This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

ARTIKELEN

Burgerlijk procesrecht en ideologie*

Remme Verkerk

1 Inleiding

Burgerlijk procesrecht wordt vaak gezien als een technische discipline die bovenal praktisch van aard is en weinig van doen heeft met ideologie. Toch is de wijze waarop geschillen tussen burgers worden opgelost geen ideologisch niemandsland. In deze bijdrage beperk ik mij met name tot de verhouding tussen de verschillende visies op de rol van de staat binnen de samenleving en het procesrecht. In deze bijdrage ga ik enkel in op de overheidsrechtspraak en zal ik alternatieve vormen van geschilbeslechting buiten beschouwing laten. Ik zal in deze bijdrage betogen dat de verschillende visies op de rol van de staat binnen de samenleving samenhangen met verschillende modellen van burgerlijk procesrecht.[1] Dit duidt op een mogelijke causale relatie tussen politieke opvattingen enerzijds en (de beginselen van) het procesrecht anderzijds.

In paragraaf 2 schets ik, hoofdzakelijk aan de hand van het werk van Damaška, een theoretisch kader dat ik aan de hand van voorbeelden in de paragrafen 3 en 4 verder uitwerk. In paragraaf 5 zal ik specifiek ingaan op de ontwikkelingen in het Nederlandse burgerlijk procesrecht.

2 Theoretisch kader

2.1 Een typologie van staten

In zijn boek *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* maakt Damaška een begripsmatig onderscheid tussen de reactieve staat en de activistische staat.[2] Damaška betoogt dat het procesrecht in de reactieve staat sterk verschilt van het procesrecht in een activistische staat.

* De auteur dankt Jaap Hage en Frank van Dun voor hun inhoudelijke commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1 Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht van de verschillen tussen jurisdicties: C.H. van Rhee en Remme Verkerk, 'Civil Procedure,' in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, red. Jan M. Smits (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006), 120–34.

2 Mirjan R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* (New Haven/London: Yale University Press, 1986), 71–94. Een vergelijkbaar onderscheid is ook door anderen gemaakt. Zie bijv. Mauro Cappelletti, 'Social and Political Aspects of Civil Procedure – Reforms and Trends in Western and Eastern Europe,' *Mich. L. Rev.* 69 (1970–1971): 847–86.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Een reactieve staat omarmt de beginselen van het klassieke *laissez faire*-liberalisme. De reactieve staat biedt de burgers alle ruimte om zelf hun eigen doelen na te streven, beperkt zich tot enkele strikt noodzakelijke beleidsterreinen en vervult een bescheiden rol in de samenleving.

Een activistische staat daarentegen, heeft een duidelijke opvatting hoe de samenleving eruit behoort te zien. Zij heeft een ideale samenleving en een modelburger voor ogen. De activistische staat voert een beleid teneinde de samenleving zo te veranderen dat deze steeds meer zal lijken op dit ideaalbeeld. De activistische staat is een beleidsstaat; zij beïnvloedt mogelijk alle terreinen van het leven. Activistische staten zijn vaak collectivistisch: de doelen van het individu zijn uiteindelijk ondergeschikt aan de wensen van de staat en van het collectief.

2.2 De doelen en de functie van het burgerlijk proces

In een *reactieve staat* is de burgerlijke rechtspraak vooral ingericht om geschillen op te lossen tussen burgers met tegenstrijdige belangen. De reactieve staat heeft geen voorkeur voor oplossing X of oplossing Y. Het gaat erom *dat* het geschil wordt opgelost, niet *hoe* het wordt opgelost. In een reactieve staat bestaat de overheidsrechtspraak naast alternatieve vormen van geschilbeslechting. Wanneer partijen kiezen voor arbitrage of mediation, wordt deze keuze gerespecteerd. Uiteindelijk gaat het er in de reactieve staat om dat mensen vreedzaam samenleven. Een Amerikaans handboek burgerlijk procesrecht vatte het als volgt samen:

> '(...) it is a primary function of government to settle private disputes between individuals arising out of their conflicting interests. If the government fails in the performing of such function, the individuals involved in such disputes will sooner or later inevitably seek a settlement of their difficulties in some form of private warfare in which the aggrieved party seeks vengeance against the alleged wrongdoer. Lynch law has sometimes prevailed where the law enforcing agencies have failed to operate to the satisfaction of the given community. To avoid such undesirable results and to prevent individuals from taking the law into their own hands, the state has organized tribunals to which individuals engaged in disputes are encouraged to resort for the adjudication of their differences.'[3]

In de reactieve staat is het alleen van belang dat het proces en de uitkomst van het proces het geschil daadwerkelijk beëindigen. Het is van belang dat de procespartijen de uiteindelijke beslissing aanvaarden. Het materiële recht dat de rechtbank toepast is bij voorkeur het recht van de partijen zelf (contractenrecht of gewoonterecht), niet het recht dat hen van staatswege wordt opgelegd. Verder is

3 Alison Reppy, *Introduction to Civil Procedure: Actions and Pleading at Common Law* (Buffalo: Dennis & Co, 1954), 1.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

het binnen de reactieve staat van belang dat de procedure zelf als eerlijk gezien wordt, in de hoop dat men dientengevolge ook de uitkomst aanvaardbaar acht.[4]

De *activistische staat* is doorgaans ook begaan met geschilbeslechting, maar streeft tevens andere doelen na. De activistische staat vindt het niet alleen van belang *dat* het geschil wordt opgelost, maar ook *hoe* het geschil wordt opgelost. Het is van belang of de uitkomst van het proces X of Y is. De activistische staat voert immers een actief beleid. Overheidsbeleid vereist handhaving en daarom is het belangrijk dat de rechter in burgerlijke zaken een beslissing neemt die in lijn is met het beleid van de staat. Om die reden is de activistische staat niet altijd geneigd de uitkomsten van alternatieve vormen van geschilbeslechting te accepteren. Zo zal een rechter in een activistische staat veel sneller een arbitraal vonnis vernietigen op gronden aan het beleid of de openbare orde ontleend. In het procesmodel van de activistische staat is burgerlijk procesrecht instrumenteel. Het burgerlijk proces is een middel om het beleid van de staat te implementeren. Dit beleid is vaak vastgelegd in wetten, die ertoe dienen om de samenleving te verbeteren. Procesrecht is dienstbaar aan het materiële recht; wetshandhaving is haar primaire doel.

