁸ De grondgedachte van de vroegere jurisprudentie was dat de Ambtenarenwet 1929 een volledige rechtsgang bood, inclusief kort geding en de mogelijkheid van schadevergoeding, zodat die wet derogeerde aan de algemene bevoegdheid van de burgerlijke rechter op grond van artikel 2 RO. Nu geldt dat ook ten aanzien van de Ambtenarenwet 1929 de burgerlijke rechter aanvullende rechtsbescherming kan bieden. In de sfeer van het kort geding en ook de schadevergoeding kan onder omstandigheden behoefte bestaan aan die aanvullende rechtsbescherming, met name omdat de Ambtena-

5 Bij een andere schadevergoeding dan die in geld zou aan de rechter een discretionaire bevoegdheid toekomen

6 HR 28 februari 1992, AB 301, m n F H van der Burg, NJ 687, m n M Scheltema

7 Ook ten aanzien van het strafproces neemt de onrechtmatige daad een bijzondere positie in, in die zin dat op grond van artikel 6:162 BW in de marge van het strafproces toegang tot de rechter verkregen kan worden, vgl J H Blaauw, *Kort geding in strafzaken*, Zwolle 1992

8 Laatste HR 4 december 1987, NJ 1988, 295

renwet 1929 geen volledige bevoegdheid tot het toekennen van schadevergoeding geeft. De Hoge Raad heeft in een reeks eerdere arresten telkens ten aanzien van bepaalde bijzondere rechtsgangen bepaald hoe de verhouding tot de rechtsgang voor de burgerlijke rechter was en telkens is de lijn gekozen dat de aanwezigheid van die andere rechtsgang niet leidde tot *onbevoegdheid* van de burgerlijke rechter, doch dat eiser niet-ontvankelijk was in zijn vordering.⁹

Met de koerswijziging in de jurisprudentie ten aanzien van de Ambtenarenwet 1929 lijkt het erop alsof de Hoge Raad geanticipeerd heeft op de komst van de Algemene wet bestuursrecht, met daarin het vernieuwde bestuursprocesrecht in hoofdstuk 8. Het lijkt thans onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad alsnog ten aanzien van het nieuwe bestuursprocesrecht – in navolging van de inmiddels verlaten jurisprudentie inzake de Ambtenarenwet 1929 – zou beslissen dat de bevoegdheid van de bestuursrechter derogeert aan de bevoegdheid van de burgerlijke rechter op grond van artikel 2 RO.¹⁰ Veel waarschijnlijker is dat de Hoge Raad de inmiddels gevormde algemene jurisprudentielijn zal doortrekken en zal bepalen dat wanneer de bestuursrechter *bevoegd* is kennis te nemen van een bepaald geschil, de burgerlijke rechter eiser in zijn vordering niet-ontvankelijk zal verklaren. Deze – positief te waarderen – jurisprudentie zou twee belangrijke gevolgen hebben.

In de eerste plaats blijft de burgerlijke rechter bevoegd om op basis van de algemene onrechtmatige daadsactie van artikel 6:162 aanvullend rechtsbescherming te geven, zodat die bepaling *de norm stelt voor de schadevergoeding bij onrechtmatige daad in het algemeen*. In de tweede plaats – en als uitvloeisel van het eerste punt – kan de burgerlijke rechter alle lacunes die de rechtsbescherming ingevolge de AWB nog vertoont, opvullen. Deze lacunes betreffen in de eerste plaats de talrijke irrationele uitzonderingen

9 Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, Utrecht 1991, p. 394 e.v.

10 Tegen die tijd zal echter artikel 2 RO gesneuveld zijn bij de invoering van algemene bestuursrechtspraak en zal de Hoge Raad rechtstreeks de bevoegdheid baseren op artikel 112, eerste lid van de Grondwet, *Kamerstukken II*, 1991–1992, nr. 22 495, artikel I

die in de AWB helaas ten aanzien van de toegang tot de rechter zijn opgenomen. Voorts kunnen er eventueel lacunes optreden voor zover het gaat om (de hoogte van) schadevergoeding die in bestuursrechtelijke geschillen wordt toegekend. Een derde voordeel betreft de dialoog tussen de civiele en bestuursrechtkamer¹¹ binnen de rechtbanken na de integratie. Aangezien artikel 6:162 BW de norm stelt, zullen acties tot aanvullende schadevergoeding na een bestuursrechtelijke rechtsgang leiden tot vrij onnodige dubbelprocedures bij de rechtbank. Het is niet onwaarschijnlijk dat de opstelling van de rechter in bestuursrechtelijke geschillen daarom zich zal aanpassen bij de benadering van de civiele kamer.

Het spreekt voor zich dat gelet op deze verhouding tussen artikel 6:162 en hoofdstuk 8 van de AWB een nadere verkenning van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad onder het komende bestuursprocesrecht van belang wordt. Deze verkenning is te meer interessant, omdat ongemerkt de grens tussen formeel en materieel recht aan de orde komt. Boven discussie is verheven dat artikel 6:162 materieel (privaat)recht betreft. De schadevergoeding bij onrechtmatige daad ingevolge de AWB heeft echter niet de status van materieel (bestuurs)recht, doch van formeel (proces)recht! Artikel 8.2.6.7, eerste lid AWB bepaalt:

‘Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, *kan zij*, indien daarvoor gronden zijn, op verzoek van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade die die partij heeft geleden.’

De AWB bevat niet een bepaling waarin is vastgelegd wanneer de overheid onrechtmatig handelt, of de vraag wanneer een beroep ‘gegrond’ is. Globaal gesteld houdt de bestuursrechtelijke doctrine in dat het beroep gegrond is wanneer de overheid in strijd gehandeld heeft met het geschreven of het ongeschreven recht (met

11. Als ten minste de rechtbanken tot vorming van een zodanige kamer die alle bestuursrechtelijke geschillen beslecht zullen komen. Binnen sommige rechtbanken leeft helaas de idee om meerdere kamers te vormen

name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur).¹² Indirect geeft artikel 8.2.6.12 AWB een indicatie voor de juistheid van deze doctrine, omdat deze bepaling voorschrijft dat bij gegrondverklaring van het beroep de uitspraak vermeldt welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt geoordeeld. Een vergelijking met artikel 6:162, tweede lid BW dringt zich op:

‘Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.’

Zeker gelet op meer recente jurisprudentie van de Hoge Raad ter zake van de betekenis van schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de onrechtmatige daad en de schakelbepalingen in het BW en de AWB terzake, kan worden gesteld dat er tussen de beoordeling van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter ten materiele geen wezenlijk verschil behoort te zijn. Daarbij plaats ik echter de kanttekening dat de cultuurverschillen tussen de verschillende bestuursrechtelijke colleges (ook onderling) en de civiele rechter in de praktijk wel degelijk tot niet onaanzienlijke waarderingsverschillen kunnen leiden.

De memorie van toelichting bij de AWB maakt duidelijk dat de wetgever niet beoogt de aanvullende bevoegdheid van de burgerlijke rechter uit te sluiten, doch uitgangspunt is wel dat de schadevergoeding die de bestuursrechter zal toekennen volledig is.¹³ De toevoeging die in de schadevergoedingsbepaling in het AROB-procesrecht voorkomt ‘onverminderd het recht van belanghebbende om op grond van andere wettelijke bepalingen schadevergoeding te vragen’¹⁴, is niet overgenomen. In beginsel zou daarom

12 Niet iedere schending van de wet of een (in de wet gecodificeerd) algemeen beginsel van behoorlijk bestuur leidt echter tot een gegrond beroep. Zie onder meer artikel 6.22 AWB.

13 *Kamerstukken II*, 1991–1992, nr. 22 495, nr. 3 p. 148 e.v.

de civiele rechter geen taak meer hebben. Overigens voegt de memorie van toelichting – voor de goede orde – nog expliciet toe dat met deze regeling van de schadevergoeding geen wijziging wordt beoogd voor het geldende, materiële schadevergoedingsrecht.¹⁵ Deze laatste toevoeging maakt evident dat artikel 6:162 als algemeen uitgangspunt voor de onrechtmatige daad ook ten opzichte van het bestuursrecht en de bestuursrechter blijft gelden¹⁶

FORMEEL RECHT EN MATERIEEL RECHT

Hoewel het spannend is om vooruit te kijken hoe het komende bestuursrecht de onrechtmatige daad inpast, gaat het hier om het eerder gesignaleerde punt: betreft de onrechtmatige daad nu formeel (proces)recht of materieel recht? Voor civilisten is dit een vrij onzinnige vraag; evident is de onrechtmatige daad als zodanig materieel recht en het lijkt een systeemfout van de AWB dat daarin de bestuursrechtelijke normering van de onrechtmatige daad – voor zover al aanwezig – in het hoofdstuk over procesrecht is opgenomen. Toch gaat achter deze constatering een interessant punt schuil: het ‘rechtsvorderingsrecht’. In het burgerlijk recht wordt wel – in navolging van Rutten¹⁷ en Heemskerk¹⁸ – onderscheid gemaakt tussen het subjectieve recht, het vorderingsrecht en de rechtsvordering.¹⁹ Het subjectieve recht is materieel recht en de rechtsvordering (het instellen van het proces) is formeel recht. Snijders heeft erop gewezen dat de terminologie van het BW op

14 Art 99 Wet AROB

15 *Kamerstukken II* 1991–1992, nr 22 495, nr 3, p 148–149

16 In de memorie van antwoord, *Kamerstukken II* 1992–1993, nr 22 495, nr 6 p 56 wordt expliciet verwezen naar de criteria voor de civiele onrechtmatige overheidsdaad

17 C W Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, 3e druk 1972, bewerkt door L E H Rutten

18 W H Heemskerk, *Vorderingsrecht en rechtsvordering, over actieenrecht en boek 3, titel 11 ontwerp-B W*, Deventer 1974

19 H J Snijders, *Vorderingsrechten en toekomstige subjectieve rechten mede in verband met faillissement en surseance van betaling*, in *Het nieuw BW in functie*, Arnhem 1992, p 17 e v

dit punt veel te wensen overlaat, omdat de begrippen vordering, vorderingsrecht en rechtsvordering vrij systeemloos door elkaar gebruikt worden.²⁰

Tussen het materiële recht en het formele recht vormt het vorderingsrecht de tussenschakel.²¹ Deze benadering hangt samen met het feit dat in het burgerlijk recht subjectieve rechten voorkomen, waaraan geen vorderingsrecht, dus ook geen rechtsvordering verbonden is: de natuurlijke verbintenis, ten aanzien waarvan artikel 6:3, eerste lid BW bepaalt dat deze een rechtens niet-afdwingbare verbintenis is, onder meer (tweede lid) wanneer een wet of rechtshandeling aan een verbintenis de afdwingbaarheid onthoudt.²²

De rechtsvordering is nader geregeld in artikel 3:296, eerste lid, BW:

‘Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.’

Deze bepaling, die nauw aansluit bij de bepaling over de natuurlijke verbintenis, is de eerste van Titel 11 van Boek 3, getiteld ‘rechtsvorderingen’ en heeft niet alleen betrekking op verbintenis- en, doch op alle rechtsplichten.²³ In deze titel vinden ook de reële executie en de verjaring regeling. De verjaring leidt ertoe dat het vorderingsrecht komt te vervallen. Onder andere Heemskerk heeft de kritiek geuit dat in deze titel van het BW ten onrechte procesrecht is opgenomen.²⁴ Stein deelt zijn kritiek niet.²⁵

Samenvattend kan worden gezegd dat in het civiele recht onderscheid wordt gemaakt tussen het subjectieve recht (bijvoor-

20. Snijders, *a.w.*, p. 19.

21. Heemskerk, *a.w.* p. 24, die over formeel en materieel procesrecht spreekt.

22. Daarnaast kent het BW de natuurlijke verbintenis als dwingende morele verplichting.

23. ASSER-HARTKAMP-I, nr. 21.

24. Vorderingsrecht en rechtsvordering, *a.w.*, p. 28.

25. In zijn bespreking van de rede van Heemskerk. *RM Themis* 1975, p. 597 e.v.

beeld 6:162 BW), het vorderingsrecht (3:296 BW) en de rechtsvordering (1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

Een blik terug naar artikel 8.2.6.7 AWB leert dat die bepaling in zekere zin de bestuursrechtelijke tegenhanger is van artikel 3:296 BW. Als gezegd ontbreekt een formulering van de onrechtmatige daad als zodanig in de AWB, terwijl bij wijze van procesrecht is bepaald dat de rechter op verzoek van een partij de overheid tot een schadevergoeding kan veroordelen.

