

Tilburg University

**Codificatie en dynamiek in het burgerlijk procesrecht. Begeleidingsinstrumenten bij de hantering van een (her)codificatie**

Vranken, J.B.M.

*Published in:*  
Codificatie en dynamiek

*Publication date:*  
2004

*Document Version*  
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Vranken, J. B. M. (2004). Codificatie en dynamiek in het burgerlijk procesrecht. Begeleidingsinstrumenten bij de hantering van een (her)codificatie. In J. B. M. Vranken, & I. Giesen (Eds.), *Codificatie en dynamiek: Instrumenten ter begeleiding van de omgang met codificaties* (pp. 51-64). Boom Juridische uitgeverij.

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Codificatie en dynamiek in het burgerlijk procesrecht Begeleidingsinstrumenten bij de hantering van een (her)codificatie\*\*

### 1 Ter plaatsbepaling

Samen met drie anderen heb ik het in de tweede sternoot vermelde Interim-rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht geschreven. Het rapport zal, als het aanvaard wordt, de basis vormen van een wetgevingsprogramma op het gebied van het burgerlijk procesrecht. In het bijzonder zal het inzichten moeten aandragen en aanbevelingen moeten doen voor een te ontwerpen nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Blijkens de onderzoeksopdracht behoort het niet tot onze taak de inzichten en aanbevelingen te vertalen in concrete concept-bepalingen voor een dergelijk wetboek. De keuze voor een nieuw wetboek betekent evenwel dat gekozen is voor een (her)codificatie en dat is een verschijnsel dat in de huidige tijd niet onomstreden en evenmin eenduidig is.

Onze aandacht gaat vooral uit naar de wijze van (her)codificatie. Derhalve niet naar de vraag of het burgerlijk procesrecht wellicht beter niet opnieuw in een wetboek bijeengebracht kan worden, maar bijvoorbeeld verdeeld zou moeten worden over verschillende afzonderlijke wetten of dat een andersoortige regeling de voorkeur zou verdienen. Gelet op art. 107 Grondwet (het zgn. codificatieartikel<sup>1</sup>),

---

\* Jan Vranken is hoogleraar Methodologie van het Privaatrecht aan de UvT.

\*\* Onder een andere titel, met een andere lay-out, en hier en daar soms anders, is deze bijdrage eerder gepubliceerd in W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interim-rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2003, p. 247-261.

1 Voor zover hier relevant houdt het artikel in dat de wet het burgerlijk procesrecht in een algemeen wetboek regelt, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten. De achtergrond van het codificatieartikel moet worden gezocht in de beëindiging van rechterlijke willekeur, het tegengaan van versnippering en fragmentarisering van, in dit geval, het burgerlijk procesrecht, en wellicht ook in de bevordering van de democratische besluitvorming. Voorts is er een duidelijke relatie met het streven naar nationale eenheid. Hierover uitgebreid met name P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming*, diss. 1996 en in een artikel in *RM Themis*, 2002, p. 195-203, getiteld: De paradox van de codificatie: over de gevolgen van codificatie in Europa voor de rechtsvinding, waarbij hij tevens ingaat op de in noot 3 te noemen codificatieactiviteiten met betrekking tot het materiële privaatrecht op Europees niveau. In het kader van het nieuwe Nederlandse BW van 1992 is aan de ratio van het codificatieartikel aandacht besteed in *PG nieuw BW, Algemeen deel*, o.m. p. 45-61 (bijdragen van de kamerleden Oud en Gerbrandy over de wenselijkheid van een hercodificatie), alsmede bij de standaardregeling van art. 6:214 nieuw BW. Hierover onder meer E.H. Hondius, *Algemene Voorwaarden*, diss. 1978, p. 654-669, met veel verdere verwijzingen. Geconstateerd kan worden dat de strenge eisen waarmee de standaardregeling van art. 6:214 BW uiteindelijk is opgetuigd – zo streng dat er tot nu toe geen gebruik van is gemaakt –, aangeeft hoe zwaar de codificatiegedachte in het materiële recht woog. In het burgerlijk procesrecht was en is dit zeker niet minder: de overheids-

de ervaringen in Nederland met het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering sinds 1838, en de hervormingen van het civiele procesrecht elders, bijvoorbeeld in Duitsland, Engeland, Oostenrijk, Finland, Japan, Hongkong, Letland, Eritrea<sup>2</sup> en Noorwegen, waarin steeds voor een wetboek is gekozen, lijkt ons dit thans geen vruchtbare vraagstelling.<sup>3</sup>

Wat de vraag betreft hoe de (her)codificatie gestalte moet krijgen, onderscheiden wij een binnenkant en een buitenkant. De binnenkant heeft betrekking op de inhoud van het nieuwe burgerlijk procesrecht. Wij bepleiten een flexibeler, opener, responsiever, en gedifferentieerder burgerlijk procesrecht dan thans. Tot zo'n nieuw procesrecht behoren onder meer een ruimere erkenning van partijafspraken, een diversificatie van procesgangen, het openstellen van andere methoden van geschilbeslechting en conflictoplossing, en een hierop aansluitende herijking van de verantwoordelijkheid van rechter en partijen, buiten de traditionele kaders van partijautonomie en rechterlijke lijdelijkheid. Dit alles moet op de best mogelijke<sup>4</sup> manier worden vorm gegeven in regels. Daarmee zijn wij bij de wijze van codificeren, de buitenkant (en ga ik over op de ik-vorm).

## 2 'Deze zinnige vragen schelen straks een arrest'<sup>5</sup>

Ter wille van het juiste perspectief moet ik beginnen met een 'lus'. Wetgeven kan beschouwd worden als het geven van algemene normen voor rechtsrelaties tussen

---

rechtspraak strekt tot het verkrijgen van een executoriale titel (geweldsmonopolie). Dat is wat haar in essentie onderscheidt van andere vormen van rechtspraak of conflictoplossing

2 Ik was eindverantwoordelijk voor de opdracht tot herziening van de Eritrean Civil Procedure Code. Het wetboek is in juli 2002 in werking getreden.