2.3 Waarheidsvinding en partijautonomie

Het is vrijwel onomstreden dat waarheidsvinding in het burgerlijk proces van belang is. Waarheidsvinding in het proces is echter geen doel op zichzelf maar een middel om andere doelen te verwezenlijken. De *reactieve staat* vindt waarheidsvinding enkel van belang wanneer dit bijdraagt aan een effectieve geschilbeslechting. De partijen bepalen zelf wat de omvang van het geschil is. Wanneer de procespartijen het erover eens zijn dat er een overeenkomst gesloten is, dan heeft de reactieve staat er geen belang bij om na te gaan of de stellingen van beide partijen op dit punt correct zijn. De rechter in een reactieve staat zal zich op dit punt dan ook lijdelijk opstellen. De reactieve staat hecht geen belang aan waarheidsvinding als doel op zich. Vaak wordt de verantwoordelijkheid voor het verzamelen en bewijzen van de feiten dan ook aan de partijen overgelaten.[5] De reactieve staat is dienstbaar aan de autonomie van het individu.

De *activistische staat* hecht veel waarde aan rechtshandhaving. Teneinde het overheidsbeleid effectief te implementeren is het niet alleen van belang dat de rechtbank de juiste rechtsregel toepast; het is evenzeer van belang dat de uiteindelijke beslissing gebaseerd is op de correcte weergave van de feiten.[6] In de literatuur is onderscheid gemaakt tussen de materiële waarheid (datgene wat er echt gebeurd is) en de formele waarheid (de feiten zoals de rechter deze vaststelde).[7] In een

4 Zie in dit verband Tom R. Tyler en E. Allan Lind, 'Procedural Justice,' in *Handbook of Justice Research in Law*, red. Joseph Sanders en V. Lee Hamilton (New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers, 2001).

5 Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, 123.

6 *Ibid*., 119ff.

7 Vgl. Alvin I. Goldman, 'Legal Evidence,' in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, red. Martin P. Golding en William A. Edmundson (Oxford: Blackwell Publishing, 2005), 163–75, 164.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

activistische staat wordt de zoektocht naar de materiële waarheid sterk benadrukt. Vertegenwoordigers van een activistische staat, zoals de rechter en het Openbaar Ministerie, worden geacht de feiten waarheidsgetrouw vast te stellen. Daarbij zijn de rechter en het Openbaar Ministerie niet gebonden aan de feiten zoals deze door de partijen naar voren zijn gebracht.

Partijautonomie en waarheidsvinding kunnen op gespannen voet staan. Partijautonomie zou kunnen leiden tot een formele waarheid die duidelijk afwijkt van de materiële waarheid. De negentiende-eeuwse echtscheidingspraktijk biedt een illustratief voorbeeld. Op 22 juni 1883 erkende de Hoge Raad dat artikel 1962 Oud BW ook van toepassing was in het familierecht.[8] Deze bepaling stelt dat bij bekentenis sprake is van een volledig bewijs. Hierdoor werd echtscheiding op basis van wederzijdse overeenstemming de facto mogelijk. De echtgenoten komen overeen dat een van de twee echtgenoten echtscheiding aanvraagt op grond van overspel en dat de ander bekent. Zodoende kon men via een sluiproute snel scheiden en werd artikel 263 Oud BW, dat echtscheiding door onderlinge toestemming expliciet verbood, een dode letter. Deze praktijk, ook wel 'de grote leugen' genoemd, illustreert hoe partijautonomie de waarheidsvinding en rechtshandhaving kan doorkruisen.

2.4 De rol van de rechtbank en de rol van de advocaat

De overheidsrechtspraak wordt mogelijk gemaakt door de samenwerking tussen publieke functionarissen enerzijds en private dienstverleners, zoals advocaten en deurwaarders anderzijds. In de laissez faire *reactieve staat* is het overheidsingrijpen beperkt. Het proces dient een bescheiden doel, namelijk geschilbeslechting. Derhalve zal een reactieve staat veel taken in het civiele proces aan de vrije markt overlaten. De rol van de rechtbank in het civiele proces is beperkt; ook de rechtbank in een reactieve staat zal zich reactief opstellen.

In de *activistische staat* dient de overheidsrechtspraak niet alleen om geschillen te beslechten, maar ook om ervoor te zorgen dat het recht (dat wil zeggen het beleid) gehandhaafd wordt. Dit kan een reden zijn om de rol van de staat in het proces te vergroten. Het is immers goed mogelijk dat een meer actieve rol van de rechtbank (of een ander overheidsorgaan) bijdraagt aan een grotere efficiëntie of een betere rechtshandhaving. Zo kan men, wanneer men de schuldenaar wil beschermen, de tenuitvoerlegging van vonnissen misschien beter verheffen tot staatstaak. Evenzo kunnen er redenen zijn om het betekenen van dagvaardingen of het verzamelen van de feiten aan de rechtbank te laten. In het meest extreme geval is het zelfs denkbaar dat in plaats van een vrije advocatuur en zelfregulering de rechtsbijstand verleend wordt door 'ambtenaren' die door de overheid benoemd worden.