Waarom deze vergelijking met het komende bestuursrecht? Met wat graaf- en spitwerk komt naar boven dat bij een onrechtmatige daad er een op de wet gebaseerde gehoudenheid ontstaat om de schade te vergoeden en dat de wet bepaalt dat de rechter op vordering van de gerechtigde daartoe een veroordeling uitsprekt. De inhoud van de schadevergoeding kan verschillen, kort gezegd, naast een vergoeding van schade in geld is een andere vorm van schadevergoeding onder omstandigheden mogelijk. *Welke vorm van schadevergoeding wordt toegekend is afhankelijk van – zoals artikel 3:296 BW bepaalt – de vordering van de gerechtigde.* Opmerkelijk is dat in het burgerlijk recht de vergoeding van schade in de vorm van geld traditioneel de meest voorkomende vorm van schadevergoeding is. In de laatste decennia komen andere vormen van schadevergoeding meer in de belangstelling. In het bestuursrecht is de rechtsontwikkeling precies tegengesteld. De inzet van het proces vormde de vernietiging van de onrechtmatige bestuurshandeling (besluit, beschikking) en eventueel de opdracht aan het bestuursorgaan om een niet-onrechtmatige bestuurshandeling te verrichten. De schadevergoeding in geld speelde in de verschillende bestuursprocesregelingen geen of slechts een bescheiden rol. Voorts heeft de burgerlijke rechter een belangrijk aandeel gehad in de rechtsvorming ten aanzien van de onrechtmatige overheidsdaad. In zoverre liep de ontwikkeling meer parallel met die elders in het burgerlijk recht. Toch geldt ook hier een uitzondering: het verbod of het bevel in de richting van de overheid (in de zin van reële veroordeling) is traditioneel terughoudend benaderd. Het nieuwe bestuursprocesrecht is in die zin vernieuwend: naast de vernietiging heeft de rechter vele bevoegdheden om de gevolgen

van de onrechtmatige overheidsdaad ongedaan te maken: de opdracht tot het nemen van een nieuwe beslissing, eventueel onder tijdsbepaling en versterkt met een dwangsom, het in stand laten van de gevolgen en het zelf nemen van een nieuwe beslissing, die treedt in de plaats van de vernietigde overheidsbeslissing. *Kern van de zaak is echter dat het bestuursprocesrecht de inhoud van de uitspraak benadert als een bevoegdheid van de rechter.* Slechts ten aanzien van de schadevergoeding in geld is bepaald dat dit *op verzoek van een partij (burger dan wel verwerend overheidsorgaan)* mogelijk is.²⁶ Achter dit verschil gaat kennelijk geen dogmatisch standpunt schuil, doch slechts de vrees dat de burger wellicht al te vaak (bijkomende) schadevergoeding zal vorderen.

Hiermee ben ik uitgekomen bij mijn vondst als schatgraver. In het burgerlijk proces geldt als algemeen uitgangspunt dat 'de verplichting iets te geven' leidt tot een veroordeling door de rechter daartoe, *op vordering van de rechthebbende*, met andere woorden: een rechthebbende heeft de discretionaire bevoegdheid om met het kiezen van zijn petitum te bepalen tot welk dictum de rechter komt.²⁷ In het bestuursprocesrecht is echter aan de rechter een discretionaire bevoegdheid gegeven (behoudens de vordering van schadevergoeding in geld) om bij gegrondverklaring van het beroep de onrechtmatigheid teniet te doen op een van de wijzen in de wet genoemd.

De praktijk laat wellicht zien dat de hier getrokken grenzen veel minder scherp liggen. Kan een rechter niet wanneer een partij tot een vordering komt die niet toewijsbaar is (afgifte van een goed), terwijl er wel voldoende gronden zijn om tot een veroordeling van schadevergoeding in geld te komen, tijdens een comparitie (bijvoorbeeld na antwoord) het daarheen leiden dat de vorderende partij op de gedachte wordt gebracht om met een wijziging/ver-

26. Art. 8.2.6.7. AWB.

27. Bij het toekennen van een andere schadevergoeding dan in geld komt aan de rechter wel een discretionaire bevoegdheid toe, zij het dat de rechter daarbij niet willekeurig mag kiezen: in beginsel is de keuze aan de eisende partij. Hartkamp stelt echter dat de rechter ter zake geen zware motiveringsplicht zou hebben. Uit het oogpunt van behoorlijke rechtspraak betwijfel ik de juistheid van die stelling. ASSER-HARTKAMP-I, nr. 411.

meerdering van eis alsnog subsidiair een veroordeling tot een bepaald geldbedrag te vorderen?

THEORIE EN PRAKTIJK

Deze exercitie betreffende de onrechtmatige daad in het burgerlijk recht en in het bestuursrecht, de bevoegdheden van partijen en de inhoud van de uitspraak van de rechter vormde slechts een aanleiding voor een bezinning op de vraag wat een wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk procesrecht inhoudt. Of juist: dient in te houden.²⁸ Over het karakter van de rechtswetenschap als wetenschappelijke discipline valt te twisten.²⁹ De in de laatste tijd wel geconstateerde verschraling van het academische milieu zou haast de idee legitimeren dat de beoefening van het burgerlijk procesrecht in de faculteit der rechtsgeleerdheid inhoudt het zoveel mogelijk kennis vergaren van het geldende burgerlijke procesrecht aan de hand van wet, jurisprudentie en doctrine en studenten praktische informatie verschaffen hoe zonder 'beroepsfouten' een procedure voor de burgerlijke rechter te voeren.

Dit laatste nu is niet goed mogelijk. Het burgerlijk procesrecht zit erg ingewikkeld in elkaar en voor een goede kennis van dat procesrecht is een gedegen praktische oriëntatie onmisbaar. Bovendien is het burgerlijk procesrecht sterk aan verandering onderhevig. De ene wetswijziging volgt de andere op en enkele belangrijke wijzigingen liggen nog in het verschiet.³⁰ Datgene wat de student in het basis-doctoraalvak burgerlijk procesrecht wordt

28 A R Bloembergen, Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht, in *Nederlandse rechtswetenschap*, red O W M Kamstra e a NJB-boekenreeks, Zwolle 1988, p 61 e v Deze sluit burgerlijk procesrecht uit, doch stelt dat hetgeen hij opmerkt ook voor het bestuursrecht van overeenkomstige toepassing is (p 62)

29 E M H Hirsch Ballin, Object en methode van de wetenschap van het staatsrecht en het bestuursrecht, idem, p 81 e v

30 A Hammerstein, Stormachtige ontwikkelingen, Kroniek van het burgerlijk procesrecht, *NJB* 1992, p 1145 e v

aangereikt, kan bij afronding van de studie al weer verleden tijd zijn.

Zonder te treden in een grondslagendiscussie waarover op zich een rede of een monografie te schrijven zou zijn, is het wetenschappelijk gezien onvermijdelijk dat ik ten minste een indicatie geef van mijn idee over de beoefening van het burgerlijk procesrecht als onderdeel van de rechtswetenschap.

Vooropgesteld de vraag wat een student die de meesterstitel begeert, welke titel exclusief de weg opent naar het ambt van rechter en een toelatingsbewijs voor de advocatuur vormt, tijdens de studie bijgebracht moet worden over 'burgerlijk procesrecht'. Ik keer terug naar mijn illustratie. Moet de student 'geleerd' worden dat de rechter in het burgerlijk proces 'lijdelijk' is zodat het de rechter niet toegestaan is om bij comparitie een partij ertoe te bewegen met een wijziging/vermeerdering van eis een vruchteloze vordering om te zetten in een toewijsbare vordering? Deze vraag zou ik stellig ontkennend willen beantwoorden, niet omdat ik vind dat de student het tegengestelde moet 'leren', maar omdat het niveau van kennisverwerving hoger moet liggen. Voor een wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk procesrecht vormt het een interessant gegeven dat een bepaalde rechter eventueel een wijziging/vermeerdering van eis zal uitlokken, doch *de kernvraag is welke normen de taakuitoefening door de rechter bepalen en langs welke weg de rechtsvorming op dit terrein plaatsvindt*.³¹ Deze kennis zal ertoe kunnen bijdragen dat een afgestudeerd jurist in staat is om in het proces als advocaat dan wel als rechter effectief om te gaan met de processuele bevoegdheden van partijen en van de rechter. Niet in de eerste plaats is van belang wat het gevormde recht is doch langs welke weg recht gevormd wordt. Dit neemt natuurlijk niet weg dat kennis van de hoofdlijnen van het burgerlijk procesrecht voor een jurist onmisbaar is en daarom tijdens de studie aan de orde moet komen.

31 Vgl. Huisch Ballin *a w* die de volgende omschrijving geeft van rechtswetenschap 'een zich in onderzoek en kritiek ontwikkelend systematisch geheel van oordelen over een rechtsstelsel of een deel daarvan, dat wordt begrepen uit de ideeen en beginselen die in dat rechtsstelsel werkzaam zijn'

Een van de kenmerken van de rechtswetenschap is dat juristen hetzelfde lijken te doen als fysici die zich bezighouden met de bestudering van de elementaire materie in het kader van bijvoorbeeld de quantum-mechanica: de onderzoeker beïnvloedt met zijn onderzoek het object van onderzoek. Kijken is ingrijpen in de werkelijkheid. Rechtswetenschap is een normatieve wetenschap en degene die de rechtswetenschap beoefent, stelt niet empirisch vast welke normen gelden, doch bemoeit zich normatief met het object van zijn onderzoek. Een juridisch documentalist kan vastleggen dat de Hoge Raad in een bepaald arrest heeft beslist dat een feitenrechter een bepaalde rechtsregel onjuist heeft toegepast. De rechtswetenschap heeft echter tot taak te onderzoeken welke argumentatie of ratio voor die uitspraak gegeven kan worden, alsmede de vraag welke normatieve uitgangspunten te gelden hebben en of de uitspraak van de Hoge Raad niet voorbijgaat aan bepaalde bindende normatieve uitgangspunten. Schokkend is deze constatering niet. Noch is juist dat de wet de enige bron van rechtsnormen is, noch dat de jurisprudentie van de Hoge Raad een zodanige bron zou zijn. Wij leven in een rechtsorde (nationaal, Europees?) die als pluralistisch gekenschetst kan worden.³² De rechtsvorming vindt niet vanuit één bron plaats, doch uit een veelheid van bronnen. Voor het burgerlijk procesrecht is niet alleen van belang de inhoud van de wet (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Burgerlijk Wetboek, Faillissementswet, Wetboek van Koophandel enz. enz.), of de jurisprudentie van de Hoge Raad, doch ook bijvoorbeeld de inhoud van verdragsrecht en jurisprudentie van internationale rechters. Deze belangrijke constatering valt te illustreren aan de hand van ontwikkelingen in het verband van de Europese gemeenschap.

32. T. Koopmans, *Recht zonder staat*, *RM Themis* 1992, p. 401–402.

DE DOORWERKING VAN EUROPEES RECHT IN HET NATIONALE PROCESRECHT

De vraag kan worden gesteld waarom nu juist de Europese gemeenschap gekozen wordt, terwijl voor de ontwikkeling van het burgerlijk procesrecht in Europees perspectief juist het Europese Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens de laatste jaren van grote betekenis is geweest. Als voorbeeld daarvan kan worden genoemd de jurisprudentie inzake de redelijke termijn in het proces.³³ Traditioneel wordt het burgerlijk (dagvaardings)proces gezien als een proces van partijen, waarbij de rechter zich moet onthouden van ingrepen waardoor partijen ervan afgehouden worden om naar hun eigen keuze en inzicht hun proces in te richten. Haaks hierop staat de uitspraak van het EHRM waarin geoordeeld is dat de staat artikel 6 EVRM schendt wanneer de rechter (in de afronding van het proces verstraagd door – eventueel een van de – partijen in het geding) niet binnen een redelijke termijn tot een uitspraak komt.³⁴ Toch is er reden meer nadruk te leggen op de ontwikkelingen in het kader van de Europese gemeenschap, omdat die ontwikkeling in nog sterkere mate onze rechtsorde tot pluralisme brengt.³⁵ Via de eisen die het Europese recht gaat stellen – door tussenkomst van het Hof van Justitie – aan ons nationale procesrecht worden wij steeds meer geconfronteerd met het procesrecht – en de grondslagen ervan – zoals dat geldt in de landen van de Europese gemeenschappen. Daar komt nog bij dat er initiatieven worden ontwikkeld om het burgerlijk procesrecht in Europees verband te harmoniseren. De vrije markt veronderstelt dat ook de toegang tot de rechter in Europees verband minder of geen grenzen kent. Inmiddels is ten behoeve van de EG-Commissie een onderzoek gedaan naar de mo-

33 A F M Brenninkmeijer, De redelijke termijn in het burgerlijk proces en in het bestuursproces, *NJCM-Bulletin* 1991, p. 629 e v

34 EHRM 25 juni 1987, *ECHR* Serie A vol 119, *NJ* 1990, 231, m n E A Alkema

35 Zie de inventarisatie van H J Snijders (red.), *Toegang tot buitenlands burgerlijk procesrecht*, Arnhem 1992

gelijkheden van harmonisatie. De inhoud van die voorstellen is thans nog niet openbaar zodat daarover niets te zeggen valt. Wel kan erop gewezen worden dat globaal twee harmonisatietendenzen mogelijk zijn. Een Europese codificatie van burgerlijk procesrecht is denkbaar, waarbij de grote verschillen tussen de continentale en angelsaksische tradities overwonnen moeten worden, dan wel de opzet van een aantal minimumwaarborgen en afstemmingsregels. Het spreekt voor zich dat laatstgenoemde benadering minder ingrijpend is. Bovendien wordt dan meer recht gedaan aan het subsidiariteitsbeginsel.