3 Ook op het terrein van het materiële privaatrecht gonst het van (her)codificatieactiviteiten. Nederland is een goed voorbeeld. Nog recenter zijn de codificaties in de voormalige Oostbloklanden en in de Baltische staten. Ook op Europees niveau doet het zich voor. Te noemen zijn de verschillende studiegroepen die zich bezighouden met de harmonisatie/unificatie van het Europese privaatrecht (overeenkomstenrecht, onrechtmatige daad en overig verbintenissenrecht, faillissementsrecht, personen- en familie-recht, goederenrecht), die daarbij hebben gekozen voor een aanpak die precies lijkt op die van de grote codificatiebeweging van ruim twee eeuwen geleden: een samenhangend en omvattend geheel van algemene regels (meestal Principles geheten) op een ruim tot zeer ruim bemeten rechtsgebied, voorzien van een toelichting en rechtsvergelijkende gegevens. Een overzicht van de hier bedoelde studiegroepen met een uitleg van hun werkwijze geven o.m. J. Smits, *Europees privaatrecht in wording*, 1999, p. 24-85, en A.S. Hartkamp, Perspectives for the development of a European Civil Law, *WPNR* 6401 (2000), p. 331-336, en E.H. Hondius, European Private Law – Survey 2000-2002, *ERPL* 2002, p. 865-900.

4 Wat dit betekent, volgt hierna.

5 Opmerking van de Voorzitter van de Tweede Kamer tijdens de behandeling van wetsvoorstel vernieuwd burgerlijk procesrecht, *Kamerstukken II* 2000/01, 26 855, nr. 16, p. 13 naar aanleiding van vragen van een kamerlid over de consequenties voor het griffierecht bij toepassing van de wissel-spoorbepaling van art. 69 Rv (1.8.1).

rechtssubjecten, aldus Eijlander en Voermans in hun boek over wetgevingsleer.<sup>6</sup> Hiervan uitgaande is de (her)codificatie van het burgerlijk procesrecht in een nieuw wetboek een complexe vorm van wetgeven, omdat zij betrekking heeft op een geheel rechtsgebied. Dat stelt hogere eisen aan met name het verwerven van inzicht in de materie, het bewaren van het overzicht, het op elkaar afstemmen van uiteenlopende waarden en beginselen, en het opstellen van samenhangende, duurzame en hanteerbare rechtsnormen die toepasselijk zijn op een veelheid van uiteenlopende concrete situaties. Gebruikelijk in Nederland<sup>7</sup> is dat de algemene regels worden toegelicht.<sup>8</sup> De toelichting is later vaak<sup>9</sup> een belangrijke bron van informatie bij de uitleg en toepassing van de regel in een concreet geval. In de toelichting wordt, als het goed is, niet alleen aangegeven waarom, mogelijk uit verschillende alternatieven, voor een bepaalde regel is gekozen en waarom die regel de beste is, maar ook welke gevallen hij wel bestrijkt en welke niet. Vooruitdenken is hierbij het devies. Al in de ontwerpfase wordt geprobeerd te voorzien wat zich zo al kan voordoen, welke chicanes mogelijk zijn en welke regeling daarbij past. Casus fungeren vaak als gids en als toetssteen voor de vraag of de beoogde regeling een adequate oplossing biedt en geen ongewenste consequenties of nevenverschijnselen heeft. Ook het parlement en de juridische literatuur gaan, zij het niet uitsluitend, op deze wijze te werk. Met name bij langlopende wetgevingsprojecten kan dit vergaande vormen aannemen. Een voorbeeld is de invoeringsfase van het nieuwe BW, althans wat de boeken 3, 5 en 6 betreft. De parlementaire geschiedenis leest bijna als één lange discussie met de literatuur over de reikwijdte, betekenis en consistentie van de voorgestelde bepalingen. De discussie werd in belangrijke mate gevoerd aan de hand van zelf verzonnen, uit het verleden opgediepte of aan buitenlands recht ontleende casus. Daardoor heeft de wetgever de mogelijkheid gekregen om fouten te herstellen, bedoelingen te verduidelijken, regels te veranderen en grenzen scherper te trekken. Of uitgedrukt in de woorden van de titel van deze paragraaf: daardoor zijn veel arresten voorkomen.

Met dit laatste kom ik aan de kwestie waar het mij hier om te doen is. Een codificatie kan nooit uitputtend of volledig zijn, niet op het moment van totstand-

6 Philip Eijlander en Wim Voermans, *Wetgevingsleer*, 1999, p. 129.

7 Dat is zeker niet overal in dezelfde mate het geval. Verdragen, EG-Richtlijnen en EG-Verordeningen bevatten vaak slechts een preambule. De toelichting op de Principles van de in noot 3 genoemde Europese studiegroepen zijn onvergelijkbaar veel beknopter en algemener dan de Nederlandse wetsvoorstellen op het terrein van het privaatrecht.

8 Aanwijzing 211 voor de regelgeving bepaalt in lid 1 dat een wetsvoorstel wordt voorzien van een memorie van toelichting. Meer over dit onderwerp bij Philip Eijlander en Wim Voermans, *a.w.* (nt. 6), p. 171-192.