8 HR 22 juni 1883, W. 4924.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Tabel 1 Procesrecht in de activistische en de reactieve staat

	Activistische staat	**Reactieve staat**
Opvatting over de samenleving en de mens	De staat heeft een beeld van de ideale maatschappij voor ogen en probeert de samenleving overeenkomstig te verbeteren. De staat beziet de mens vooral als burger die een onderdeel uitmaakt van het collectief.	De staat heeft geen beeld van de ideale samenleving voor ogen. De staat ziet de mens als autonoom individu die zijn eigen doelen mag nastreven.
De doelen van het civiele proces	Handhaving van het materiële recht is het primaire doel van het proces.	Geschilbeslechting is het primaire doel van het proces.
De beginselen van het procesrecht	Waarheidsvinding is van groot belang om beleid te handhaven. In de civiele procedure is meestal een actieve rol voor overheidsfunctionarissen weggelegd.	Waarheidsvinding is ondergeschikt aan de autonomie van de partijen. De rechter dient lijdelijk te zijn. Partijen en advocaten zijn de belangrijkste actoren in het proces.

2.5 De waarde van het model

Het model, hoofdzakelijk aan Damaška ontleend, is in de tabel hieronder schematisch samengevat. Het model is in zekere zin te simplistisch. Bestaande procesrechtelijke systemen zijn vaak veel complexer en volgen niet het stramien van een van beide modellen. In de praktijk vindt men vooral mengvormen. Zo is het Nederlandse constitutionele stelsel beïnvloed door liberale, collectivistische, corporatistische en conservatieve opvattingen. Historisch bezien zijn er ook belangrijke verschuivingen opgetreden. Het negentiende-eeuwse Nederlandse bestel had veel kenmerken van een reactieve staat. Sinds de opkomst van de welvaartsstaat heeft de Nederlandse staat meer trekken gekregen van een activistische staat. Daarnaast heeft men in Nederland verschillende procedures ontwikkeld. Traditioneel gelijkt het strafproces, dat een gematigd accusatoir karakter heeft en veel waarde hecht aan waarheidsvinding, meer op het activistische procesmodel. In het Nederlandse contentieuze burgerlijk procesrecht wordt de partijautonomie en de lijdelijke rol van de rechter in veel sterkere mate benadrukt. Meer dan het strafprocesrecht, gelijkt het burgerlijk procesrecht op het reactieve procesmodel. Het onderscheid tussen de extremen van activistische en reactieve staten en het verschil tussen de corresponderende procesmodellen kan enkel *in abstracto* gemaakt worden. De twee procesmodellen dienen vooral gezien te worden als 'ideaaltypen'.

Het bovenstaande model is bekritiseerd. Zo is wel betoogd dat het lastig is om een onderscheid te maken tussen rechtshandhaving en geschiloplossing.[9] Vaak handhaaft men beleid door geschillen op te lossen (denk bijvoorbeeld aan de private handhaving van het mededingingsrecht). Evenzo kan men door beleid te handha-

9 Vgl. Joachim Zekoll, 'Comparative Civil Procedure,' in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, red. Reinhard Zimmermann en Mathias Reimann (Oxford: Oxford University Press, 2006), 1333.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

ven geschillen oplossen. Toch wil ik betogen dat het model zinvol is om twee redenen.

Ten eerste is dit model zinvol om verschillende procesrechtelijke systemen te categoriseren. Zoals in de komende paragrafen geïllustreerd wordt, tonen veel systemen duidelijke overeenkomsten met een van beide procesmodellen. In paragraaf 5 zal ik de theoretische ideaaltypen gebruiken om de ontwikkeling in het Nederlandse procesrecht te typeren.

Ten tweede laat dit model zien dat er een duidelijk verband bestaat tussen opvattingen over de rol van de staat in de samenleving enerzijds en de regels van het proces anderzijds. Via een keten van teleologische vragen kan men de afzonderlijke regels, de doelen van het proces en politieke opvattingen met elkaar verbinden. Om de details van de regels te legitimeren is het zinvol te vragen naar het doel van de regels. Vaak zijn regels een uitwerking van een procesrechtelijk beginsel. De vraag naar de legitimatie van deze beginselen is in essentie de vraag naar de belangrijkste doelen van het civiele proces. Teneinde bepaalde doelen van het civiele proces te legitimeren dient men uiteindelijk gebruik te maken van bepaalde opvattingen over (de rol van de staat in) de samenleving. Het theoretisch kader zoals hierboven uiteengezet, laat zien dat opvattingen over mens en maatschappij, opvattingen over de doelen van het proces en de beginselen van het procesrecht logisch met elkaar samenhangen.

3 Procesrecht in de reactieve staat

De meeste rechtssystemen zijn 'hybride' systemen die elementen van het activistische en het reactieve procesmodel combineren. Sommige systemen staan het dichtst bij het reactieve procesmodel, zoals het systeem van het Belgische Gerechtelijk Wetboek van 1967. De 'leiding van het geding door de partijen' werd gezien als een belangrijk postulaat van het Belgisch procesrecht.[10] In de volgende paragrafen bespreek ik twee andere voorbeelden van rechtssystemen die gelijkenissen vertonen met het reactieve procesmodel: het Duitse *bürgerlich liberalen* procesrecht in de negentiende eeuw, en het hedendaagse Amerikaanse procesmodel.

3.1 Het Duitse proces in de negentiende eeuw

De Duitse *Zivilprozessordnung* van 1877 beschouwde het burgerlijk proces vooral als een privéaangelegenheid.[11] Het uitgangspunt van het proces was de partijautonomie. In de Duitse leer wordt de taakverdeling tussen de rechter en de

10 Verslag van Reepinghen, Parl. St. Senaat, 1963–64, nr. 60., 157, 160. Overigens moet opgemerkt worden dat de uitgangspunten van het Belgische Wetboek in grote mate reeds zijn losgelaten. Vgl. Benoit Allemeersch, *Taakverdeling in het Burgerlijk Proces* (Antwerpen/Oxford: Intersentia, 2007).