Afgezien van deze harmonisatie is opmerkelijk dat het Hof van Justitie in de Zaak Francovich/Bonifachi de grondslag heeft gelegd voor het Europeesrechtelijk onrechtmatigedaadsrecht. Eerder is geconstateerd dat artikel 6:162 BW in ons recht een bijzondere plaats inneemt in die zin dat zowel op bestuursrechtelijk als op strafrechtelijk terrein de burgerlijke rechter onder de noemer van de onrechtmatige overheidsdaad aanvullende rechtsbescherming kan bieden. In het Francovich-arrest is de onrechtmatige (overheids-)daad echter 'geinternationaliseerd', in die zin dat de nationale (Nederlandse) rechter gehouden is om onder omstandigheden naar de maatstaven zoals die in dat arrest (en toekomstige jurisprudentie ter zake) zijn gevormd schadevergoeding toe te wijzen wegens een Europeesrechtelijke onrechtmatige daad.³⁶ Niet meer (primair) beslissend is de Nederlandse systematiek van de onrechtmatige daad ingevolge artikel 6:162 BW. Eventueel kan ook in het kader van een bestuursrechtelijke rechtsgang implementatie van de Francovich-aansprakelijkheid plaatsvinden.³⁷ Hoewel het Europese recht geen 'horizontale werking' heeft gekregen³⁸, blijkt dat onder meer via de 'richtlijnconforme uitleg' het Europese recht door kan dringen in civiele rechtsverhoudingen. Dat betekent dat ook buiten de sfeer van de overheid de civiele rechtsbetrekking Europeesrechtelijk beïnvloed wordt.

36 G Betlem en E Rood, Francovich-aansprakelijkheid, *NJB* 1992, p. 250 e.v. en G Betlem, Europees Onrechtmatige Daadsrecht, *NTBR* 1992, p. 151 e.v.

37 A F M Bienninkmeijer, Het Francovich-arrest, *NJB* 1992, p. 256 e.v.

38 Betlem, *NTBR*, a.w.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie heeft echter ook meer directe invloed op het procesrecht. Uitgangspunt is dat de nationale rechter de ‘juge de droit commun’ is en dat de nationale rechtsorde bepalend is voor de voorwaarden voor toegang tot de rechter. Toch kan worden vastgesteld dat het Hof van Justitie stap voor stap de nationale rechter uitdaagt een ruime op de goede doorwerking van het Europese recht gerichte rechtsvorming te beproeven.³⁹ Belemmeringen die in het nationale procesrecht besloten liggen om de doorwerking van Europees recht te realiseren moeten buiten toepassing worden gelaten.⁴⁰ Voor zover het gaat om maatregelen in kort geding die de toepassing van Europees recht raken, dient de nationale rechter in afwijking van het nationale procesrecht zich te conformeren aan de strenge eisen die het Hof van Justitie aan de toewijzing van een vordering in kort geding stelt.⁴¹

Markant is de vraag welke gevolgen verbonden zijn aan richtlijnen waarin specifiek ten aanzien van de toegang tot de rechter eisen aan de nationale rechtsorde worden gesteld. Als voorbeeld kunnen de richtlijnen inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen genoemd worden, waarin expliciet is opgenomen dat degene die zich in zijn of haar rechten aangetast voelt toegang tot de rechter behoort te hebben.⁴² Deze bepalingen hebben gelet op hun inhoud niet zonder meer rechtstreekse werking en het lijkt ook niet verdedigbaar dat het Europeesrechtelijk rechtsgevolg van deze bepalingen zou zijn dat rechtssubjecten een recht op toegang tot de rechter verkrijgen ondanks het feit dat de nationale rechter die toegang eventueel niet verleent. Toch kan deze kwestie zich anders oplossen afhankelijk van de vormgeving van de nationale rechtsorde. Voor Nederland vermt artikel 6:162 BW – naast eventuele aanspraken tegenover een bestuursrechter – een zo ruime

39 P.J.G. Kapteyn, De organisatie van de rechtsbescherming van particulieren in de EG, *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht* 1992, p. 38 e.v.

40 Zie bijvoorbeeld voor termijnen de Zaak Emmott, HvJ 25 juli 1991, 208/90, *Jur* 1991-I p. 4269, *AB* 1992, 1, m.n. A.W.H. Meij.

41 Arrest van 21 februari 1991, C-143/88 en C-82/89, *Jur* 1991, p. I-535.

42 75/117, 76/207 en 79/7

norm, dat een eventuele actie langs die weg gevoerd zal kunnen worden. Dat betekent dat veelal aan het vereiste van rechtsbescherming voortvloeiende uit een bepaalde richtlijn voldaan wordt via artikel 6:162 BW. Voor de toegang tot de rechter vervult artikel 6:162 BW een bijzondere rol ten opzichte van het burgerlijk procesrecht. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad vloeit voort dat de stelling – al dan niet terecht – dat een onrechtmatige daad is gepleegd toegang tot de rechter mogelijk maakt. Een zodanige vordering leidt hoe dan ook tot *bevoegdheid* van de burgerlijke rechter.⁴³

Sluipenderwijze ben ik dan ook aangekomen bij een geheel andere benadering van het rechtsvorderingsrecht.⁴⁴ Hoewel voor sommige -met name materieelrechtelijke vragen- de vraag naar de verhouding tussen het subjectieve recht en het vorderingsrecht van belang kan zijn, stel ik vast dat de rechtsvordering als zodanig in het burgerlijk procesrecht -op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad- volledig losgekoppeld is van het bestaan van een subjectief recht. Ook zonder een inbreuk op een subjectief recht of zonder niet nakoming van een verbintenis kan het rechtssubject toegang tot de rechter krijgen. Bij het ontbreken van een materieel recht waarop de rechtsvordering gebaseerd kan worden, verklaart de rechter zich niet onbevoegd of de insteller van de vordering niet-ontvankelijk in zijn vordering, doch wijst hij de vordering af. Slechts zonder voldoende belang komt aan iemand geen rechtsvordering toe.⁴⁵ Anders gezegd – en nu kies ik het Europeesrechtelijke perspectief van artikel 6 EVRM – een rechtssubject heeft ten aanzien van de vaststelling van zijn ‘civil rights and obligations’ recht op toegang tot de rechter. Dit recht op toegang tot de rechter is niet verbonden aan de bewezen en erkende ‘civil rights and ob-

43 Zie voor uitzonderingen J C M Leijten, *Wie komt daar uit zijn hokje?*, Over civiele rechtspraak en haar grenzen, *RM Themis* 1974, p. 679 e v A F M Brenninkmeijer, *De Toegang tot de rechter*, Zwolle 1987, p. 189, zie echter ook HR 18 november 1988, *NJ* 1990, 564, *AB* 1989, 185, m n F H v d Burg

44 Zie ook de signalering van M E Storme, *De eigendom van wild en de jachtvergunning*. Het onderscheid tussen rechtsvordering en het recht om te procederen, in *Te PAS*, opstellen aangeboden aan P A Stein, Deventer/Zwolle 1992

45 Artikel 3:303 BW

ligations', doch aan het niet kennelijk ongefundeerde verzoek van een belanghebbende om een uitspraak van de rechter te krijgen.⁴⁶

De doorwerking van Europees recht op de nationale rechtsorde voor zover het gaat om de toegang tot de rechter en de effectiviteit van de tussenkomst van de rechter, houdt een voortdurende uitdaging en prikkel in om de effectiviteit van de rechtspleging te optimaliseren. Voorts kan worden vastgesteld dat het nationale recht, bijvoorbeeld de onrechtmatige daad, onder invloed van het Europees recht een Europese inkleuring krijgt. De invloed die het Europese recht uitoefent op het burgerlijk procesrecht vormt op zich een fraaie illustratie van de publiekrechtelijke invloed op dat procesrecht.

DE WEGEN DER RECHTSVORMING

Eerder is gesteld dat een van de kernvragen voor de beoefening van het burgerlijk procesrecht is welke normen de taakuitoefening door de rechter bepalen en langs welke weg de rechtsvorming op dit terrein plaatsvindt. Hiermee is niet het gehele onderzoeksterrein afgebakend, doch wel het terrein dat actueel in de aandacht staat.⁴⁷

Analyserend kan worden gezegd dat voor de bestudering van het procesrecht een drietal rechtsbetrekkingen relevant is: naast de materieelrechtelijke rechtsbetrekking waarvan de ontwikkeling is gestagneerd, zodat er aanleiding bestaat het proces te beginnen, staan partijen elk tot de rechter in een processuele rechtsbetrekking, bovendien staan zij in een processuele rechtsbetrekking tot elkaar.

⁴⁶ De toegang tot de rechter, *a w*

⁴⁷ Th B Ten Kate, Procesrecht naar de kern genomen, in *Een goede procesorde*, Deventer 1983, p 71 e v, G R Rutgers, *Over dagvaardingen, deurwaarders en wat verder ter tafel komt*, Deventer 1982, H J Snijders, *Troubles en doubles in het burgerlijk procesrecht*, Deventer 1985, T A W Steik, *Vrij moedige procesvoering*, Deventer 1979, P A M Meijknecht, *Heeft de verzoekschriftprocedure (de) toekomst?*, Zwolle 1987 en W D H Asser, *Salomo's Wijsheid, Hoor en wederhoor, een rechterlijk oor voor partijen*, Arnhem 1992

Een interessant rechtshistorisch gezichtspunt vormt het gegeven dat in het Romeinse recht de totstandkoming van de procesuele rechtsbetrekking tussen partijen ertoe leidde dat de materiële rechtelijke rechtsbetrekking teniet ging.⁴⁸ Het doel van deze benadering was te voorkomen dat ten aanzien van hetzelfde subjectieve recht ten tweede male geprocedeerd zou worden. Het 'ne bis in idem'-probleem wordt bij ons anders opgelost, zodat er geen noodzaak bestaat voor deze constructie langs de opheffing van de materiële rechtsbetrekking bij de aanvang van een proces.

In het burgerlijk proces zou echter niet altijd sprake zijn van een tegenstelling tussen partijen. Hier stuiten we op een probleemgeval uit de dogmatiek van het burgerlijk procesrecht: de voluntaire jurisdictie, de oneigenlijke of vrijwillige rechtspraak. Tegenover de eigenlijke *contentieuze* rechtspraak, waarbij twee of meer strijdende partijen voor de rechter verschijnen, staat traditioneel de *niet-contentieuze* rechtspraak. Voor de contentieuze procedure geldt als 'ideaal' procesmodel de dagvaardingsprocedure. Bestudering van de vrijwillige rechtspraak is noodzakelijk, omdat de verzoekschriftprocedure traditioneel het procesrecht voor de oneigenlijke rechtspraak vormt en als zodanig grote invloed heeft gehad op de chaotiserende ontwikkeling van het burgerlijk procesrecht.⁴⁹ De begripsvorming rond dit fenomeen in het burgerlijk procesrecht getuigt van een storende eenzijdige blik op onze rechtsorde als geheel. De wetgever heeft er soms voor gekozen om – vanwege kennelijk zwaarwegende publieke belangen – bepaalde rechtsgevolgen slechts te doen ontstaan door tussenkomst van de rechter. Hierbij valt te denken aan de benoeming van een voogd en in het verlengde hiervan alle besluiten in verband met voogdij, ondercuratelestelling, toestemming voor bepaalde rechtshandelingen in verband met de voorgaande handelingsonbekwaamheden, ontbinding van een huwelijk en adoptie. Voor de tussenkomst van de rechter in deze aangelegenheden is een vrij eenvoudige en minder formele verzoekschriftprocedure ontwikkeld. De

⁴⁸ W. H. Heemskerk, *Vorderingsrecht en rechtsvordering*, Deventer 1974, p. 11 e.v.

⁴⁹ Vgl. Meijnecht die in zijn rede uitvoeringe exercities op dit terrein uitvoert

goede ervaringen die waren opgedaan met deze procesvorm heeft de wetgever ertoe gebracht ook voor andere terreinen van ons recht de verzoekschriftprocedure van toepassing te verklaren voor bepaalde kwesties, zoals appartementsrecht, beëindiging arbeids-overeenkomst, bepaalde zaken in verband met scheidingen⁵⁰, arbitrage en gemeenschap.⁵¹

Vastgesteld kan worden dat bij oneigenlijke rechtspraak niet relevant is de vraag of er een conflict is tussen partijen, zodat er al dan niet een procedure op tegenspraak bestaat, doch het feit dat de rechter slechts bevoegd is een bepaald rechtsgevolg tot stand te brengen. De rechter vervult dan in zekere zin een bestuurlijke functie en dat vormt ook de kern van de zaak: wanneer een ander (bestuurs)orgaan belast zou worden met het tot stand brengen van het rechtsgevolg in kwestie, dan zou gelet op het vereiste van toegang tot de rechter tegen het besluit waarbij dat rechtsgevolg in het leven werd geroepen beroep op een onafhankelijke rechter opengesteld moeten worden. Zou bijvoorbeeld adoptie, scheiding en voogdijbenoeming mogelijk zijn door tussenkomst van de ambtenaar van de burgerlijke stand, dan zouden tegen de besluiten van die ambtenaar rechtsmiddelen mogelijk moeten zijn, bijvoorbeeld strekkende tot nietigverklaring van de scheiding wegens dwang/dwaling/bedrog, of adoptie van een kind dat gelukkig is met zijn of haar natuurlijke ouders. Kenmerkend voor het terrein dat door 'civiele processualisten' als oneigenlijke rechtspraak wordt betiteld is *de samenvaal van twee rechtsmomenten*: a. de totstandkoming van het rechtsgevolg en b. de tussenkomst van een onafhankelijke rechter. In deze samenvaal ligt besloten dat de onafhankelijke rechter een bepaald rechtsgevolg slechts tot stand brengt nadat de betrokken belangen afgewogen zijn. Juist door die belangenafweging wordt een eventueel conflict op hetzelfde moment beslist.