9 Ook hier bestaan grote verschillen tussen de diverse rechtsstelsels. Vergelijk de indrukwekkende studie in twee delen van Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historische Grundlagen*, 2001. Een zeer beknopte samenvatting van de betekenis van de wetsgeschiedenis in Frankrijk, Duitsland, Engeland en het EG Hof van Justitie is te vinden op p. 1272-1273.

komen ervan en zeker niet na verloop van enige tijd als nieuwe ontwikkelingen beginnen te wringen met de in de codificatie gemaakte keuzen. Terecht wordt dit steeds opnieuw benadrukt en bijvoorbeeld voorgehouden aan de wetgevers in de voormalige Oostbloklanden die codificaties overwogen: streef niet naar volledigheid en uitputtendheid, want dan gaat het mis. ‘The reason why in countries with old Civil Codes the courts are still able to find their ways lies in the fact that the legislators did not attempt too much’, aldus bijvoorbeeld Lorenz.<sup>10</sup> Portalis’ omschrijving in zijn Discours Préliminaire voor de Code Civil van de taak van de wetgever bij de totstandbrenging van codificaties is klassiek, maar nog steeds onovertroffen: ‘L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit: d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.’

En hij vervolgt: ‘C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétré de l’esprit général des lois, à en diriger l’application’. Elders, zoals in Oostenrijk en later in Duitsland en Zwitserland, zijn soortgelijke formuleringen gebruikt.<sup>11</sup> Ook de wetgever nieuw BW in Nederland heeft de beantwoording van reeksen vragen en de verdere ontwikkeling van bepaalde leerstukken welbewust geëndosseerd aan de rechtspraak in samenwerking met de juridische literatuur.<sup>12</sup> De consequentie dat rechtspraak en literatuur dan ook rechtsvormende taken hebben, is voor de rechtspraak in de meeste landen pas betrekkelijk recent openlijk erkend - rechters zelf hebben er nog het langst over gedaan, in Nederland bijvoorbeeld tot het midden van de jaren tachtig van de vorige eeuw -, en voor de literatuur in het algemeen nog steeds niet. In Nederland lag de kwestie in feite nog scherper. De belangrijkste reden van Meijers voor de hercodificatie van het burgerlijk recht in het nieuwe BW was de onwenselijkheid dat het privaatrecht zich in de jurisprudentie buiten het BW om had verder ontwikkeld, d.w.z. de onwenselijkheid van de rechtspraak als rechtsbron.<sup>13</sup> Er is echter, denken wij, geen burgerlijk wetboek te vinden waarin uiteindelijk meer en openlijker geleund wordt op de rechtspraak als bron van recht dan het nieuwe BW.<sup>14</sup>

---

10 W. Lorenz, On the ‘Calling’ of our time for Civil Legislation, in: A. Harmathy en A. Németh, *Civil law Codification and Special Legislation*, Boedapest, 1990, p.128. Het citaat is met instemming aangehaald door R. Zimmermann, Codification: history and present significance of an idea. À propos the recodification of private law in the Czech republic, *ERPL* 1995, p. 95-120 (114), die eraan toevoegt: ‘This requires the legislature to exercise considerable self-restraint’.

11 Zie R. Zimmermann, *a.w.* (nt. 10), p. 113-114 en 116-117 over deze landen. In dezelfde zin, maar vanuit de invalshoek van een regelscepticus, Cass R. Sunstein, Problems with Rules, *California Law Review*, 1995, p. 955-1026.

12 Bekende voorbeelden van geëndosseerde leerstukken zijn de precontractuele verhoudingen, overheidsaansprakelijkheid en de positie van derden in het privaatrecht, waaronder de derdenwerking van overeenkomsten.

13 J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, 1992, p. 295.

14 Overigens zou Meijers deze conclusie vermoedelijk niet onderschrijven, omdat hij twee wijzen van rechtspreken onderscheidt: de interpretatieve en de vrije. De vrije rechtspraak vult vage normen in en

Wat hiervan zij: in civil law-landen wordt uitgegaan van een schema wetgever-rechter (en literatuur). Natuurlijk is het beeld diverser en ingewikkelder dan hierboven geschetst, maar als röntgenfoto van grote wetgevingsoperaties, zoals een hercodificatie van het civiele recht of van het civiele procesrecht, is het schema nog steeds correct. De wetgever stelt algemene regels vast en licht deze zo goed mogelijk toe, de rechter moet de algemeenheden in concrete gevallen tot leven brengen. Daarbij bepaalt hij, mede met behulp van de juridische literatuur, steeds opnieuw de reikwijdte ervan, lost hij knelpunten en onvolkomenheden op, brengt samenhang en verdieping aan door de achterliggende waarden en beginselen op te sporen, slijpt scherpe kanten weg, en houdt de regels op de hoogte van de tijd door ze aan te passen aan de veranderende behoeften, omstandigheden en inzichten. Op onderdelen grijpt ook de wetgever tussentijds in, bijvoorbeeld onder invloed van Europese of internationale ontwikkelingen, maar in het civiele recht en het civiele procesrecht komt veel op de rechter neer.

### 3 Voorbij het schema wetgever-rechter (en literatuur)?

#### 3.1 Ten dele niet

De vraag is of het niet anders kan en moet. Toegespitst op het civiele procesrecht luidt het antwoord: ten dele niet. Een eerste argument voor dit standpunt is hierboven al aangeduid: de abstractie en de algemeenheid van regels, die ook duidelijk positieve kanten hebben. Zoals Zimmermann schrijft, dragen ze bij ‘to a considerable built-in flexibility’ van het gecodificeerde recht. Ze laten ruimte voor interpretatie en creativiteit, waardoor het mogelijk wordt om zonder voor ieder nieuw geval het wetboek te veranderen of aan te vullen, ‘to keep (the code) in tune with the changing demands of time by active and imaginative judicial interpretation and doctrinal elaboration’.<sup>15</sup> De flexibiliteit wordt ook bevorderd door de huidige ‘factualisering van regels’, dit wil zeggen dat regels al in zichzelf verwijzen naar de concrete omstandigheden, beginselen, belangen en waarden van het geval waarvoor zij een regeling geven. Regels hebben context nodig om te figureren en dat komt steeds vaker in wettelijke regels tot uitdrukking, bijvoorbeeld door middel van vage normen.<sup>16</sup> Van Roermund<sup>17</sup> spreekt in dit verband van de interiorisatie van het

---

vult leemten op, maar is geen rechtspraak *naast* de wet, omdat zij steunt op de door de rechtswetenschap als algemene rechtsleer opgespoorde en gesystematiseerde algemene beginselen en achterliggende belangen van de afzonderlijke wetsbepalingen. Zie Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. 1903 en dez., *De taak der rechtswetenschap ten aanzien van de vrije rechtspraak*, oratie 1910 (VPO I, p. 3-20).