11 Richard Verkijk, 'De advocaat in het burgerlijk proces' (diss. Maastricht; Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2010), hoofdstuk 4.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

partijen beschreven aan de hand van een viertal beginselen.[12] Het *Dispositionsmaxime* houdt in dat het aan de partijen is om de omvang van het geschil te bepalen. Volgens dit beginsel kan alleen de eiser een zaak aanhangig maken en bepalen tegen wie hij zijn vordering instelt. Daarnaast zijn alleen de partijen bevoegd een rechtsmiddel in te stellen of de zaak voortijdig te beëindigen. Volgens het *Dispositionsmaxime* mag de rechter niets toewijzen dat de eiser niet gevorderd heeft en beslist de gedaagde of hij verweer voert. Het *Dispositionsmaxime* staat lijnrecht tegenover het *Inquisitionsmaxime*. Volgens dit laatste beginsel mag de staat namens een burger een zaak aanhangig maken of de eiser iets toewijzen dat hij niet vorderde.

Het *Verhandlungsmaxime* houdt in dat de partijen verantwoordelijk zijn voor het stellen en bewijzen van de feiten in het proces. Volgens dit beginsel mag de rechter zijn beslissing enkel baseren op feiten en bewijsmiddelen die door de partijen naar voren gebracht zijn. Het *Untersuchungsmaxime* staat tegenover het *Verhandlungsmaxime*. Dit beginsel leert dat het de rechter vrij staat zelf feiten aan te dragen en bewijs te vergaren.

Het *Verhandlungsmaxime* en het *Dispositionsmaxime* waren hoofdbeginselen van de Duitse *Zivilprozessordnung* van 1877. De Duitse processualist Wach schreef in de negentiende eeuw over het Verhandlungsmaxime: 'Sie ist der Grundsatz der staatlichen Interesselosigkeit an der Streitsache (...)'.[13] Waarheidsvinding was van ondergeschikt belang. Nogmaals Wach:

> 'Die Ermittlung der Wahrheit von Tatsachen um ihrer selbst willen ist nie Zweck des Zivilprozesses, ihre Feststellung niemals Urteilswirkung. Sie hat nur Bedeutung als Mittel zum Zwecke des Rechtsschutzes. Wie dieser um der Parteien willen ist, wie sie als die Sachinteressenten die *domini litis* sind und bleiben werden, daher den Gegenstand und das Ziel des Prozesses durch ihren Willen bestimmen, so hat die Ermittlung des Sachverhalts nur in dieser Relation Wert und Sinn.'[14]

Pruisische wetgeving aan het einde van de achttiende eeuw had de vrije advocatuur effectief afgeschaft en vervangen door overheidsfunctionarissen die partijen rechtsbijstand konden verlenen.[15] In de negentiende eeuw werd de gedachte dat

12 Vgl. Nikolaus T. von Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses* (Erlangen: 1801), Peter Böhm, 'Der Streit um die Verhandlungsmaxime,' in *Ius Commune, Veröffentlichen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, red. Helmut Coing (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1978), 136–59 en Jenneken E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding* (Deventer: Kluwer, 1991), hoofdstuk 1.

13 Zoals geciteerd door Dieter Leipold, 'Zivilprozessrecht und Ideologie, am Beispiel der Verhandlungsmaxime,' *Juristenzeitung* 37, nr. 13 (1982): 441–8, 443.

14 Adolf Wach, *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses* (Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1914), 26.

15 Kenneth F. Ledford, *From General Estate to Special Interest, German Lawyers 1878–1933* (Cambridge: Cambride University Press, 1996), 32–3 en Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, 202.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

de advocaat een staatsambt vervulde, verworpen. De advocaat diende vrij te zijn en onafhankelijk ten opzichte van de rechtbank.[16] Zelfregulering werd gezien als het voornaamste instrument om het gedrag van advocaten te sturen.

3.2 Amerikaans procesrecht

In de Verenigde Staten is het individualistische gedachtegoed en het wantrouwen tegen de staat wijd verbreid.[17] In het Amerikaanse publieke bestel worden beleid en recht vaak niet door de overheid ontwikkeld en gehandhaafd. Het burgerlijk proces wordt gezien als een alternatief voor het ontwikkelen van overheidsbeleid.[18] Zoals de Tocqueville al opmerkte: 'scarcely any political question arises in the United States that is not resolved, sooner or later, into a judicial question.'[19] In het Amerikaanse systeem wordt ervan uitgegaan dat een individu, door uit eigenbelang een civiele zaak aanhangig te maken, bij kan dragen aan de rechtsontwikkeling en rechtshandhaving. De *U.S. Supreme Court* oordeelde bijvoorbeeld dat een 'shareholders' derivative suit', en niet overheidstoezicht, gezien moet worden als 'the chief regulator of corporate management'.[20] Rechtsregels in de Verenigde Staten worden vaak, zaak voor zaak, ontwikkeld door partijen, advocaten, jury's en rechtbanken. Er zijn veel juridische instrumenten die ertoe bijdragen dat de procesgang lonend is en verdere overheidsinterventie (zoals bestuurlijke boete) overbodig is. Bekend zijn met name 'class actions', 'punitive damages' en 'treble damages'.

In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat het Amerikaanse rechtssysteem vooral dient om geschillen te beslechten. Zo betoogt Landsman, die uitvoerig publiceerde over Amerikaans procesrecht: 'the American system (...) tends to commit the adversary system to the objective of resolving disputes rather than searching for material truth.'[21] Evenzo stelt Damaška: '(...) it is the primacy of the conflict-resolving vision that explains why the competitive fact-finding style appears acceptable – or even desirable – in Anglo-American countries, despite the departures it entails from ordinary fact-finding practices.'[22] Tot slot stelde ook Morgan, wiens gedachtegoed invloedrijk was bij de codificatie van het Amerikaanse bewijsrecht: 'A lawsuit is not a means of making a scientific investigation

16 Richard Verkijk, 'De advocaat in het burgerlijk proces', hoofdstuk 2.

17 Oscar G. Chase, *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context* (New York: New York University Press, 2005), 50.