Ter zijde kan gesteld worden dat in het strafproces zich deze

50 Tot de invoering van het scheidingsprocesrecht in dit jaar, waarvoor nu een eigen procedure geldt, G R Rutgers, *Herziening scheidingsprocesrecht*, Deventer 1993

51 Zie de opsomming bij P A Stein, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer 1992, p 9 e v

samenval van rechtsmomenten ook voordoet: de oplegging van de straf is slechts door tussenkomst van de rechter mogelijk. Het betreft hier een bijzondere rechtswaARBorg die ook in artikel 6 van het EVRM bescherming vindt. Kennelijk is de oplegging van een straf zodanig ingrijpend dat bij de oplegging ervan de tussenkomst van de rechter vereist is. Opmerkelijk is dat in de zaak Öztürk, juist ook deze grensbepaling van zo cruciale betekenis bleek te zijn.⁵² Door de tussenkomst van de rechter wordt a priori een nader geschil over de rechtmatigheid van de totstandkoming van het rechtsgevolg uitgesloten.

De bestuurlijke taak die de rechter vervult, rechtvaardigde ook de andere inrichting van de verzoekschriftprocedure: de rechter zou als uitgangspunt voor zijn besluitvorming moeten kiezen voor de materiële waarheid en zou om die reden niet gebonden zijn aan hetgeen partijen stellen.

In navolging van Struycken wordt veelal gesteld dat het terrein van de oneigenlijke rechtspraak betreft de aangelegenheden die niet ter vrije beschikking van partijen staan.⁵³ Op deze karakteristiek is niets tegen, zij het dat kanttekeningen noodzakelijk zijn. Het 'al dan niet ter vrije beschikking van partijen staan' is afhankelijk van politieke wilsvorming door de wetgever. Wanneer de wetgever ervoor zou kiezen dat de vestiging van het bezitloos pandrecht – na (imaginaire) afschaffing van het bodemrecht van de fiscus van groot publiek belang – slechts mogelijk is door tussenkomst van de rechter, dan staat daarmee het rechtsgevolg van het bezitloos pandrecht niet meer ter vrije beschikking van partijen. Op het terrein van de contentieuze rechtspraak zijn er meerdere kwesties die eveneens niet tot vrije beschikking van partijen staan. Als voorbeelden kunnen worden genoemd het arbeidsrecht en het huurrecht. Voor beide onderwerpen is contentieuze recht-

52 EHRM 21 februari 1984, *ECHR* Serie A, vol 73, *NJ* 1988, 937, m n E A Alkema en de zaak Lutz, EHRM 26 augustus 1987, *ECHR* Serie A, vol 113, *NJ* 1988, 938 m n E A Alkema. Zie verder De toegang tot de rechter a w p 258 e v

53 A V M Struycken, *De gracieuze jurisdictie in het internationale privaatrecht*, Deventer 1970, en Meijknecht, a w De zinloze discussie over het materiële criterium genoemd in artikel 429b Rv laat ik terzijde

spraak in traditionele zin noodzakelijk. Het gaat om de nadere regulering van de rechtsverhouding van partijen en met name van de gevolgen van wanprestatie en ontbinding van de overeenkomst, mede gelet op de – veronderstelde – zwakkere positie van één van de partijen.

Hier is echter van belang vast te stellen dat bij oneigenlijke rechtspraak een *potentiële* rechtsstrijd door de preventieve inzet van de rechter wordt voorkomen. De stelling dat er bij oneigenlijke (non-contentieuze) rechtspraak geen sprake is van een conflict tussen partijen berust daarom op een miskennis van het systeem: slechts door de samenval van rechtsmomenten is er sprake van de uitsluiting van een conflict. De rechter heeft op voorhand reeds het conflict uitgesloten door de waarborg die gelegen is in de rechterlijke tot stand bringing van een bepaald rechtsgevolg. Het enige verschil met de categorie geschillen die traditioneel onder de contentieuze rechtspleging wordt gebracht, is dat de tussenkomst van de rechter voor het tot stand brengen van het rechtsgevolg hoe dan ook vereist is, ook al verzetten de belanghebbende rechtssubjecten zich niet tegen het intreden van het rechtsgevolg of beogen zij dat rechtsgevolg bewust. In het contentieuze proces vindt tussenkomst van de rechter slechts dan plaats wanneer een of meer belanghebbenden zich verzetten tegen een bepaald rechtsgevolg of weigeren hun verplichtingen na te komen.

Bij deze benadering moeten echter nog een tweetal andere rechtsfiguren worden genoemd: het exequatur bij vonnissen van vreemde rechters en bij arbitrale vonnissen. Hier zien we dat het contentieuze element van het proces elders tot zijn recht komt, terwijl de (Nederlandse) overheidsrechter de taak heeft de bestuursdaad te verrichten waardoor executie – eventueel met inzet van overheidsmacht – mogelijk wordt. Deze taakuitoefening door de rechter moet – non-contentieus – veiligstellen dat de bijzondere bevoegdheid van tenuitvoerlegging met de sterke arm slechts mogelijk is nadat de rechter, eventueel slechts formeel, waarborgen voor de rechtmatigheid van deze machtsuitoefening heeft geschapen.

Met Ras aan mijn zijde zou ik de stelling willen verdedigen dat 'niet-contentieuze' rechtspraak niet bestaat.⁵⁴ Tussenkomst van de

rechter, of die nu gebaseerd is op een verzoek of op een dagvaarding, houdt in dat bepaalde rechtsgevolgen slechts met de waarborg van onafhankelijke rechterlijke beoordeling tot stand komen. Het is aan de wetgever te bepalen of bepaalde rechtsgevolgen slechts door tussenkomst van de rechter tot stand kunnen komen. Als de wetgever deze keuze maakt zegt dat in beginsel niets over de vraag of er al dan niet sprake is van partijen die in conflict zijn over tegengestelde belangen.

Deze uitweiding over het verschil tussen contentieuze en non-contentieuze rechtspleging is dogmatisch gezien weinig boeiend en praktisch gezien heeft dit onderscheid een vrij rampzalige uitwerking gehad op de ontwikkeling van het burgerlijk procesrecht. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is naast de dagvaardingsprocedure de verzoekschriftprocedure tot ontwikkeling gekomen en bij deze laatste procesvorm heeft zich nog een niet onaanzienlijke wildgroei voorgedaan. Meer recent is voor de verzoekschriftprocedure een algemene regeling tot stand gekomen, die echter (nog) niet algemeen van toepassing is. Bovendien is voor de kantongerechtsprocedure nieuw procesrecht tot stand gebracht, waarbij de verhouding tot de verzoekschriftprocedure onvoldoende helder is. De discussie over de verdere ontwikkeling van het burgerlijk procesrecht lijkt zich toe te spitsen op twee alternatieven: a. harmonisatie van de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure waarbij met name de dagvaardingsprocedure vereenvoudigd wordt⁵⁵ en b. handhaving van twee procesvormen, waarbij de grotere zeggenschap van partijen in de dagvaardingsprocedure gehandhaafd wordt.⁵⁶

Boven discussie is verheven dat ons burgerlijk procesrecht een chaos is⁵⁷ en dat een grondige herziening van de wetgeving op dit

54. H.E. Ras, bespreking proefschrift J.L. Bosch-Boesjes, *RM Themis* 1992, p. 379 e.v.

55. J.B.M. Vranken en A.F.M. Brienninkmeijer, Harmonisatie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht, *WPNR* 6074, 1992, p. 1003 e.v.

56. Meijknecht *a w.*, Asser *a w.*, Ras *a w.*

57. E.M. Wesseling-van Gent, *Het civiele geding in de toekomst, Beschouwingen over aanpassing en vernieuwing van het burgerlijk proces in eerste aanleg naar aanleiding van de integratie van kantongerechts en rechtbank*, Arnhem 1987; J.E.A.A. Ten Berge-Koolen, Wat doen we met het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, *NJB* 1988, p. 690 e.v.; H.E.

gebied noodzakelijk is. Deze noodzaak wordt nog versterkt door andere ontwikkelingen. In de eerste plaats de herziening van de rechterlijke organisatie, waardoor een integratie van de kantongerechtsprocedure en de gewone procedure noodzakelijk wordt. In de tweede plaats is door de opeenvolging van verschillende partiele herzieningen de structuur van het burgerlijk procesrecht aangetaast. In de derde plaats kan de Europese integratie leiden tot harmonisatie van procesrecht in Europees verband; de chaotische regeling van ons burgerlijk procesrecht valt moeilijk te harmoniseren: eerst moet nationaal orde op zaken worden gesteld.⁵⁸ In de vierde plaats leidt de integratie van bestuursrechtspraak en 'gewone rechtspraak' bij de herziening van de rechterlijke organisatie tot de noodzaak om – mede gelet op de vervagende grenzen tussen publiek- en privaatrecht – te bezien hoe het civiele procesrecht zich verhoudt tot het bestuursprocesrecht.⁵⁹

Belangrijker is echter dat er een 'grondslagendiscussie' gaande is over het burgerlijk procesrecht. De taak van de rechter ontwikkelt zich feitelijk in de richting van deformalisering en een meer actieve opstelling in het proces. Tegelijkertijd worden pleidooien gehouden voor behoud van de grote waarde van de dagvaardingsprocedure, terwijl juist een van de kenmerken van de dagvaardingsprocedure de terughoudende opstelling van de rechter vormt.

Deze discussie zou ik willen benaderen vanuit het gezichtspunt van het recht op effectieve toegang tot de rechter, zoals onder meer gewaarborgd in artikel 6 van het EVRM. Dit recht vormt een van de fundamenteën van de democratische rechtsstaat.

Het huidige procesrecht is te gecompliceerd. In de dagelijkse rechtspraktijk wordt door 19 arrondissementsrechtbanken geëxperimenteerd met oplossingen voor problemen die in de praktijk

Ras, Nogmaals wat doen we met het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering? *NJB* 1991, p. 1496 e.v., Meijknecht *a.w.*

58 M. Storme, Pleidooi voor Europese codificatie *Kwartaalbericht NBW* 1989/4, p. 97 e.v. en A.S. Hartkamp, Opmerkingen over de verhouding tussen internationale unificatie en nationale (her)codificatie, *idem* p. 101 e.v.

59 *Handelingen NJV* 1991-I, A.F.M. Bienninkmeijer, P.C.E. van Wijnen en J.H. Blaauw, Harmonisatie van rechtspraak bij integratie van rechtspraak, Zwolle 1991.

rijzen. Enigszins gechargeerd uitgedrukt kan worden gezegd dat voor die 19 rechtbanken – op basis van de bijzondere afpraken met de balie en de verschillende rolregelingen – haast een eigen Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is gaan gelden, om nog maar te zwijgen van de 62 kantongerechten.⁶⁰ De vraag rijst of voldoende recht wordt gedaan aan artikel 107, eerste lid, van de Grondwet: is er realiter nog wel sprake van een algemeen voor Nederland geldend Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering? Voor de procespraktijk wordt het steeds belangrijker precies op de hoogte te zijn van bepaalde gebruiken en gewoonten bij een rechtbank, een kantongerecht, een bepaalde rechter of kantonrechter.⁶¹

Daar komt nog bij dat de effectiviteit van het beroep op de rechter ernstig is aangetast. Voor het voeren van een dagvaardingsprocedure is uit het oogpunt van een reële kosten/baten-analyse een belang vereist dat een veelvoud van f 10.000,- beloopt, omdat de kosten van het procederen zo exorbitant zijn.⁶² Dit betekent dat voor lagere bedragen – voor zover niet de kantonrechter bevoegd is – in Nederland de facto rechteloosheid geldt. Nog ernstiger wordt deze situatie nu gebleken is dat de meeste risico's eerst gelopen worden nadat vonnis is gewezen. Vaak rijzen er in de executiefase grote problemen, zodat degene die tegen hoge kosten een veroordelend vonnis heeft weten te krijgen alsnog niet krijgt waarop hij recht heeft.⁶³ Gelet op de complexiteit en kostbaarheid van de huidige dagvaardingsprocedure is slechts één advies te geven: procedeer niet! Het heeft weinig zin zich in een jarenlang avontuur te storten waarvan de effectieve uitkomst in economisch opzicht een fiasco vormt. Het gaat hier niet om een roep zonder meer om meer efficiëncy doch om een verzet tegen rechteloosheid.⁶⁴ Illustratief is in dit verband de opgang van de in procesrechtelijke zin vrij vormloze en vrij eenvoudige kort geding-procedure die *bij*

60. J. ten Berge-Koolen, Weerstand tegen vernieuwing burgerlijk procesrecht, *NJB* 1992, p. 1533 e.v., zie ook het *Trema*-speciaal 1992-1, De nieuwe kantongerechtsprocedure.