15 R. Zimmermann, *a.w.* (nt. 10), p. 114.

16 De rechtspraak zelf heeft hieraan een stevige bijdrage toegevoegd door haar veelvuldig gebruik van

perspectief van de rechter in de wetgeving. In onze terminologie betekent de factua-  
lisering een versterking van het schema wetgeving en rechtspraak (en literatuur),  
omdat de taak van de rechtspraak als het ware wordt meegecodificeerd. Volledig in  
strijd hiermee is de idee van een extreem gedetailleerd wetboek met vele honderd-  
duizenden artikelen, zoals voor het Europese civiele recht door De Mot en De Geest  
is geopperd.<sup>18</sup> Behalve dat het resultaat onhanteerbaar is, gaat de idee geheel voor-  
bij aan de positieve en creatieve elementen van abstractie, algemeenheid en factua-  
lisering van de regelgeving. De casus die nodig zijn om regels betekenis te geven,  
wordt door hen zelf tot regel verheven. Het is de hypertrofie van wat Sunstein<sup>19</sup> het  
regelenthousiasme heeft genoemd: het geloof dat ‘full ex ante specifications of  
outcomes’ mogelijk zijn. Ook historisch wordt een dergelijke aanpak gelogenstraft.  
Het Pruisische Allgemeines Landrecht van 1794 was eveneens zeer casuïstisch –  
het bevatte meer dan 17.000 artikelen - en is om die reden niet succesvol gebleken.  
Daarentegen hebben de uniformerende codificaties van Frankrijk, België, Neder-  
land, Oostenrijk en het Duitse BGB van 1900 met hun talrijke abstract geformu-  
leerde bepalingen zich juist wèl weten te handhaven, sommige tot op de dag van  
vandaag. Van den Berg<sup>20</sup> schrijft dat in dit laatste type codificaties de wet welis-  
waar het fixatiepunt is van regelgeving, maar dat sprake is van een soort natuurlijke  
taakverdeling met de rechter die – als onbedoeld, maar positief neveneffect – goed  
werkt.

Het tweede argument waarom het schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur)  
ten dele gehandhaafd moet blijven, is dat de rechter niet alleen onvolkomenheden  
weg moet poetsen en het wetboek moet aanpassen aan de veranderende omstandig-  
heden, maar dat hij het ook ten einde moet denken (om een Eggensiaanse uitdruk-  
king te gebruiken). Een wetboek is meer dan een optelsom of verzameling van  
samenhangende regels. Het wordt gedragen door wat in de Engelse Civil Procedure  
Rules van 1999 is genoemd een ‘overriding objective’. Soms, zoals in Engeland,  
wordt geprobeerd dit ‘objective’ te specificeren, maar zelfs dan is het niet helemaal  
grijpbaar en laat het een zekere discretie en keuzevrijheid bij de invulling in concre-  
to. Om het toe te spitsen op de in de inleiding genoemde voorstellen tot veranderingen  
in het civiele procesrecht: gesteld dat de wetgever ze aanvaardt en op dezelfde

---

zgn. lijsten met relevante gezichtspunten. De Hoge Raad is hiermee in de jaren zestig begonnen, bij-  
voorbeeld in het Kelderluik-arrest van HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 en in Saladin/HBU van HR  
19 mei 1967, *NJ* 1967, 261.

17 B. van Roermund, *De rechter: grenswachter of grensganger?*, in: Erik-Jan Broers en Bart van Klink,  
*De rechter als rechtsvormer*, 2001, p. 149-172 (p. 169). Anderen, zoals Cass R. Sunstein, *a.w.* (nt. 11)  
en M.A. Loth en A.M.P. Gaaker, *Meesterlijk recht*, 2002, p. 33-47, spreken van contextualisering.

18 Jef de Mot en Gerrit de Geest, *De toekomst van het Europees privaatrecht na het Groenboek*, *NJB*  
2002, p. 881-890 (p. 889/890).

19 Cass R. Sunstein, *a.w.* (nt. 11), p. 1022. Hij zelf noemt het geloof van het regelenthousiasme ‘a  
chimara’.

20 P.A.J. van den Berg, *a.w.* (nt. 1), 2002, p. 198-201.

manier als tot nu toe gebruikelijk is in een nieuw wetboek van burgerlijke rechtsvordering opneemt, dan nóg zal veel uitleg, studie, rechtspraak, verduidelijking en discussie nodig zijn, voordat alle veranderingen in de praktijk enigermate op elkaar zijn afgestemd, hun betekenis hebben gevonden, hanteerbaar zijn gemaakt en tot de gewone kennis en bagage van de betrokkenen zijn gaan behoren. Anders gezegd: dan nòg zal het lang zal duren voordat de geest die uit de veranderingen spreekt vaardig is geworden over betrokkenen, oude gewoonten zijn afgelegd, en een zekere consensus is bereikt hoe het nieuwe procesrecht behoort te functioneren. Het is een onontkoombaar en zelfs voortdurend proces, want ook in de geest van een wet zet de tijd zijn tanden.<sup>21</sup>

### 3.2 *Ten dele wel*

In zoverre<sup>22</sup> kan het schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur) dus niet anders. Ten dele kan het wel, beter: móet het, wil men althans de grote nadelen vermijden die er ook aan kleven. Ik ga op deze nadelen kort in en vraag mij vervolgens af of en in hoeverre met een aanpassing van het schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur) de nadelen ondervangen kunnen worden, zonder dat de hierboven geschetste voordelen behoeven te worden prijsgegeven.