18 Robert A. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2003).

19 Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (1899), hoofdstuk 16.

20 *Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp.*, 337 U.S. 541, 547–8 (1949), zoals besproken door Hein Kötz, 'Civil Justice Systems in Europe and the United States,' *Duke Journal of Comparative & International Law* 13 (2003): 61–77.

21 Stephan Landsman, *Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication* (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1988), 3.

22 Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, 124.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

for the ascertainment of truth; it is a proceeding for the orderly settlement of a controversy between litigants.'[23]

Een van de meest kenmerkende beginselen van het Amerikaanse procesrecht is het *adversarial system*. In een *adversarial system* (1) is de rechter neutraal en passief; (2) wordt het proces gedomineerd door de partijen die primair verantwoordelijk zijn voor het stellen en bewijzen van de feiten en (3) zijn de advocaten zeer uitgesproken partijdig (*zealous advocates*).[24] Vergeleken met Europese rechtstelsels is de rechter in de Amerikaanse rechtspraktijk vaak bijzonder lijdelijk. Het onderzoek naar de feiten gebeurt hoofdzakelijk buiten de rechter om (*discovery*). Sinds de introductie van de Federal Rules of Civil Procedure in 1938, is er een systeem ontstaan dat een grondige procedure mogelijk maakt met een minimum aan overheidsinterventie.[25] Advocaten in de VS vervullen zonder meer de belangrijkste rol in het civiele proces.

3.3 Procesrecht in de reactieve staat

Zowel in de VS als in het Duitsland van de negentiende eeuw treft men een 'fit' tussen de dominante politieke ideologie (*laissez faire*-liberalisme), de doelen van het proces (conflictoplossing) en de regels van het proces (lijdelijkheid en partijautonomie). Ik denk dat beide voorbeelden niet op zichzelf staan. Tot op zekere hoogte kan men de analyse van de het federale systeem van de VS toepassen op andere Anglo-Amerikaanse jurisdicties.[26] Evenzo ziet men niet alleen in het Duitsland van de negentiende eeuw dat liberale politieke opvattingen en een corresponderend procesmodel samengaan. In tal van andere Europese staten treft men in de liberale negentiende eeuw een reactief procesmodel aan. In paragraaf 5.1 wordt uitgewerkt dat dit ook in Nederland het geval was.

4 Procesrecht in de activistische staat

Het liberale procesmodel is vanuit vele hoeken bekritiseerd. Zo werd in Nazi-Duitsland het wetboek uit 1877 afgewezen en werd er gepleit voor een procesmodel dat de volksgemeenschap als uitgangspunt zou nemen.[27] Dit zou onder meer moeten leiden tot de afschaffing van het *Verhandlungsmaxime* en het versterken van de rol van de rechter. Tot een echt naziwetboek van Burgerlijke Rechtsvorde-

23 Edmund M. Morgan, 'The Code of Evidence Proposed by the American Law Institute,' *A.B.A.J.* 27 (1941): 539–42, 539.

24 Raymond A. Belliotti, 'Our Adversary System: In Search for a Foundation,' *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 1, nr. 1 (1988): 19–34.

25 Stephen C. Yeazell, 'Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial,' *Journal of Empirical Legal Studies* 1, nr. 3 (2004): 943–71, 965.

26 Vgl. Joachim Zekoll, 'Comparative Civil Procedure,' in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, red. Reinhard Zimmermann en Mathias Reimann (Oxford: Oxford University Press, 2006), 1332.

27 Vgl. bijvoorbeeld de opvattingen van Boor, die onder meer beschreven zijn door Peter Böhm, 'Zivilprozess und Ideologie im nationalsozialistischen Staat,' in *Nationalsozialismus und Recht*, red. Ulrike Davy (Wien: Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, 1990), 149–72, 159–60.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

ring is het nooit gekomen.[28] In deze paragraaf zal het procesrecht in de activistische staat besproken worden aan de hand van een tweetal andere voorbeelden: de Oostenrijkse *Zivilprozessordnung* van 1895 en het socialistische procesrecht.

4.1 Het Oostenrijkse model: procesrecht, utilisme en de welvaartsstaat

De *Zivilprozessordnung* van 1895, ontworpen door de Oostenrijkse jurist Franz Klein, kondigde het nieuwe denken aan in het Oostenrijkse civiele procesrecht. Interessant aan de Oostenrijkse wetgeving is dat men aan de hand van de geschriften van Franz Klein heel duidelijk kan zien hoe bepaalde opvattingen over de rol van de staat in de samenleving samenhangen met het procesrecht. Het collectief vormt het uitgangspunt van de Oostenrijkse *Zivilprozessordnung*. Klein drukte het als volgt uit:

> 'Der Zivilprozeß ist eine Staatsanstalt, ein Bestandteil der Rechtsordnung und hat, (...), staatliche Bestimmung. (...) Für alles Staatliche gibt es drei Betrachtungsweisen: die der herrschenden Gewalt, die der einzelnen dem Staate angehörigen Personen und dann die der Gesamtheit, der Gesellschaft. Diese Betrachtungsweisen sind zugleich Konstruktionsprinzipien. (...) aus der Geschichte des Prozessrechtes sind Beispiele für die erste Anschauungsweise der spätrömische und justinianeische Prozeß, für die zweite der spätere gemeinrechtliche Prozeß und der heutige Prozeß in Frankreich und im Deutschen Reiche, für die letzte endlich das Germanische Gerichtsverfahren, der Friedericianische Prozeß in Preußen, und während sein Vorläufer zur zweiten Gruppe zählte, der gegenwärtige österreichischen Prozeß.'[29]

De benadering van Franz Klein is sterk collectivistisch en waarschijnlijk mede beïnvloed door het werk van Rousseau.[30] Klein verwierp het sterk individualistische uitgangspunt van de negentiende-eeuwse liberale wetgeving. Hij betoogde:

> 'Der Mensch lebt in dieser Epoche ausschließlich in Gesellschaftsgruppen; der Einzelne, das Individuum und sein Herrschaftskreis ist durch das Aufblühen der Kultur nicht vernichtet sondern erst geschaffen worden.'[31]

Het gedachtegoed dat ten grondslag ligt aan het Oostenrijkse wetboek is in essentie utilistisch. De visie van Klein is – ook ten aanzien van het procesrecht – in zeer grote mate in overeenstemming met de ideeën van Jeremy Bentham.[32] Klein

28 Vgl. echter wel: Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen Vom 15. Juli 1941, *Reichsgesetzblatt* 1941 I, nr. 77, 383.