61. Zie het pleidooi van H.J. Snijders voor behoud van het 'correspondentiestelsel', *Handelingen NJV* 1991-II, p. 18-19, Zwolle 1992.

62. S. Royer, De toegang tot de rechter, *Trema* 1992, p. 387 e.v.

63. P.J. van Koppen en M. Malsch, Hoe de verliezer wint, *NJB* 1992, p. 1101 e.v.

64. Asser, *a.w.* p. 28.

sommige rechtbankpresidenten uitkomst kan bieden, zelfs bij het incasseren van vorderingen. Ook hier geldt grote rechtsongelijkheid per arrondissement.⁶⁵

Conserveren van de dagvaardingsprocedure, conservering van 'het schriftelijke debat tussen partijen' vormen gelet op het voorgaande wereldvreemde opties. Het klassieke burgerlijke procesrecht en de wetenschapsbeoefening op dit vakgebied is verworden tot een fictieve wereld. Daar zou ik een analyse van de taak van de rechter tegenover willen stellen, waarbij de belangen die in het klassieke dagvaardingsproces bescherming vinden nader vastgesteld worden. Bij de herziening van het burgerlijk procesrecht kan vervolgens bezien worden op welke wijze aan die belangen recht gedaan kan worden. Kernvraag vormt als gezegd op welke wijze de taak van de rechter en partijen in het procesrecht genormeerd dient te worden.

DE TAAK VAN DE RECHTER

Met deze diagnose als uitgangspunt kom ik tot een nadere analyse van de processuele rechtsbetrekkingen. De rechter staat als gezegd tot elk van de partijen en partijen staan ten opzichte van elkaar in een processuele rechtsbetrekking. Doel van het proces is het opheffen van een stagnatie in de doorwerking van een rechtsbetrekking in de werkelijkheid: een overeenkomst wordt niet nagekomen, een inbreuk op het eigendomsrecht wordt niet vrijwillig ongedaan gemaakt, of een scheiding kan slechts via de rechter tot stand komen. Hier gaat het om de materiële rechtsbetrekking. De processuele rechtsbetrekking is dienend ten opzichte van de materiële rechtsbetrekking. De vormgeving van de formele rechtsbetrekking moet recht doen aan de eigen aard van de materiële

65. K.G. Tjoen-Tak-Sen en E.J.A. Keijser, De president en de bloei van het kort geding, *Trema* 1992, p. 183, D.J. van Dijk, De groei van het kort geding, *Trema* 1992, p. 155 e.v., F. Bruinsma, Het kort geding van A tot Z, *NJB* 1992, p. 1257 e.v.

rechtsbetrekking in geschil. De taak van de rechter en de wijze waarop hij zijn taak uitoefent moet worden afgegrensd ten opzichte van de in het materiële recht genormeerde autonomie van partijen. Voor deze autonomie geldt dat deze slechts bestaat voor zover de rechter die autonomie respecteert.

De begrenzing van de taak van de rechter zou in het algemeen als volgt benaderd kunnen worden. De rechter is als overheidsorgaan gebonden aan grondrechten en beginselen van behoorlijke rechtspleging. Kenmerk van de huidige normering van de taak van de rechter in bijvoorbeeld de dagvaardingsprocedure is de indirecte wijze ervan. In plaats van expliciete bepalingen van procesrecht dat de rechter wel dan niet of slechts beperkt mag ingrijpen in de materiële rechtsbetrekking tussen partijen, geldt de vage en multi-interpreteerbare dagvaardingsprocedure. De lijdelijkheid van de rechter geldt in die procedure als uitgangspunt – als ongeschreven paradigma – voor de bescherming van de materieelrechtelijke autonomie van partijen. Dit wordt hierna verder uitgewerkt.

Is de normering van de rechtsbetrekkingen die in het proces van belang zijn privaatrechtelijk of publiekrechtelijk? Voor de materiële rechtsbetrekking ontstaat een gedifferentieerd beeld. In de eerste plaats kan de mate waarin de publieke invloed geldt verschillend zijn voor bepaalde rechtsbetrekkingen: arbeidsrecht, huurrecht, levensonderhoud na echtscheiding, consumentencontract en gewone contracten. In de loop van deze eeuw heeft de wetgever – veelal ter uitvoering van het politieke programma gericht op de realisering van bepaalde sociaal/economische doelstellingen⁶⁶ – voor bijzondere rechtsverhoudingen bijzonder materieel recht gevormd. Het gevolg van deze ingrepen was dat de autonomie van partijen werd beperkt en dat vaak een meer door de wet – dwingend – voorgeschreven ordening van de bevoegdheden van partijen ontstond. In de tweede plaats geldt dat het 'specifieke publiekrecht' evenzeer doorwerkt in privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen (zie de schakelbepalingen in het BW⁶⁷). De keuzevrij-

66. A.F.M. Brenninkmeijer, De betekenis van rechtspraak voor het sociaal recht, *Sociaal recht* 1989, p. 46 e.v.

heid van rechtssubjecten in het privaatrecht is verder nog beperkt door de opkomst van de redelijkheid en billijkheid aanvankelijk in de rechtspraak en thans ook expliciet in het BW.

Belangrijk is echter vast te houden dat voor de vorming van rechtsbetrekkingen in meerdere of mindere mate aan het rechtssubject autonomie, keuzevrijheid toekomt.

De beperking van de keuzevrijheid van rechtssubjecten heeft globaal gezien geleid tot een verandering van de taak van de rechter in het civiele proces. Wanneer het toepasselijke recht beoogt bepaalde belangen van rechtssubjecten te beschermen, dan zal in een aantal gevallen de toepassing en uitleg van dat recht ertoe leiden dat de rechter zich die bepaalde belangen aantrekt. De beschermende functie die de norm heeft, wordt in het proces door de rechter overgenomen. De bescherming van een – veronderstelde – zwakkere partij in het maatschappelijk verkeer, de werknemer ten opzichte van de werkgever, de huurder ten opzichte van de verhuurder, de consument tegenover de commerciële aanbieder, kan ertoe leiden dat ook in processueel opzicht ongelijkheidscompensatie plaatsvindt. Om deze reden is in het verleden ten dele ook gekozen voor de verzoekschriftprocedure.

De processuele rechtsbetrekking tussen partijen heeft betekenis voor de rechten en plichten van partijen tegenover elkaar in het geding. In hoeverre zijn partijen gehouden de waarheid naar voren te brengen, in hoeverre zijn partijen verplicht informatie – ook ten nadele van hun stellingen – in het geding te brengen? Voor deze rechtsbetrekking vormt de ‘processuele goede trouw’ een belangrijk aanknopingspunt.⁶⁷ Partijen is het niet toegestaan de rechtsstrijd met alle denkbare wapens en strijdmiddelen te voeren. Daargelaten de vraag of het proces nog wel in het teken van (voort-

67 W. Sniijders, Wederzijdse beïnvloeding van privaatrecht en bestuursrecht (NBW en Awb), *WPNR* 6074, 1992, p. 999 e.v.

68 A. Hammerstein, Te goeder trouw procederen, *Tijdschrift voor privaatrecht*, 1989, p. 1595 e.v. en M.E. Storme, De goede trouw in geding? De invloed van de goede trouw in het privaatrecht, proces en bewijsrecht, *Tijdschrift voor privaatrecht* 1990, p. 353 e.v. Anders, AG Asser in zijn conclusie bij HR 18 september 1992, *NJ* 1993, 48, punt 2.17.

zetting van de) strijd gezien moet worden⁶⁹, gelden voor partijen beperkingen.

De processuele rechtsbetrekking tussen partijen en de rechter vormt een blinde vlek in de beschouwing van het procesrecht. Wordt gesproken over de inrichting van het procesrecht en over de processuele taak van de rechter, bijvoorbeeld die van de lijdelijke rechter, dan wordt daarmee – als gezegd soms op indirecte wijze – bedoeld dat voor deze rechtsbetrekking bepaalde normen gelden. Met name is van belang dat de lijdelijkheid van de rechter en de dagvaardingsprocedure waarin die lijdelijkheid tot uitdrukking komt, een waarborg inhoudt voor de respectering van de autonomie van partijen in het geding. Deze autonomie betreft echter de materiële rechtsbetrekking. Hier is sprake van een *verwevenheid* tussen materieel recht en formeel recht. Vanwege de eigen aard van het materiële recht worden bepaalde eisen aan het formele recht gesteld.

*Mijn stelling luidt dat het onderscheid tussen de normering van de materiële rechtsbetrekking tussen partijen enerzijds en de normering van de processuele rechtsbetrekking tussen de rechter en partijen anderzijds van groot belang is voor een helder zicht op de functie van het procesrecht en op de wijze waarop de rechtsvorming in het procesrecht moet plaatsvinden*⁷⁰ De verhouding tussen de rechter en partijen is publiekrechtelijk van aard en daarom is de rechtsvorming ook publiekrechtelijk georiënteerd. De publiekrechtelijke normering van de rechtsbetrekking tussen de rechter en partijen staat primair in het teken van de regulering van de staatsmacht die de rechter in het proces en bij het doen van een uitspraak uitoefent.⁷¹

69 G R Rutgers, *Over dagvaardingen, deurwaarders en wat verder ter sprake komt*, De venter 1982

70 De wetgever heeft op het terrein van het burgerlijk recht de neiging om materieel recht en procesrecht dooreen te mengen het scheidingsprocesrecht zoals dat per 1 januari 1993 in werking is getreden vormt hiervan een van de vele voorbeelden

71 In die zin betuig ik mij een volledig medestander van Asser wanneer hij zich richt tegen een dirigistisch rechter en pleit voor een luisterend en dienend rechter, hoewel die woordkeus niet de mijne zou zijn (Salomo's wijsheid, *a w* p 28–29) Hij plaatst hoor en wederhoor centraal In mijn visie geldt dat beginsel niet als een moreel aspect van de taak van de rechter (p 33), maar meer algemeen als een van de beginselen van behoorlijke rechtspraak

De verhouding tussen partijen is primair privaatrechtelijk van aard en de rechtsvorming is daarom ook primair privaatrechtelijk georiënteerd.

DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN DE RECHTER EN PARTIJEN

De verhouding tussen de rechter en partijen wordt op verschillende manieren genormeerd. Achtereenvolgens komen aan de orde: artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR, de beginselen van behoorlijke rechtspraak en de grondrechten.

Belangrijke betekenis komt toe aan artikel 6 van het EVRM en het in dit opzicht equivalente artikel 14 IVBPR.⁷² In deze verdragsbepaling is aan de staat de plicht opgelegd om het rechtssubject toegang tot de rechter te verlenen wanneer het gaat om de 'determination of his civil rights and obligations'. Deze plicht vindt uitwerking in de nationale wetgeving enerzijds. Anderzijds is het de rechter die bij het aanhangig worden van een geding – mede de nationale wetgeving interpreterend – nader uitvoering geeft aan deze verdragsverplichting. Eerder is bij de bespreking van de onrechtmatige daad en de daarmee verbonden bevoegdheidsjurisprudentie van de Hoge Raad gebleken dat art. 6:162 BW in deze jurisprudentie als een overkoepelende norm – ook ten aanzien van bestuursrecht en strafrecht – is gaan werken. Dat Nederland voldoet aan de eisen die artikel 6 EVRM met betrekking tot de toegang tot de rechter stelt, vloeit niet voort uit de in de wet zonder lacunes geregelde toegang tot de rechter. Zeker op bestuursrechtelijk terrein is er geen sluitende competentie voor de – gespecialiseerde – rechter geregeld, zodat behoefte aan aanvullende rechtsbescherming bestaat en de AWB zal hierin geen verbetering brengen. Ook voor het privaatrecht geldt als uitgangspunt

72. Voor het bestuursrecht heeft laatstgenoemde bepaling een ruimere betekenis, vgl. De toegang tot de rechter, *a.w.* p. 119 e.v.

dat in al die gevallen dat een rechtssubject rechtstreeks belang heeft bij de vaststelling van zijn burgerlijke rechten of plichten, hij een uitspraak van een rechter kan uitlokken.

Artikel 6 EVRM heeft echter niet alleen betekenis voor de toegang tot de rechter, doch ook voor een aantal institutionele en procedurele waarborgen. De institutionele waarborgen – de onafhankelijkheid van de rechter als overheidsorgaan binnen de scheiding van machten – zou ik hier verder onbesproken willen laten, omdat deze meer als noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van rechtspraak als zodanig gelden: staatsrechtelijk is de rechter 'per definitie' onafhankelijk.⁷³ Daarnaast stelt artikel 6 EVRM mede op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens enkele eisen aan de rechtspleging, zoals het recht op gehoor bij de rechter, openbaarheid, redelijke termijn, onpartijdigheid van de rechter en vage noties als 'fair trial' en 'equality of arms'. Deze eisen geven aan partijen in het geding aanspraken tegenover de rechter, met andere woorden, de procesuele rechtsbetrekking tussen de rechter en ieder van de partijen wordt mede genormeerd door deze verdragseisen. Sommige van deze vereisten van behoorlijke rechtspraak zijn hoofdzakelijk indifferent voor de materiële rechtsbetrekking in geschil. Dit kan gezegd worden voor de openbaarheid als zodanig⁷⁴, de redelijke termijn en de onpartijdigheid van de rechter.