Het belangrijkste nadeel van de huidige situatie is dat het veel tijd en geld kost alvorens duidelijkheid wordt verkregen over wat rechtens geldt, bijvoorbeeld in het licht van nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden. De praktijk bedenkt oplossingen, de literatuur draagt ideeën aan, maar de opstelling en houding van betrokkenen is thans meestal zo dat gewacht wordt op een beslissing van de Hoge Raad. Pas dan acht men zich zeker. Vaak duurt het jaren voordat zaken tot de Hoge Raad doordringen, en dan nog moet men maar afwachten welke het zijn. Het systeem is niet zodanig dat de dringendste zaken eerst komen. Veel, zo niet alles, hangt af van het toeval en van de bereidheid van procespartijen om over een procesrechtelijke kwestie door te procederen tot aan de Hoge Raad en de hoge financiële lasten daarvan te dragen. Een ander gebrek van dit systeem is dat niet altijd voldoende scherp wordt geprocedeerd. In de loop van de procedure gaat nogal wat verloren. De kwestie komt dan niet in zuivere vorm bij de Hoge Raad, waardoor diens beslissing niet die duidelijkheid verschaft die had gekund. De Hoge Raad vangt dit soms op door de kern van de kwestie waar het om gaat, eruit te lichten, maar hij doet dit zeker niet altijd.

In de literatuur<sup>23</sup> zijn voorstellen gedaan om de toegang tot de Hoge Raad te

---

21 Jef de Mot en Gerrit de Geest, *a.w.* (nt. 18) hebben ook voor dit aspect geen oog.

22 Uiteraard zijn er ook nog andere redenen, waarom in het schema wetgeving niet gemist kan worden. Genoemd worden vaak de democratische legitimatie en het primaat van wetgeving. Zie voorts mijn artikel Niets in het recht is blijvend, behalve verandering, *WPNR* (6560) 2004, p. 1-13, met name par. 7.

23 Vergelijk onder meer D.J. Veegens, , 1971, nr. 181-182; G.J. Wiarda, *preadvies NJV* 1978, p. 86-87;



versnellen en minder van het toeval en van de financiële spankracht van procespartijen afhankelijk te maken. Genoemd zijn onder meer:

- betaling van de advocaat- en proceskosten in zaken die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling en rechtseenheid, dit om partijen over de streep te trekken in dergelijke zaken cassatieberoep in te stellen;
- cassatie in het belang van de wet, met de mogelijkheid dat door de Staat betaalde advocaten worden aangewezen om de standpunten van partijen te verdedigen;
- sprongcassatie;
- verlofstelsel of een stelsel waarin meteen na indiening van een zaak streng wordt geselecteerd op relevantie;
- rigoureuze beperking van de controlefunctie;
- versnelde afdoening van bepaalde typen klachten, met name voor zover ze betrekking hebben op de controlefunctie van de Hoge Raad;
- prejudiciële rechtsvragen van lagere rechters aan de Hoge Raad (eventueel met toewijzing van door de Staat betaalde cassatieadvocaten). Hieraan zou een verlofstelsel gekoppeld kunnen worden, waarin alleen vragen worden toegelaten die in het belang zijn van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Bij prejudiciële vragen is een dergelijke beperking geen probleem, eerder een vanzelfsprekendheid.
- rechtspraak bij wege van abstracte toetsing op vordering van belangengroeperingen (vergelijkbaar bijvoorbeeld met de regeling bij algemene voorwaarden van art. 6: 240 BW).

Tot concrete wijzigingen hebben de voorstellen nog niet geleid. De vraag is of, als ze wèl worden doorgevoerd, dit voldoende is. Ik denk van niet. In het schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur) ligt de nadruk op de vorming van regels, door de wetgever en, bij wege van uitleg en verdere ontwikkeling, door de rechter. Ongetwijfeld kan die rechtsvorming altijd beter, op beide fronten. Terecht is men hiermee dan ook voortdurend bezig, maar alle inspanningen ten spijt, verwacht ik niet een resultaat waarin de geschetste nadelen van de lange tijd en de hoge kosten zich niet meer voordoen.<sup>24</sup> Ook het pleidooi van bijvoorbeeld Zimmermann<sup>25</sup> dat

---

de gepubliceerde bijdragen naar aanleiding van de NJB Salon over het boek van J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, 1998, in: *NJB* 2000, p. 1-4 en 687-721; de bijdragen tot het symposium over de Hoge Raad aan het Spaarne, in: *NJB* 2002, p. 293-310; J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, 2003, p. 13, waaraan dit overzicht is ontleend.

24 De gedachte dat regels zodanig moeten worden geredigeerd dat burgers in staat zijn zelf hun geschillen en conflicten op te lossen, is sympathiek, werd in het verleden en wordt ook thans nog regelmatig geuit, maar is onrealistisch, ook als men aanvaardt dat aan de huidige wijze van redigeren nog veel verbeterd kan worden. Het onrealistische schuilt in de taal- en leesvaardigheid die men impliciet van bur-

wetboeken moeten worden ontworpen door één persoon, leidt hiertoe niet.