29 Franz Klein en Friedrich Engel, *Der Zivilprozess Oesterreichs* (Mannheim: J. Bensheimer, 1927), 187.

30 Franz Klein, 'Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse (Vortrag 1901),' in *Reden, Vortragen, Aufsatze, Briefe* (Wien: 1927), 117–38, 118–9.

31 *Ibid*., 119.

32 Vgl. Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (Reprint) (New York: Garland Publishing, 1827/1978), vol. 1, 24–34 en William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2e druk (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 42–4.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

betoogde dat de staat ernaar moest streven om de welvaart van het collectief te vergroten.[33] In het procesmodel van Franz Klein zijn het handhaven van individuele rechten en het oplossen van afzonderlijke conflicten enkel middelen die leiden tot een hoger doel: het vergroten van de welvaart.[34] Franz Klein was van mening dat het materiële recht welvaartsmaximalisatie voor ogen diende te hebben. Procesrecht was in zijn visie dienstbaar aan het materiële recht. Het handhaven van het materiële recht was het uiteindelijke doel van het proces. Om het recht te kunnen handhaven, was ook waarheidsvinding van groot belang. Daarnaast hechtte Klein er veel waarde aan dat het proces snel zou verlopen en goedkoop zou zijn.[35]

Zeer belangrijk in het Oostenrijkse procesmodel was de rol van de rechter. Klein verwierp het *Verhandlungsmaxime*. Naar zijn mening zou een actieve rechter bijdragen aan een efficiënt proces en een waarheidsgetrouwe vaststelling van de feiten. De mondelinge behandeling van de zaak ter zitting werd de belangrijkste fase in het civiele proces. Heel expliciet ten aanzien van de rol van de rechter was bijvoorbeeld § 182 van het Oostenrijkse wetboek:

> 'Der Vorsitzende hat bei der mündlichen Verhandlung durch Fragestellung oder in anderer Weise darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen thatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben über die zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruches geltend gemachten Umstände vervollständigt, die Beweismittel für diese Angaben bezeichnet oder die angebotenen Beweise ergänzt und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsmäßigen Feststellung des Thatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche nothwendig erscheinen.'

Daar waar de liberale wetgeving van de negentiende eeuw de nadruk legde op de rechten van de procespartijen, benadrukte het Oostenrijkse wetboek ook de plichten van de partijen. De waarheidsplicht was opgenomen in § 178 van de *Zivilprozessordnung*. Daarnaast werden de partijen ook verplicht informatie en bewijsmiddelen aan de rechter en aan de wederpartij beschikbaar te stellen.[36] Tot slot werden veel bepalingen afgeschaft die als onnodig formalistisch beschouwd werden en een barrière vormden voor de waarheidsvinding. Meer dan in de omringende landen hield het Oostenrijkse procesmodel vast aan de beginselen van de vrije bewijsleer en de vrije bewijswaardering.

In het Oostenrijkse systeem is de rol van de rechtbank in het proces erg extensief en wordt er weinig aan de vrije markt overgelaten.[37] Vrijwel alle procesrechtelijke

33 Klein en Engel, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, 191.
34 *Ibid*., 188.
35 Vgl. Klein, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*, 130ff en Klein en Engel, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, 199ff.
36 Vgl. § 183, 184 en 303 öZPO.
37 '*Gerichtsbetrieb*'. Zie Klein en Engel, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, hoofdstuk 6, 170.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

documenten, zoals de Oostenrijkse dagvaarding (*Klage*), worden door de rechtbank aan de betrokkenen betekend.[38] In veel andere landen, zoals Nederland, wordt de dagvaarding door deurwaarders betekend.[39] Evenzo ligt – in afwijking van ons systeem – de verantwoordelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vonnissen in Oostenrijk bij de rechtbank.[40]

4.2 Socialisme en burgerlijk procesrecht in de DDR

De socialistische doctrine benadrukt de ongelijkheid tussen de procespartijen. De negentiende-eeuwse Oostenrijkse socialist Anton Menger betoogde dat het liberale procesrecht in zijn tijd een middel was om de armen te onderdrukken.[41] Volgens Menger hadden partijautonomie en de lijdelijkheid van de rechter tot gevolg dat de partijen de hulp dienden in te roepen van dure raadslieden. Dit leidde ertoe dat zij die zich een advocaat konden veroorloven bevoordeeld waren. Socialisten wensten de bestaande sociale verhoudingen te hervormen en zagen wetgeving veelal als een geschikt middel daartoe. In de socialistische beleidsstaat waren wetgeving en overheidsbeleid erop gericht om het socialistische ideaal dichterbij te brengen. Het burgerlijk procesrecht werd gezien als een verlengstuk van wetgeving en beleid (instrumentalisme).[42]

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Russische Federale Republiek (RvRFR 1964–2002) gold als model voor wetgeving in andere socialistische staten. Het Russische wetboek verwierp het *Verhandlungsmaxime* en het *Dispositionsmaxime*. De rechter mocht buiten het partijdebat treden teneinde de feiten waarheidsgetrouw vast te stellen en was bevoegd de eiser iets ander toe te wijzen dan was geëist.[43] Een andere opmerkelijke eigenschap van de Russische wetgeving is dat het Openbaar Ministerie (*Prokuratura*) verstrekkende bevoegdheden had om deel te nemen in iedere civiele zaak.[44] Zo was het OM bevoegd om namens een burger een zaak aanhangig te maken.[45]

38 § 87 öZPO.