De vage noties 'equality of arms' en 'fair trial' hebben interpretatief betekenis voor de processuele rechtsbetrekking tussen de rechter en partijen. Wanneer het evenwicht tussen partijen verstoord raakt, dan ligt het op de weg van de rechter om in te grijpen. Deze noties hebben ook enige betekenis voor de inrichting van de procedure. Het arbeidsgeschil en het huurgeschil hebben hun vorm te danken aan de idee dat de werknemer en de huurder als

73 B W N de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*, Zwolle 1987, ziet de onafhankelijkheid als een 'beginsel', p. 330 e.v., terwijl ik het als een institutionele waarborg beschouw, De toegang tot de rechter, *a.w.* p. 7 e.v.

74 Het spreekt voor zich dat bepaalde zaken met gesloten deuren behandeld zullen worden, voor de materiële rechtsbetrekking heeft het al dan niet openbaar zijn van de zitting geen betekenis.

zwakkere partij adequate bescherming in het proces dienen te krijgen. Overigens kunnen deze vage noties bij de uitoefening van bevoegdheden die de rechter heeft van betekenis zijn. Dit brengt mij echter bij het volgende onderwerp: naast artikel 6 EVRM zijn er ook nog andere normen aan te wijzen die de processuele rechtsbetrekking tussen de rechter en partijen bepalen en deze normen zou ik willen samenvatten onder de noemer 'beginselen van behoorlijke rechtspleging'.

DE GRENZEN VAN DE TAAK VAN DE RECHTER

De rechtsbetrekking tussen de rechter en partijen wordt primair genormeerd door het toepasselijke procesrecht. In het procesrecht zijn aan de rechter en partijen over en weer rechten en plichten toegekend. Een voorbeeld vormt de bevoegdheid van eiser tot verandering van eis, zoals vastgelegd in artikel 134 Rv.⁷⁵ De wet stelt expliciet enkele grenzen aan deze bevoegdheid, bijvoorbeeld dat verandering of vermeerdering van eis uitgesloten is, indien een of meer gedaagden niet in het geding zijn opgekomen. Voorts is gedaagde bevoegd zich tegen verandering of vermeerdering te verzetten op de grond dat hij daardoor in zijn verdediging onredelijk wordt bemoeilijkt of het geding onredelijk wordt vertraagd. De rechter beslist, partijen gehoord, onverwijld op het verzet, terwijl tegen die beslissing geen hogere voorziening openstaat.⁷⁶ In de verzoekschriftprocedure van artikel 429a e.v. Rv is een soortgelijke regeling opgenomen, in die zin dat artikel 429i Rv bepaalt dat de rechter aan verzoeker kan toestaan het verzoek of de gronden daarvan te veranderen of te vermeerderen. Als voorwaarde geldt dat daardoor een belanghebbende in diens mogelijkheid om verweer te voeren niet onredelijk zal worden bemoeilijkt. De rechter oor-

75. In historisch perspectief is de discussie over de omvang van deze bevoegdheid boeiend: vgl. A.D. Belinfante, Elementen ener theorie van het burgerlijk procesrecht, *WPNR* 1948, 4056.

76. Heemskerk, Hoofdstukken *a.w.*, p. 80.

deelt ook hier over de te verlenen toestemming, waarbij vreemd genoeg het horen van alle bij het geschil betrokkenen niet imperatief is voorgeschreven. De vraag kan gesteld worden waarom er zulke – ten dele subtiele – verschillen zijn tussen beide regelingen. Beide regelingen laten zien dat de insteller van het proces de bevoegdheid heeft de eis of het verzoek te veranderen/vermeerderen. In de dagvaardingsprocedure is het een bevoegdheid van eiser, die geconfronteerd kan worden met verzet van gedaagde. In de verzoekschriftprocedure gaat het om toestemming door de rechter. De rechter heeft in beide gevallen te beoordelen of een (eventueel) andere bij het geschil betrokken partij in de belangen van zijn verdediging is geschaad. De taak van de rechter is beperkt tot een toetsing van de processuele belangen van de partij die geconfronteerd wordt met een verandering/vermeerdering van de eis/het verzoek. Het spreekt voor zich dat in beginsel de toestemmingsvariant restrictiever is, doch dat per saldo de uitkomst gelijk zou kunnen zijn. De toestemming is in dezelfde gevallen te weigeren, wanneer het verzet gegrond is. Het verschil schuilt in het initiatief van de benadeelde partij tot het doen van verzet, dat bij de toestemmingsvariant niet vereist is. De criteria die de rechter bij de beoordeling van het verzet hanteert zijn gebonden aan de wettelijke formule – onredelijke bemoeilijking verdediging, onredelijke vertraging – doch vragen een nadere afweging door de rechter. Die afweging mag – en dat vormt de kern van de zaak – niet willekeurig plaatsvinden. Deze stelling impliceert dat aan de beslissing van de rechter op het verzet verschillende eisen kunnen worden gesteld. In de eerste plaats de eis dat de rechter zorgvuldig onderzoek doet naar de procespositie van partijen en partijen ter zake hoort, dat de rechter een evenwichtige belangenafweging maakt en dat de uitkomst van die afweging neergelegd wordt in een toereikend gemotiveerd oordeel. Voorts mag verlangd worden dat de rechter consistent handelt: in vergelijkbare gevallen moet op overeenkomstige wijze beslist worden; de rechterlijke beoordeling moet het gelijkheidsbeginsel respecteren.

Ter zijde nog een opmerking over het bestuursprocesrecht. Verwijzend naar hetgeen ik eerder heb gezegd over artikel 8.2.6.7.

AWB merk ik hier op dat er sprake is van nog een ander opmerkelijk verschil tussen bestuurs- en civiel procesrecht. In de AWB is de inhoud van de eis niet als normatief voor de rechter vastgelegd, doch heeft de rechter de discretionaire bevoegdheid om het dictum te kiezen dat hem het beste voorkomt. Vandaar dat in de AWB ook de verandering van eis niet voorkomt. Hier zou nog eens goed over nagedacht moeten worden!

Het complex van eisen dat geldt voor de beoordeling van de verandering/vermeerdering van de eis (of het verzoek) in het civiele procesrecht valt samen te brengen onder de noemer dat de rechter gebonden is aan eisen van behoorlijkheid. Deze eisen van behoorlijkheid komen in ons recht ook voor als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; vertaald naar de rechter als overheidsorgaan kan gesproken worden van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak.

Wanneer hier gesproken wordt over algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak dan wordt niet zonder meer gedoeld op de 'beginselen van burgerlijk procesrecht'. Onder die beginselen van burgerlijk procesrecht wordt traditioneel verstaan de opsomming van uitgangspunten zoals Van Boneval Faure die in de vorige eeuw op een rij heeft gezet en die traditioneel steeds bij de bespreking van dit rechtsgebied ten tonele worden gebracht⁷⁷: openbaarheid, lijdelijkheid van de rechter, horen van beide partijen, onderzoek in twee instanties, toezicht op de rechtspraak door het middel van cassatie, verplichte procesvertegenwoordiging en niet-kosteloze rechtspraak. In de eerste plaats gaat het ten dele om institutionele waarborgen of om uitgangspunten van het positieve procesrecht die niet echt het karakter van 'beginselen' dragen.⁷⁸ In de tweede plaats hebben de beginselen van behoorlijke rechtspraak zoals die hier geïntroduceerd worden betrekking op iedere toepas-

77. W.L. Haardt, Kentering in de opvatting over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle 1970 en E.M. Wesseling-van Gent, Het civiele geding in de toekomst, *a.w.* 1987, p. 107 e.v.

78. Interessant is het commentaar van de Raad van State bij de AWB, waarin uitvoerig wordt stilgestaan bij de betekenis van beginselen van procesrecht: *Kamerstukken II*, 1991-1992, nr. 22.495, A, p. 30 e.v.

sing van processuele bevoegdheden door de rechter. Het gaat niet alleen om bijvoorbeeld de motivering van de uitspraak⁷⁹, maar om de controleerbaar consistente toepassing van iedere bevoegdheidsuitoefening door de rechter in de loop van het proces, bijvoorbeeld het al dan niet ambtshalve peremptoir stellen of het al dan niet houden van een inlichtingencomparitie en de inhoud ervan.

Ook is er niet zonder meer een samenvatting tussen de vereisten die op grond van artikel 6 van het EVRM gelden en de hier geïntroduceerde algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak, omdat de invalshoek van die bepaling een andere is. Artikel 6 van het EVRM geeft minimumwaarborgen voor de door de staat te organiseren toegang tot de rechter. Die minimumwaarborgen dekken niet volledig de beginselen van behoorlijke rechtspraak zoals hier bedoeld, hoewel de in de jurisprudentie van het EHRM ontwikkelde uitgangspunten van 'equality of arms' en 'fair trial' een eind in de richting komen. De algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak houden een uitwerking en uitbreiding van deze elementen van een behoorlijk proces in.

Voor een goed begrip is wezenlijk de idee dat wanneer in het procesrecht aan een rechter een bevoegdheid wordt toegekend die bevoegdheid niet onbeperkt is, doch beheerst wordt door de algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak.

DE ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJKE RECHTSPRAAK

Deze rede biedt niet de ruimte om tot een uitvoerige uitwerking te komen van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak. Toch trek ik een paar schetsende lijnen. De beginselen van behoorlijkheid waar het hier om gaat, zijn van directe betekenis voor de uitoefening van bevoegdheden door een overheidsorgaan, in dit geval de rechter. Wanneer wij in onze democratische rechtsstaat

79. Vgl. De Waard, *a.w.*, p. 371 e.v.

aan een overheidsorgaan een bevoegdheid toekennen, kunnen wij de eis stellen dat de uitoefening van die bevoegdheid *behoorlijk* geschiedt. Als voorbeeld kan de comparitie na antwoord dienen. De rechter is op grond van artikel 19a Rv bevoegd een inlichtingencomparitie te 'bevelen'. Is het aan de rechter om in *volle vrijheid* te beslissen over het al dan niet houden van een comparitie alsmede over de vraag wat bij die comparitie aan de orde komt? Mag de rechter onder voorbijgaan aan de stellingen van de raadslieden direct aan partijen feiten-vragen stellen, mag de rechter het daaraan leiden dat een partij komt tot een wijziging van de eis, die in de ogen van de rechter tot een bevredigender resultaat leidt? Elders heeft hierover in strenge woorden gesproken: de lijdelijkheid van de rechter brengt mee dat deze zich terughoudend moet opstellen.⁸⁰ Veel rechters die ik op dit punt aangesproken heb, bleken daar – in grote verscheidenheid – anders over te denken. Sturend kan worden opgetreden ten aanzien van de inhoud van de eis, die eventueel ook interpretatief 'opgerekt' kan worden. Wanneer (de al te gehaaste of minder deskundige advocaat van) een partij nalaat een relevante stelling te betwisten, of nalaat een relevant feit te stellen en/of ter zake bewijs aan te bieden, kan op min of meer subtiële wijze bij de comparitie gestuurd worden. Hoewel dogmatisch gezien hier scherpe grenzen getrokken kunnen worden, is ernstige twijfel mogelijk of die grenzen voor de dagelijkse rechtspraktijk zoveel betekenis hebben. Ook de wetgever van het nieuwe bewijsrecht is zich hiervan bewust geweest.⁸¹ Een ander voorbeeld kan worden gevonden in een comparitie waarbij de rechter zich vergewist van de juistheid van een onvoldoende betwist feit, over de juistheid waarvan twijfel mogelijk is.⁸²

Nu de wetgever in artikel 19a Rv aan de rechter de bevoegdheid heeft gegeven een inlichtingencomparitie te bevelen is de vraag in welke gevallen de rechter van die bevoegdheid gebruik maakt en

80. J.L.M. Elders, Partijverhoor en mededelingsplicht in het burgerlijk proces, *Trema* 1992, p. 233 e.v.

81. J.E. Bosch-Boesjes, *Lydelijkheid in geding*, Deventer 1991, p. 126 e.v. en p. 147–148, n.a.v. Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht, p. 63 en 65.