#### 4 Begeleiding bij de hantering: vier instrumenten

Daarom dient een andere weg te worden ingeslagen. Belangrijker dan hoe regels luiden, is hoe er mee wordt omgegaan. Om een voorbeeld te geven: vrijwel alles wat per 1 januari 2002 in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering is vernieuwd, zou ook zonder wetswijziging mogelijk zijn geweest. De reden dat dit niet is gebeurd, is mede gelegen in het ontbreken van voldoende, uniforme begeleiding en aansturing hoe het procesrecht in concrete gevallen gehanteerd moet worden. Wat betekent bijvoorbeeld de eis om vertragingen tegen te gaan voor de vraag tot welk moment nog nieuwe feiten, stellingen, documenten en weren mogen worden ingediend, en of ook nog in appèl een bewijsaanbod mag worden gedaan dat zonder bezwaar al meteen in eerste aanleg gedaan had kunnen worden? Wanneer daarover concrete richtlijnen waren ontwikkeld, zou de substantiërings- en bewijsaandragplicht die nu als vernieuwing in het wetboek is opgenomen<sup>26</sup>, ook zonder wetswijziging tot stand kunnen zijn gebracht. Dat op zichzelf zou al een voordeel zijn, er komt nog bij dat dan ook veel meer duidelijkheid zou bestaan over de invulling van de plicht in concreto. De wetgever heeft nu, noodgedwongen, een zeer vage norm geformuleerd, waarover nog jaren gestreden zal worden en rechtspraak zal worden uitgelokt, voordat eenieder *grosso modo* weet waaraan hij zich te houden heeft.

In de onderhavige bundel over Codificatie en dynamiek wordt de stelling verdedigd dat veel meer dan nu ingezet kan worden op begeleiding bij de hantering van regels in concrete gevallen. Vergelijk de Verantwoording tot deze bundel voor een korte theoretische plaatsbepaling van deze stelling, en tevens voor de motivering van de keuze van de vier instrumenten die hierbij centraal staan en die alle vier geheel of gedeeltelijk buiten het schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur) liggen. In samenhang beschouwd vullen ze elkaar aan en versterken ze elkaar. Achtereenvolgens zijn het, toegespitst op het burgerlijk procesrecht: helpdesks, vraagbanken of informatiecentra (per internet); leidraden, richtlijnen, manuals, practice directions zoals in Engeland en Wales bij de Civil Procedure Rules, formulieren of reglementen (per internet); een commissie burgerlijk procesrecht met

---

gers verwacht en hun vermogen om bepaalde situaties op een abstracter niveau te duiden (want hoe dan ook zijn regels altijd tot op zekere hoogte abstracties). Over de aandacht die in bijvoorbeeld Zweden aan de taal en de toegankelijkheid van wetten wordt besteed – er is een aparte afdeling op het Ministerie van Justitie, bemenst met 5 linguïsten –, vergelijk B.M.J. van Klink en W.J. Witteveen, *Machtenscheiding of machtendeling? Over de rol van de rechter in het Zweedse wetgevingsproces*, *Regel-Maat*, 2003, p. 2-14.

25 R. Zimmermann, *a.w.* (nt. 10), p. 118-119.

26 Gebaseerd op de ervaringen die zijn opgedaan in het experiment met het Versneld Regiem.

zekere regelgevende bevoegdheden; en de infrastructurele inbedding, bijvoorbeeld via een instituut voor permanente evaluatie en advisering over modernisering van het burgerlijk procesrecht.

Anders dan in verschillende andere rechtsgebieden die in deze bundel aan de orde komen, zijn in het burgerlijk procesrecht de vier instrumenten nog niet of nauwelijks tot ontwikkeling gekomen. Er blijft nog veel te wensen over en dat zal ook blijken uit de hierna volgende toelichting per instrument.

#### *4.1 Helpdesks*

Helpdesks, vraagbanken of informatiecentra hebben als voornaamste doelstelling de ‘afnemers’ van het nieuwe civiele procesrecht te ondersteunen door het beantwoorden van vragen die dezen daarover in een concreet geval hebben. De antwoorden zullen niet bindend zijn. Er wordt naar beste vermogen van degenen die de helpdesk bemensen, informatie verstrekt, maar niet in geautoriseerde vorm. Probleem is goede, deskundige krachten te vinden. Ook de financiering is niet altijd eenvoudig. Bij de invoering van het Landelijk Rolreglement voor de rechtbanken in civiele zaken is een helpdesk opgericht door de vergadering van voorzitters van de civiele sectoren van de rechtbanken.<sup>27</sup> Twee ervaren rechters zijn bereid gevonden de desk te vormen, maar aangezien er geen geld was, hebben ze dit op kosten van hun eigen rechtbanken moeten doen, doordat die hun gedurende zekere tijd voor de helft hebben vrijgesteld. De helpdesk was alleen beschikbaar voor rechters. De antwoorden zijn via internet doorgestuurd naar alle rechtbanken, zodat iedereen daarvan kon profiteren. Problematische kwesties zijn besproken in de vergadering van de voorzitters van de civiele sectoren van de rechtbanken. Inmiddels is de helpdesk geëvalueerd, maar wat daarbij gebleken is, weet ik niet, omdat derden geen inzage krijgen in het evaluatierapport. Wel is verteld dat de in de helpdesk opgedane ervaringen mede zijn betrokken bij de aanpassing van het Landelijk Rolreglement per 1 januari 2002. Dit laatste wijst op nog een andere functie van helpdesks. Ze zijn tevens verzamelpunt van vragen die het nieuwe recht oproept. Bij veelvuldig gebruik ontstaat er een soort kenniscentrum, op basis waarvan kan worden vastgesteld hoe de regeling ‘valt’ in de praktijk en waar knelpunten liggen. Vroeger werd voor de oplossing van knelpunten meteen verwezen naar de wetgever. Die kwam daar echter heel vaak niet aan toe, zodat uiteindelijk de rechter (Hoge Raad) het moest doen.