39 Zie bijv. art. 111 en 45 Rv.

40 Vgl. CEPEJ, 'Enforcement of Court Decisions in Europe' (2007), <www.coe.int>, laatst bezocht in februari 2010 en Burkhard Hess, 'Comparative Analysis of the National Reports,' in *Enforcement Agency Practice in Europe*, red. Mads Adenas, Burkhard Hess en Paul Oberhammer (Londen: British Institute of International and Comparative Law, 2005), 25–46, 32, 34–5.

41 Leipold, *Zivilprozessrecht und Ideologie*, par. III.

42 John Quigley, 'Socialist Law and the Civil Law Tradition,' *Am. J. Comp. L.* 37 (1989): 781–92 en Cappelletti, *Social and Political Aspects of Civil Procedure*, 884.

43 Z. Szirmai, 'Enige Opmerkingen Betreffende het Bewijsrecht in de recente Sowjet-wetten op de burgerlijke Rechtsvordering,' *RM Themis* 5/6 (1966): 607–13, Cappelletti, *Social and Political Aspects of Civil Procedure*, 876–7 en Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, 160, 169, 202.

44 In Nederland is de rol van het OM in civiele zaken (Vgl. art. 324 Rv (oud) en art. 42 Rv) traditioneel beperkter dan in voormalige socialistische staten.

45 Zie art. 41 RvRFR en art. 27 sub 4 van de Wet over de Prokuratura.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Duitse Democratische Republiek (Rv DDR, 1975) is een ander voorbeeld van socialistische wetgeving.[46] De algemene beginselen van het wetboek werden expliciet in de eerste afdeling van het wetboek opgenomen:

> '§ 2 Aufgaben der Gerichte
> (1) Die Gerichte haben die Aufgabe, die sozialistische Staats- und Gesellschaftsordnung zu schützen, gesetzlich garantierte Rechte und Interessen zu wahren und durchzusetzen sowie durch eine hohe Wirksamheit des gerichtlichen Verfahrens dazu beizutragen, sozialistische Beziehungen im gesellschaftlichen Zusammenleben der Bürger zu fördern. (2) Die Gerichte sind verpflichtet, in einem konzentrierten und zügigen Verfahren die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen aufzuklären, wahrheitsgemäss festzustellen und nach den Rechtsvorschriften zu entscheiden. Sie sind für die Vollstreckung ihrer Entscheidung verantwortlich. (3) Die Gerichte haben den am Verfahren Beteiligten ihre Rechte und Pflichten zu erläutern und sie bei deren Wahrnehmung zu unterstützen. (4) Die Gerichte haben auf die bewusste Einhaltung und Verwirklichung des sozialistischen Rechts Einfluss zu nehmen. Sie sollen durch Gerichtskritik, Hinweise und Empfehlungen oder in anderer geeigneter Weise darauf hinwirken, dass Rechtsverletzungen, die im Verfahren festgestellt wurden, sowie Ursachen und Bedingungen des Rechtsstreits beseitigt werden.
>
> § 3 Rechte und Pflichten der Prozessparteien
> (1) (...) Die Prozessparteien haben das Recht und die Pflicht, am Verfahren teilzunehmen, insbesondere bei der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. Sie sind verpflichtet, in ihren Erklärungen und Aussagen den Sachverhalt vollständig und wahrheitsgemäss darzulegen.
>
> § 7 Mitwirkung des Staatsanwalts
> Der Staatsanwalt kann in Erfüllung seiner Aufgaben zur Wahrung der sozialistischen Gesetzlichkeit, zur Sicherung der sozialistischen Staats- und Gesellschaftsordnung, zum Schutz des sozialistischen Eigentums und der Rechte der Bürger in jedem Verfahren mitwirken, Rechtsmittel einlegen und in den in Rechtsvorschriften vorgesehenen Fällen Klage einreichen.'

De leidende beginselen van dit wetboek zijn consequent uitgewerkt. Zo zijn er specifieke bepalingen die het Openbaar Ministerie de bevoegdheid geven om opmerkingen te maken ten aanzien van het bewijs, een zaak te heropenen en om namens de staat het hoogste gerechtshof te verzoeken een rechterlijk vonnis te vernietigen.[47] Opvallend is eveneens dat de rechter in verstekzaken geen plicht

46 Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Zivil-, Familien- und Arbeitsrechtssachen, Zivilprozessordnung vom 19.6. 1975, GBl I Nr. 29 S. 533. Vgl. Leipold, *Zivilprozessrecht und Ideologie*, par. IV.

47 § 64, 160 en 163 Rv DDR.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

had om de feiten die door de eiser gesteld zijn, aan zijn beslissing ten grondslag te leggen.[48]

In de socialistische staten was er nauwelijks ruimte voor de vrije beroepen. Zo was de tenuitvoerlegging van vonnissen voorbehouden aan overheidsfunctionarissen.[49] Evenzo werd, meestal in stappen, de vrije advocatuur afgeschaft en op collectieve basis opnieuw vormgegeven.[50] Zo werd in Albanië eerst door middel van wetgeving van advocaten verlangd dat zij de rechtbank zouden bijstaan in hun taken.[51] De onafhankelijke advocaat en notaris werden vervolgens vervangen door nieuwe bureaus voor rechtsbijstand (1967).[52] Juristen die werkzaam waren bij deze bureaus werden door rechters benoemd.