82. *Burgerlijke Rechtsvordering*, Flach/Rutgeers, artikel 176, aant. 7

de wijze waarop rechtens relevant. De beantwoording van deze vragen is van grote betekenis voor het verloop en eventueel de uitkomst van de procedure. Het antwoord dat de rechter naar eigen goeddunken van die bevoegdheid gebruik maakt is niet toereikend. Hier doemt een probleem op wat veel dieper ligt en ook voor een veel breder scala van onderwerpen de taak van de rechter betreffende van betekenis is. In het procesrecht komen aan de rechter vele bevoegdheden toe die keuzevrijheid impliceren. Deze bevoegdheden zijn – voor zover hier van belang – procesrechtelijk van aard, doch ook materieelrechtelijk heeft de rechter dergelijke bevoegdheden. Wanneer hier gesproken wordt van ‘de rechter’ dan is evident dat niet gesproken wordt over de persoon van de rechter, doch over het instituut. Het gaat er niet om wat de rechter persoonlijk vindt – hoewel gesprekken in de wandelgangen van gerechtshoeven de toehoorder direct van het tegendeel zou overtuigen – doch om een handelen van ‘het ambr’. Naar mate de rechterlijke macht groeit en de taak van de rechter intensiever wordt, is echter de waarborg van coherentie en consistentie, die vroeger berustte op een zekere consensus onder rechters over de taakopvatting, verzwakt. Daarmee doet zich ook de vraag voor welke rechtsgrond aangewezen kan worden voor samenwerking tussen rechters, in die zin dat een rechterlijk college als geheel afspraken maakt over ‘rechterlijk beleid’. Elders heb ik de grondslagen voor deze samenwerking uitgewerkt en naar de uitkomst van dat onderzoek verwijs ik hier.⁸³ Het is bekend dat voor sommige onderwerpen deze rechterlijke samenwerking vorm heeft gekregen. Elke rechtbank beschikt over een rolregeling⁸⁴ en overigens zijn er vaak ook afspraken gemaakt tussen balie en rechterlijke colleges. Tevens kan worden vastgesteld dat de inhoud van die rolregeling sterk kan verschillen. Sommige rechtbanken houden rolzittingen, al dan niet ten overstaan van een gerechtssecretaris die de rolrechter waarneemt, terwijl andere rechtbanken daarvan afzien en de rol puur schriftelijk afdoen. De introductie van geau-

83. Speciaal *NJB*, Rechterlijke samenwerking, 1989, p. 1610 e.v.

84. G.J. Boon en F.S.P. van der Wal, *De rol (van de) rechter*, Deventer 1990.

tomatiseerde registratiesystemen draagt ertoe bij dat deze laatste praktijk verder verspreid zal worden. Misschien dat de toepasselijke regelgeving op dit punt dan ook kan worden aangepast.

Wanneer er sprake is van samenwerking tussen rechters, dan wordt als vanzelf eerder voldaan aan de eis van beleidsmatig handelen. Vaak zal tijdens het overleg in de rechtbank over veel onderwerpen beraad plaatsvinden en zal overleg met de balie gevoerd worden naar aanleiding waarvan de koers voor de rechtbank wordt uitgezet. Ook hier geldt dat er aanmerkelijke verschillen tussen rechtbanken zijn ontstaan. Talrijke onderwerpen lenen zich echter minder voor direct overleg tussen rechters, zodat meer impliciet een bepaalde rechtbankcultuur en ook persoonlijke overwegingen en voorkeuren van rechters invloed gaan krijgen.

De gebruikmaking van processuele bevoegdheden door de rechter in de processuele rechtsbetrekking met partijen dient in overeenstemming te zijn met de algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak. De rechter moet beleidsmatig handelen, moet zijn keuzes motiveren, nadat eventueel partijen het hunne hebben kunnen zeggen. Ook overigens kunnen beginselen van behoorlijke rechtspleging een rol spelen. De wijziging van de rolregeling dient op voldoende kenbare wijze plaats te vinden en bij belangrijke wijzigingen dient een overgangsregeling of -regime toegepast te worden, zodat de rechtszekerheid van participanten in het proces gewaarborgd is. Wanneer een rechter zich bij een comparitie heeft uitgelaten over het entameren van deskundigenonderzoek, of de oproeping van getuigen, dan is de rechter eventueel op grond van het vertrouwensbeginsel gehouden gewekte verwachtingen gestand te doen. In de regel zal de rechter-commissaris een voorbehoud maken, omdat eventueel de meervoudige kamer anders over de zaak kan oordelen.

Het beeld van de alwijze magistraat, die niet zonder eigenzinnigheid het rechtsbedrijf uitoefent, valt om. Daarvoor in de plaats treedt de rechter die als deel van de rechterlijke macht de rechtmatigheid van zijn functioneren waarborgt door zich mede te oriënteren op beginselen van behoorlijkheid. Het spreekt voor zich dat er vele beslissingen zijn die zo uniek zijn dat de binding

aan de beginselen van behoorlijke rechtspraak slechts tot uitdrukking komt in de zorgvuldigheid waarmee de rechter kennis neemt van de standpunten van partijen en zijn keuze motiveert. In veel gevallen gaat het echter om beslissingen in de processuele rechtsbetrekking die meer een standaard-karakter dragen. In die gevallen zal de rechter ervoor moeten waken dat door beleidsmatige afstemming met collega's schending van de gelijkheid wordt voorkomen. Een parallel met gelijkheid van straffen (een materieel-rechtelijke kwestie) dringt zich hier op.⁸⁵ Hoewel het als een volstrekt discretionaire bevoegdheid zou kunnen worden gezien wanneer een rechter de strafmaat vaststelt, moet voldoende gewaarborgd zijn dat straffen niet te veel uiteen lopen. Bij het vaststellen van de strafmaat is de rechter ten volle gebonden aan algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak, onder meer het motiveringsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Ook voor de uitoefening van processuele bevoegdheden geldt niet anders.

De benadering van de processuele bevoegdheden van rechters vanuit algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak is thans nog geen gemeengoed. Er valt ook niet een reeks arresten van de Hoge Raad aan te wijzen waaruit blijkt dat de beginselen van behoorlijke rechtspraak in de door mij bedoelde betekenis expliciet een rol spelen. Het heeft er zelfs de schijn van dat nog niet bij iedere rechter het besef is doorgedrongen dat ook de macht van de rechter beperkt is door eisen van behoorlijkheid. Debet hieraan is dat de invalshoek van sommige civilisten sterk casuïstisch is en een meer beleidsmatige benadering van de taak van de rechter niet geheel aansluit bij de civilistische belevingswereld. In die zin ben ik een voorstander van een meer publiekrechtelijke oriëntatie van het civiele recht.

Naast de beginselen van behoorlijke rechtspleging zijn ook bepaalde grondrechten van belang voor de normering van de bevoegdheidsuitoefening door de rechter. Hier valt te noemen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer⁸⁶, welk grondrecht

85. *Trema* 'Gelijkheid van straffen', 1992, p. 77 e.v.

86. HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850, m.n. E.A. Alkema

voor het procesrecht op velerlei terrein van betekenis kan zijn. Inzage in medische stukken, medisch onderzoek en informatie inwinnen bij derden, vormen slechts enkele voorbeelden. Dit punt lijkt minder omstreden en werk ik hier niet nader uit.

DE LIJDELIJKHEID VAN DE RECHTER

Er is al veel geschreven over het begrip lijdelijkheid en hier ontbreekt de ruimte om uitvoerig op de inhoud van dit begrip in te gaan.⁸⁷ Waar ik slechts op wil wijzen is dat de pretense lijdelijkheid die de rechter in acht moet nemen in de eerste plaats nader uitgewerkt moet worden naar de verschillende elementen van het proces.⁸⁸ De wetgever geeft partijen de bevoegdheid een geding ahangig te maken en de rechter mag dat niet op eigen initiatief doen. Dit vormt voor Nederland een algemeen uitgangspunt van procesrecht, zowel civiel- als bestuursrechtelijk. Slechts in het strafproces wordt de verdachte -op initiatief van het OM- betrokken. Zo zijn er meer elementen van het proces te noemen waarbij de begrenzing van de taak van de rechter traditioneel in het licht van de lijdelijkheid gezien wordt: de omvang van het geding, de feiten, het verloop van de procedure.⁸⁹

Mijn stelling luidt dat de discussie over de lijdelijkheid van de rechter vruchteloos is. Dat de rechter niet onbeperkt van zijn bevoegdheden gebruik mag maken en dat de rechter daarom lijdelijk behoort te zijn vormt een vage nietszeggende notie. Voor een analyse van het burgerlijk procesrecht is een meer precieze beschrijving van de taak van de rechter noodzakelijk. Uit het voorgaande blijkt dat die analyse vorm kan krijgen door de betekenis van de beginselen van behoorlijke rechtspraak en de grondrechten voor de taakuitoefening door de rechter uit te werken.

⁸⁷ J M J Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip*, Deventer 1987

⁸⁸ Zie mijn preadvies NJV 1991, Procesrecht als proces, *a w* en Bosch-Boesjes *a w*

⁸⁹ Bosch-Boesjes, *a w*

Het verschil tussen de verzoekschriftprocedure en de dagvaardingsprocedure wordt traditioneel gezien in de lijdelijke opstelling van de rechter in laatstgenoemde procedure. De dagvaardingsprocedure zou worden gekenmerkt door de lijdelijkheid van de rechter, op basis waarvan het geding een geding van partijen is en niet 'van de rechter'. Partijen procederen via de rol en de rechter wacht lijdelijk af hetgeen partijen in het geding brengen. De verzoekschriftprocedure zou de rechter in een meer actieve rol plaatsen, mede omdat het gaat over rechten die niet ter vrije beschikking van partijen staan.

De lijdelijkheid van de rechter staat voor de bescherming van een tweetal belangen. In de eerste plaats dient de rechter zich in bepaalde opzichten terughoudend op te stellen bij de uitoefening van processuele bevoegdheden. In de tweede plaats dient de rechter zich terughoudend op te stellen ten aanzien van materieelrechtelijke bevoegdheden van partijen. Tussen het eerste punt en het tweede bestaat een logische verbinding: wanneer de rechter zich in het proces te actief zou opstellen, dan dreigt het risico dat de rechter te zeer zou interveniëren in de materieelrechtelijke bevoegdheden van partijen. Dit is een belangrijk punt. De inhoud van de vordering die een rechtssubject instelt behoort tot het bereik van de autonomie van een partij in het geding. Een partij is ook in beginsel bevoegd om het proces te beëindigen voordat de rechter uitspraak heeft gedaan, of om – zoals hiervoor bleek – de eis te vermeerderen/verminderen of te wijzigen. Onder meer in deze processuele bevoegdheden vindt de autonomie van een partij uitdrukking. Het bepalen van de inhoud en omvang van de vordering en het handhaven ervan is niet alleen een processuele bevoegdheid, doch een van het materiële recht afgeleide bevoegdheid. Zo zijn er meer elementen van het procederen te noemen waarvoor hetzelfde gezegd kan worden. Een partij is niet gehouden alle hem toekomende rechten in te roepen en kan langs die weg bijvoorbeeld bepaalde bewijsverplichtingen ontgaan. De rechter kan eventueel interpretatief de grondslag van de vordering uitbreiden of wijzigen, doch de rechter moet bewust door partijen gemaakte keuzes daarbij respecteren.⁹⁰ Bij het leveren van bewijs

is het initiatief in beginsel bij partijen gelaten. Het geheel buiten partijen om inwinnen van informatie bij derden komt in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor. Bij de parlementaire behandeling van het nieuwe bewijsrecht lijkt op dit punt sprake van een misverstand. Het ontbreken van hoor en wederhoor werd 'vertaald' naar de partij-autonomie. Niet is relevant of hoor en wederhoor plaatsvindt (dat moet hoe dan ook), maar of de keuze van de rechter om bij derden informatie in te winnen de autonomie van partijen aantast.⁹¹ Gelet op de toenemende nadruk op informatieverplichtingen van partijen ligt het steeds minder in de rede om het uitgangspunt dat partijen in alle opzichten de feitelijke omvang van het geding bepalen als dogma te aanvaarden.⁹² Hier is een ontwikkeling gaande die niet los gezien kan worden van een bredere ontwikkeling in ons recht, waardoor voor civiele gedingen meer de nadruk komt te liggen op de materiële waarheid. Ik beklemtoon dat het hierbij gaat om een geleidelijke ontwikkeling, die niet impliceert dat er geen enkele grens gesteld zou moeten worden aan de waarheidsvinding door de rechter. Daarom is het ook een kernvraag op welke wijze die grens genormeerd moet worden.

DE RECHTER, ADVOCATEN EN PARTIJEN.

Wanneer in het voorgaande gesproken is over de autonomie van partijen tegenover de rechter, dan schuilt daarin een versimpeling van de werkelijkheid. Partijen treden in het civiele proces – voor zover verplichte procesvertegenwoordiging geldt, of voor zover partijen dat kiezen – op door de intermediair van een advocaat (procureur). De toevoeging procureur is noodzakelijk, omdat in

90 Bosch-Boesjes, *a w*, pp 124 e v, m n n a v H E Ras, *NJB* 1971, p 100 e v

91 Bosch-Boesjes, *a w*, p 147, zie ook *Burgerlijke Rechtsvordering*, Flach/Rutgers, Boek I, art 176, aant 2 e v

92 J B M Vranken en A F M Brenninkmeijer, Harmonisatie van Burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht, *WPNR* 6074, 1992, p 1009

beginsel de vertegenwoordiging van partijen bij verplichte proces-vertegenwoordiging dubbel is: het is de procureur die op straffe van nietigheid processuele handelingen verricht.⁹³ Feitelijk treedt een advocaat op als degene die verwoordt hetgeen partijen wensen. Het 'debat tussen partijen' is in de dagvaardingsprocedure een debat tussen advocaten. Wanneer Ras opmerkt dat er tal van zaken zijn die beter in een gefaseerd en voor partijen meer waarborgen biedend model van de dagvaardingsprocedure kunnen worden besproken⁹⁴, dan belijdt hij zijn voorkeur voor handhaving van de dagvaardingsprocedure met een verwijzing naar de belangen van partijen. Toch moet worden vastgesteld dat die gefaseerde opbouw van het proces plaatsvindt door tussenkomst van advocaten. Het is niet alleen – en wellicht niet in de eerste plaats⁹⁵ – in het belang van partijen dat het proces een gefaseerde opbouw heeft, doch ook in het belang van advocaten. De gefaseerde opbouw van het proces, dat wil zeggen de conclusiewisseling, biedt de mogelijkheid om behoedzaam de procespositie op te bouwen. Tegelijkertijd biedt dit advocaten de mogelijkheid om uitstel te krijgen, dat wil zeggen niet aanstonds trefzeker een zaak in het spoor te zetten. Voorts kost iedere proceshandeling geld en de ervaring leert dat het bij advocaten om veel geld gaat. Beide punten wijzen op een mogelijke belangenverstrengeling bij de advocaat: uit financieel oogpunt telt iedere bladzijde die in het proces gebracht wordt, iedere acte, iedere conclusie vormt 'handelswaar'. Uit dat oogpunt is het niet in het belang van advocaten om kort en snel te procederen. Bovendien kunnen advocaten met een 'behoedzame opbouw' van het proces voorkomen dat fouten worden gemaakt, of dat fouten ernstige gevolgen zullen hebben. Hiermee wrijf ik 'de advocaat in het algemeen' geen kwade trouw aan, doch ik consta-

93. 133 en 137 Rv.