In het nieuwe denken over wet- en regelgeving wordt, als gezegd in de Verantwoording tot deze bundel, veel meer ingezet op het zelfregulerend vermogen en onderling overleg van de direct betrokkenen. Dit hoeft niet per se te leiden tot

---

27 Het hierna volgende is gebaseerd op telefonische informatie, die ik heb verkregen van een van de rechters die de helpdesk hebben gevormd.

regelingen met een zelfde bindende kracht als overheidswetgeving.<sup>28</sup> Ook als dat niet zo is, kunnen ze in de praktijk toch gezag genieten. Voorbeelden van niet-bindende, maar succesvolle leidraden die thans reeds bestaan, zijn de kantonrechttersformule bij ontbinding van arbeidsovereenkomsten, de Tremanormen bij alimentatie, de Recofa-richtlijnen in faillissementen en surseances van betalingen, waaronder sinds kort ook die betreffende de toepassing van de Wet schuldsanering particulieren.<sup>29</sup> Daarnaast worden er veelvuldig afspraken gemaakt tussen balie en rechterlijke colleges op arrondissements- of ressortniveau. Meestal gaat het over procedurele en organisatorische zaken, maar soms ook over meer ingrijpende kwesties.<sup>30</sup> Steeds belangrijker worden de pogingen van op een bepaald gebied van het privaatrecht<sup>31</sup> werkzame maatschappelijke organisaties om tot afspraken te komen, bijvoorbeeld over normering van schadeposten als smartengeld, buitengerechtelijke kosten, reiskosten, en andere kleine uitgaven. Dat is weliswaar niet louter procesrechtelijk, maar heeft wel procesrechtelijke betekenis, met name wanneer men hierbij tevens geschillencommissies opricht of, zoals thans overwogen wordt, wanneer men ten aanzien van letselschade nog verder te gaan en de gehele preprocesuele afdoening wil protocolleren.<sup>32</sup> Als laatste in de rij van niet-bindende regelingen vermeld ik de afspraken tussen rechterlijke colleges onderling. Ze komen vaak voor, meer dan men tot voor kort dacht. Er is al veel over geschreven.<sup>33</sup> Wat opvalt, is hoe breed het terrein is waarop afspraken worden gemaakt, en

28 Zoals de Landelijke Rolreglementen die als recht worden beschouwd.

29 De eerste twee zijn voldoende bekend. Over de laatste o.m. G.H. Lankhorst in *NTBR* 2001, p. 236-237, met verdere bronvermeldingen. Een belangrijk voorbeeld op het terrein van het vennootschapsrecht is de Fusiecode (officieel: de Fusiegedragsregels) die al bestaat vanaf 1970 en gebaseerd is op vrijwillige naleving door werknemers en werkgevers. Ook in de Fusiecode nieuwe stijl zal dit niet veranderen, althans als het aan de regering ligt. De SER heeft anders geadviseerd.

30 Een heel krasse trof ik aan in een bericht van de rechter-commissarissen van de rechtbank Almelo die aan alle curatoren in hun arrondissement meedeelden dat zij 'hierbij' aan hen tot wederopzegging machtiging verleenden arbeidsovereenkomsten op te zeggen, mits de curatoren de betrokken werknemers zouden wijzen op de machtiging van de R-C en op de mogelijkheid de opzegging binnen 14 dagen te laten vernietigen. De brief is van de afdeling Handel & Insolventie, gedateerd 1 juli 2002, met als kenmerk MMV/hz. Als onderwerp is vermeld: Nieuwe regels bij ontslag van werknemers in faillissementen. Dat de Hoge Raad en dergelijke gang van zaken accepteert, blijkt uit HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 562, waarin niet in strijd met het wettelijk stelsel is geoordeeld het beleid van de rechtbank Zutphen dat curatoren mogen onderhandelen over de onderhandse verkoop van een goed zonder daarvoor tevoren machtiging te vragen aan de R-C.

31 Uitvoerig hierover de bijdrage van I. Giesen in deze bundel.

32 I.N. Tzankova en W.C.T. Weterings, *Preprocesuele afwikkeling van personenschadeclaims*, 2003. Het boek krijgt een vervolg in een door het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de UvT met hulp van de betrokkenen te ondernemen poging daadwerkelijk een voorbeeldprotocol op te stellen.

33 Vergelijk onder zeer veel meer, en steeds met verdere bronvermeldingen, de NJB-special over rechterlijke samenwerking, *Bijvoegsel NJB* 1989, p. 1609-1672; J.B.J.M. ten Berge e.a., *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, 1996, p. 351 e.v.; de bijdragen van o.m. S.K. Martens, M.F.J.M. de Werd en H.J. Snijders in de bundel P. Ingelse (red.), *De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Prinsengrachtreeks 1997/4; B.W.N. de Waard, Afstemming tussen rechters en gerechten, in P.M. Langbroek e.a. (red.), *Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal*, 1998, p. 151-166;

ook hoezeer men bij de vraag naar de toelaatbaarheid van dergelijke afspraken (rechterlijke samenwerking) heen en weer geslingerd wordt tussen principes die er zich tegen verzetten en praktisch nut dat er dringend om vraagt.

#### *4.2 Leidraden, richtlijnen en reglementen*

In een nieuw burgerlijk procesrecht dient volgens mij structureler dan thans te worden ingezet op het ontwikkelen van leidraden, manuals, practice directions, formulieren of reglementen. De Raad voor de Rechtspraak zou een initiërende, faciërende en coördinerende rol kunnen spelen. Die rol is hem ook in de Contourrennota toegedacht.<sup>34</sup> Wel pleit ik ervoor dat de Raad niet alleen overlegt met rechterlijke colleges, maar dat hij alle betrokkenen een stem geeft. Voor het welslagen van het nieuwe civiele procesrecht lijkt dit, om in de Verantwoording tot deze bundel genoemde redenen van draagvlak, commitment, relevantie, deskundigheid, en kwaliteit, van wezenlijk belang. Reeds bij het redigeren van wetsbepalingen dient hierop te worden ingespeeld. Er zijn onderwerpen waarbij op voorhand de samenwerking met de direct betrokkenen moet zijn geïnstitutionaliseerd of waarbij de hantering van het nieuwe recht meteen strak(ker) moet worden begeleid. Dit houdt in dat nog voordat het nieuwe recht in werking treedt, de infrastructurele inbedding van de diverse manieren waarop de begeleiding dient te geschieden, goed moet zijn doordacht en al zijn geregeld. Het vereist ook dat er een bureau of instantie is die de ervaringen met het nieuwe procesrecht (via een helpdesk of anderszins) opslaat, in kaart brengt, evalueert en, zo nodig, met adviezen en voorstellen komt tot onderzoek, aanpassing of nadere uitwerking. Een voorbeeld van dit laatste is ongetwijfeld de inzet van ICT. De ontwikkelingen op dat terrein gaan zo snel dat er voortdurend bijgesteld kan of moet worden. Ook anderszins is het onontbeerlijk dat permanent in het oog wordt gehouden hoe daadwerkelijk met het nieuwe recht wordt omgegaan, en of bijvoorbeeld de vernieuwingen die worden beoogd, wel gehaald worden zonder onvermoede of onwenselijke neveneffecten. Degene die de werkzaamheden volgt van het Lord Chancellor's Department, zoals het nu nog heet, over de Woolf-reform in Engeland en Wales, kan niet anders dan overtuigd raken van nut en noodzaak van een dergelijk systeem van monitoring en van de evaluaties en aanbevelingen waartoe dit leidt.

Het voorgaande betreft alleen niet-bindende begeleiding bij de hantering van het nieuwe civiele procesrecht. Verschil met thans is dat het, behalve structureler, in mijn aanpak ook openlijker geschiedt. Met name geldt dit voor de afspraken tussen rechterlijke colleges. Die afspraken zijn thans in meerderheid niet openbaar

---

H.U. Jessurun d'Oliveira, Doen wat gezegd is: precedenten en richtlijnen, *NVVR* 1998, p. 135-162; C.P.M. Cleiren en G.K. Snoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, 2001; K. Teuben, *Rechtersregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 RO*, 2002.

en dus voor justitiabelen en hun rechtshulpverleners niet kenbaar. Ik acht dit niet aanvaardbaar. Als men vindt dat afspraken niet openbaar kunnen zijn, mogen ze niet gemaakt worden. Veel principiële bedenkingen die men kan koesteren tegen rechterlijke samenwerking, verdwijnen zodra open kaart wordt gespeeld. Natuurlijk is het ook dan geen vrijbrief om alles te regelen, maar juist over wat wel en niet mag, dient in alle openheid te worden gediscussieerd. Met geheimhouding wordt niets gewonnen.

#### *4.3 Een commissie burgerlijk procesrecht*

Het derde instrument dat ik genoemd heb om de gebreken van het schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur) op te vangen, is het instellen van een commissie burgerlijk procesrecht met zekere regelgevende bevoegdheden. Hoewel ik verwacht dat met behulp van de niet-bindende regelingen die ik geschetst heb, het mogelijk is de hantering van het nieuwe procesrecht te ontdoen van veel onduidelijkheden en vraagpunten, waarover de overheidsrechter zich in het huidige stelsel zou moeten uitspreken, is het de vraag of de inzet van de overheidsrechter ook dan nog wel altijd nodig is. Is het niet beter bepaalde kwesties bindend te laten beslissen door een breed samengestelde commissie van deskundigen uit wetenschap en praktijk?<sup>35</sup> Met name bij kwesties die niet principieel zijn, maar waarin ‘gewoon’ een knoop moet worden doorgehakt in de ene of andere zin, lijkt mij dat daarover op die manier veel eerder (en aanmerkelijk goedkoper) uitsluitel kan worden verkregen dan na de vele jaren die een zaak er thans gemiddeld over doet alvorens aan de Hoge Raad te worden voorgelegd. Vooral zal hieraan behoefte bestaan in de eerste periode na invoering van het nieuwe procesrecht. Dan heeft nog niet alles een plaats en wordt er misschien meer geëxperimenteerd (of wil men meer experimenteren) dan anders. Experimenten kunnen heel nuttig zijn, maar betrokkenen moeten snel weten of de andere aanpak, de andere lijn die zij voorstaan, door de beugel kan of niet. Indien ze daar jaren op moeten wachten, dooft het enthousiasme en de bereidheid om er veel tijd en energie in te steken. Dit is althans wat ik tijdens cursussen over het per 1 januari 2002 vernieuwde civiele procesrecht regelmatig heb gehoord, met name van rechters. Het schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur) zoals het nu functioneert, daagt kennelijk onvoldoende uit om zelf met ideeën te komen en die uit te proberen. Daarmee wordt veel potentieel kapitaal niet benut.

#### *4.4 Infrastructurele inbedding*

---

34 Zie thans art. 94 RO.

35 Ik denk hierbij aan een systeem waarin besluiten van een dergelijke commissie gedurende enige tijd ter inzage worden gelegd in de Tweede Kamer. Grijpt die in die periode niet in, dan wordt het besluit bindend. Net als alle wetgeving van lagere orde, kan in concrete gevallen de verbindendheid van het besluit door de rechter getoetst worden.

Hierover heb ik al enkele opmerkingen gemaakt in par. 4.2 naar aanleiding van de positie van de Raad voor de Rechtspraak. Ik heb daarbij als inspirerend voorbeeld gewezen op de werkzaamheden van het Lord Chancellor's Department met betrekking tot het in 1999 grondig vernieuwde burgerlijk procesrecht in Engeland en Wales. Ik volsta daarmee.