94. Bespreking proefschrift J.E. Bosch-Boesjes, *RM Themis* 1992, p. 382.

95. Een kanttekening van geheel andere orde valt hier nog wel te maken. Bepaalde zaken kunnen naar hun aard meebrengen dat niet al te snel procederen uit menselijk oogpunt voordelen biedt. Bij advocaten valt wel te beluisteren dat in scheidingszaken het beloop van de procedure ruimte biedt voor het voltrekken van een rouwproces.

teer slechts dat het belang van partijen in een geding niet steeds samenvalt met het belang van advocaten in het geding.

Hieraan moet nog een ander aspect van de processuele situatie worden toegevoegd. Partijen hebben in een proces vaak een tegengesteld belang en daarmee hebben zij vaak ook ten aanzien van de loop van het proces een tegengesteld belang. De ene partij wil een snelle uitspraak van de rechter, terwijl de andere partij slechts belang heeft bij uitstel. Het debat tussen partijen heeft daarom vaak niet vanzelf een goed verloop.

Het begrip 'partij' vraagt om een nadere beschouwing. De (verplichte) procesvertegenwoordiging en met name het schriftelijke debat plaatst de advocaat op de voorgrond in het proces. De comparitie kan ertoe leiden dat een partij in persoon direct informatie geeft aan de rechter. De verzoekschriftprocedure is meer gericht op de partij in persoon, terwijl de dagvaardingsprocedure de partij in persoon meer op de achtergrond plaatst. Toch is met de introductie van de comparitie na antwoord daar enige verandering in gebracht. Daarbij komt het verschil tussen de mondelinge behandeling en het schriftelijke debat. De mondelinge behandeling biedt de mogelijkheid om de opstelling van advocaten enerzijds en partijen persoonlijk anderzijds te zien. Bovendien heeft fysieke en mondelinge communicatie een andere betekenis dan louter schriftelijke communicatie. De ontwikkeling van het procesrecht laat zien dat de mondelinge behandeling aan betekenis wint. De verzoekschriftprocedure kent een mondelinge behandeling en voor de dagvaardingsprocedure is de comparitie van betekenis geworden. Veel zaken worden in kort geding aanhangig gemaakt waardoor ook een grote nadruk op de mondelinge behandeling komt te liggen.

Dit is een ontwikkeling die niet op zich staat. Voor het burgerlijke recht kan worden gesteld dat de groeiende betekenis van de redelijkheid en billijkheid ertoe bijdraagt dat louter schriftelijke communicatie in het proces niet toereikend is.⁹⁶ Op deze wijze

⁹⁶ Dit is niet de plaats om dit verder uit te werken, zie onder meer mijn preadvies NJV 1991 *a w*

beschouwd kan worden gezegd dat de groeiende nadruk op het mondelinge element in het proces -als aspect van het procesrecht-direct verband houdt met het materiële recht. Redelijkheid en billijkheid hebben in abstracto geen betekenis. Ook op dit punt valt een vergelijking te maken met het bestuursrecht: de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als onzelfstandige rechtsnormen⁹⁷ vereist een goed zicht van de rechter op de materiële kant van een zaak. Vertrouwen en zorgvuldigheid zijn net als redelijkheid en billijkheid noties over menselijk handelen en vormen geen bloedeloze rechts-‘instrumenten’.

HERORIËNTATIE

In de komende jaren zal mede vanwege de reorganisatie van de rechterlijke macht veel aandacht besteed moeten worden aan de vormgeving van het burgerlijk procesrecht. Het civiele proces is op een dood spoor geraakt: door de complexiteit en door de kostbaarheid van het proces is de uitkomst maatschappelijk gezien eerder negatief dan positief. Daardoor is een situatie ontstaan waarin voor het civiele recht niet meer voldaan wordt aan de elementaire eis van een rechtsstaat: de effectieve doorzetting van het recht in de werkelijkheid moet door de overheid gewaarborgd worden.

De wetgever lijkt een tweesporenbeleid te volgen, waarbij twee soorten procedures worden geïntroduceerd: enerzijds in het verlengde van de dagvaardingsprocedure een procedure waarbij de partijen meer invloed hebben op het proces en anderzijds in het verlengde van de verzoekschriftprocedure een procesvorm waarin de rechter meer ‘dominus litis’ is.⁹⁸ De motivering voor deze tweedeling door Meijknecht is vrij pragmatisch. Het is gemakkelijk

97. E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, *Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1982, p. 105 e.v.

98. Meijknecht, *a.w.* en Ras, *a.w.*, *RM Themis* 1992, p. 382. Bovendien is de wetgever naar hartelust aan het experimenteren met allerlei complexe manieren om een geding aanhangig te maken: formuleren, betekende verzoekschriften enzovoort.

wanneer de wetgever de keuze heeft uit twee soorten procedures. Het zou gaan om een politieke keuze en niet om 'wetgeversgrillen'. Afhankelijk van het vertrouwen dat men in de rechter in bepaalde tijden stelt zou de wetgever voor bepaalde geschillen voor een bepaalde procedure kunnen kiezen. Op de achtergrond schemert wel de autonomie van partijen in het private rechtsverkeer, doch een meer precieze motivering waarom de autonomie van partijen zoveel invloed zou moeten hebben op de inrichting van het proces, ontbreekt vooralsnog. Ras heeft zijn steun gegeven aan de ideeën van Meijknecht en ook Asser heeft recent zijn liefde bekend voor de dagvaardingsprocedure.

Met deze benadering ben ik het niet eens. Een meer precieze analyse van de grenzen van de taak van de rechter – mede in het licht van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak en de grondrechten – laat zien dat het niet zonder meer gaat om een proces waarin de rechter dan wel partijen meer invloed hebben. Meer partij-invloed in het dagvaardingsproces heeft ertoe geleid dat de kosten van deze procedures te hoog zijn geworden, zodat de rechtsstaat geweld wordt aangedaan. De jurisprudentie van het EHRM inzake de redelijke termijn laat zien dat de lengte van het proces een element van behoorlijke rechtspraak is dat van publiek belang is. Het procesrecht moet waarborgen dat een proces niet onevenredig lang duurt.

In ieder proces dient de rechter te handelen overeenkomstig algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak. Afhankelijk van de aard van de bevoegdheid van partijen in het geding dient de rechter zich in meerdere of mindere mate terughoudend op te stellen ten opzichte van de uitoefening van materieelrechtelijke bevoegdheden. Bepaalde processuele bevoegdheden van partijen in het geding vormen een direct afgeleide van materieelrechtelijke bevoegdheden. De rechtsontwikkeling in het burgerlijk recht laat zien dat de rechter steeds vaker een ook in materieelrechtelijk opzicht belangrijke taak krijgt toebedeeld. De groeiende betekenis van de redelijkheid en billijkheid en bijvoorbeeld de introductie van de 'imprévision' in het BW vormen daarvan een duidelijk voorbeeld. Voor de vormgeving van het procesrecht zijn twee be-

langrijke kwesties aan te wijzen. In de eerste plaats de grenzen van de taak van de rechter en de wijze waarop die grenzen genormeerd worden. In de tweede plaats de vraag welke invloed de rechter behoort te hebben op de materieelrechtelijke rechtsbetrekking tussen partijen en welke kennis de rechter voor een verantwoorde uitoefening van die bevoegdheden dient te hebben. Wanneer de wetgever ervoor kiest dat de huwelijksontbinding door echtscheiding slechts door tussenkomst van de rechter mogelijk is dan is evident dat de uitoefening van deze materieelrechtelijke bevoegdheid volledig naar de rechter is verschoven en bij een afzonderlijke regeling van het scheidingsprocesrecht is het zelfs evident dat steeds vaker aan de rechter een beslissing zal worden gevraagd over alle bijkomende kwesties van een scheiding: levensonderhoud, voogdij, huur van de woning e.d. Ook echter in het vermogensrecht is zichtbaar dat de rechter – mede in het licht van de redelijkheid en billijkheid – steeds ruimere bevoegdheden krijgt ten aanzien van de materieelrechtelijke positie van partijen. Daarbij gaat het in het proces steeds minder vaak om abstracte rechtsvragen betreffende ‘A’ en ‘B’, de bekende figuranten uit de civilistische denkspelletjes, doch om de inhoud en verdere ontwikkeling van de actuele rechtsbetrekking tussen twee personen, mensen van vlees en bloed (of rechtspersonen met ook een eigen identiteit). De toenemende oriëntatie op de algemene beginselen van behoorlijkheid, redelijkheid en billijkheid en grondrechten laat zien dat het recht als abstract en ‘ontmenselijkt’ denkschema aan waarde inboet en dat daarvoor in de plaats treedt een meer op mensen betrokken oriëntatie van het recht.⁹⁹

Het procesrecht behoort deze ontwikkeling te volgen. Dat rechtssubjecten een geschil krijgen waar zij niet uitkomen vormt een menselijk en maatschappelijk gegeven. De overheid ziet liever niet deze rechtssubjecten met elkaar op de vuist gaan, verbiedt eigenrichting en deze keuzes maken de inrichting van effectief procesrecht noodzakelijk. De idee dat een zodanig procesrecht aan de

99. Vgl. J.C.M. Leijten, die in dit verband sprak van een benadering ‘ad personam’, De didactische waarde van het vermogensrecht, *NJB* 1988, p. 1378.

menselijk en maatschappelijk te stellen eisen voldoet wanneer uitgangspunt is een geldverslindend en gedurende jaren lopend debat tussen advocaten ten overstaan van een lijdelijk rechter vraagt krachtige bestrijding.

Dat de rechter niet onbeperkt kan zijn in zijn macht hoeft echter niet tot gevolg te hebben dat de rechter in de processuele rechtsbetrekking machteloos gemaakt wordt, in de zin van lijdelijk ten opzichte van het debat tussen partijen. De rechter moet – gebonden aan de beginselen van behoorlijke rechtspraak – optreden als een adequaat discussieleider zodat de uitkomst van het debat uit maatschappelijk oogpunt zinvol is.

BESLUIT

Eenzijdige fixatie op het 'civiele karakter' van het burgerlijke proces leidt tot de slotsom dat de autonomie van partijen meebrengt dat de rechter lijdelijk behoort te zijn. Dit is een vage en nietszeggende notie, die bovendien gelet op de actuele ontwikkelingen in de rechtspleging wetenschappelijk aanvechtbaar is. Tegenover deze civilistische oriëntatie heb ik aandacht gevraagd voor een meer publiekrechtelijke benadering van het civiele proces. Partijen hebben op grond van het materiële burgerlijke recht bevoegdheden en de normering van de taak van de rechter moet ertoe leiden dat partijen ervan verzekerd kunnen zijn dat tussenkomst van de rechter er niet toe leidt dat op een onredelijke wijze inbreuk wordt gemaakt op de hen toekomende bevoegdheden. Deze normering draagt een publiekrechtelijke inslag, omdat de rechter een van de staatsorganen is en als zodanig gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak.

Wanneer de normering van de taak van de rechter consequent benaderd wordt mede vanuit de algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak vervalt de noodzaak om onderscheid te maken tussen de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure.¹⁰⁰ De keuze die de wetgever eventueel zou wensen te kunnen

maken uit twee verschillende procesvormen – meer dan wel minder invloed van de rechter op de loop van het proces – is te ongenueanceerd en geeft onvoldoende ruimte aan actuele ontwikkelingen in ons recht. Het verdient de voorkeur een eenvoudig en helder procesrecht vast te stellen dat tegen beperkte kosten een behandeling van rechtsgeschillen voor de rechter mogelijk maakt. De rechter dient zich bij de toepassing van dat procesrecht te oriënteren op algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak. Slechts langs die weg kan op verantwoorde wijze recht gedaan worden aan de keuzevrijheid die rechtssubjecten in het private rechtsverkeer toekomt.

100. Ook meer procestechnisch gezien is er geen noodzaak de verschillen te handhaven: Vranken en Brenninkmeijer *a.w.* In dit onderzoek hebben wij een integrale vergelijking gemaakt tussen de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure en zijn tot de conclusie gekomen dat er hetzij geen relevante verschillen zijn, hetzij verschillen die niet principieel van aard zijn en daarom opgeheven kunnen worden.