4.3 Ideologische invloeden: procesrecht in de activistische staat

Het Oostenrijkse wetboek van 1895 en het Duitse wetboek van 1975 staan niet op zichzelf. Het Oostenrijkse procesmodel bleek zeer invloedrijk. Het beïnvloedde onder meer de beginselen van het procesrecht in Denemarken, Noorwegen, Zweden, Duitsland, Hongarije, Polen en (het voormalig) Joegoslavië.[53] Wetgeving die vergelijkbaar was met de wetgeving in Oost-Duitsland, was tot voor kort ook van kracht in vrijwel elke andere Oost-Europese staat.

Aan de hand van bovenstaande beschrijving kan men twee algemene conclusies trekken. De eerste conclusie is dat men wederom een 'fit' aantreft tussen de dominante politieke ideologie (welvaartsstaat, socialisme), de doelen van het proces (handhaving van het recht) en de regels van het proces (waarheidsvinding en de actieve rol van de overheid in het proces). Het nieuwe procesmodel werd ontwikkeld in het Rode Wenen van eind negentiende eeuw. Het werd ontwikkeld door Franz Klein, een academicus die politiek actief was en bekend stond als gematigd links.[54] Opmerkelijk is dat het gedachtegoed van Franz Klein invloedrijk was in staten die een welvaartsstaat hebben opgebouwd, zoals de Scandinavische landen. Opmerkelijk is eveneens dat de invloed van hetzelfde gedachtegoed, zoals

48 § 66–67 Rv DDR.

49 Overigens is dit in voormalig socialistische landen nog vaak het geval, zie C.H van Rhee en Alan Uzelac, eds., *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (Antwerpen: Intersentia, 2010).

50 Cappelletti, *Social and Political Aspects of Civil Procedure*, 876.

51 Petraq Çuri, *E drejta avokatore shqiptare* (2002), 520, art. 2 van wet nr. 345, 20.11.1946 'Mbi avokatët', art. 1 wet nr. 3350, 3.10.1961 'Mbi avokatinë'.

52 Besluit nr. 4277, 20.6.1967, 'Mbi krijimin e zyrave të ndihmës juridike'.

53 Ten aanzien van de invloed van het Oostenrijks procesrecht zie W. Jelinek, 'Einflüsse des österreichischen Zivilprozessrechts auf andere Rechtsordnungen,' in *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen: Grundlagen- und Landesberichte*, red. Walther J. Habscheid (Bielefeld: Gieseking-Verlag, 1991), 41–89 en K. Satter, 'Das Werk Franz Kleins und sein Einfluss auf die neueren Prozessgesetze,' *ZZP* 60 (1936): 272–316.

54 Vgl. R. Sprung, 'Der Lebensweg Franz Kleins,' in *Forschungsband Franz Klein,* red. H. Hofmeister (Wenen: Manz, 1988), 13–78.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

uitgedragen door Bentham, op het procesrecht in de Angelsaksische wereld heel beperkt was.[55]

Met de komst van het socialisme in Oost-Europa trok men ook in het procesrecht de lijn verder door. In die staten werd in nog grotere mate de handhaving van beleid, de waarheidsvinding en de rol van de staat in de procedure benadrukt. Er zijn overigens ook duidelijke historische banden tussen het Oostenrijkse en het socialistische procesrecht. Klein werd bijvoorbeeld sterk beïnvloed door de socialist Menger.[56] Evenzo is het Oostenrijkse procesmodel invloedrijk geweest bij de totstandkoming van socialistische wetgeving.[57]

Een tweede conclusie is dat er zowel in Oostenrijk als in de DDR een duidelijke link werd gelegd tussen politieke opvattingen en de doelen en beginselen van het procesrecht. Klein stelde heel expliciet dat zijn opvattingen over het proces samenhingen met zijn utilistische staatsopvatting. De inleidende artikelen van het wetboek dat in Oost-Duitsland werd ingevoerd leggen ook heel duidelijk een verband tussen de socialistische ideologie, de handhaving van het socialistische beleid en de beginselen van het procesrecht. Dit wijst erop dat het niet alleen zo is dat er sprake is van een correlatie tussen politieke opvattingen enerzijds en procesrecht anderzijds. Er is in Oostenrijk (1895) en in Oost-Duitsland (1975) sprake van een causale relatie: politieke opvattingen werken door tot in de details van de regels.

5 Het Nederlands burgerlijk proces: ideologie en pragmatisme

5.1 Het liberale procesrecht in de negentiende eeuw

Het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering uit 1838 en de toenmalige rechtspraktijk vertoonden grote overeenkomsten met het procesmodel van de reactieve staat. Waarheidsvinding was van beperkt belang. Enerzijds werd het onderzoek naar de materiële waarheid ingeperkt door de partijautonomie.[58] Anderzijds werd het de rechter bijzonder moeilijk gemaakt om te komen tot een juiste feitelijke beslissing. Zo werd bewijs vaak niet toegelaten.[59] Ook was de waardering van het bewijs door de rechter aan veel beperkingen onderworpen.[60] Ten slotte zij opgemerkt dat de partijen niet verplicht waren om informatie

55 Naar mijn weten is enkel het Code of Procedure van Louisiana (1805) echt door Bentham beïnvloed. De invloed van Bentham op het Engelse bewijsrecht was beperkt, vgl. C.J.W. Allen, *The Law of Evidence in Victorian England*, Cambridge Studies in Legal History (Cambridge: Cambridge University Press, 1997).

56 Zie Rainer Sprung, 'Der Lebensweg Franz Kleins,' in *Forschungsband Franz Klein*, red. Herbert Hofmeister (Wenen: Manz, 1988), 13–78.

57 Zie Jelinek, *Einflüsse des österreichischen Zivilprozessrechts auf andere Rechtsordnungen*, 83–6.

58 Vgl. R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht* (4), 2e herziene druk (Leiden: E.J. Brill, 1896), § 94.

59 Getuigenbewijs was bijvoorbeeld niet toegelaten wanneer de eis de waarde van 300 gulden te boven ging, art. 1933 en 1937 Oud BW.

60 Zo was de '*unus testis nullus testis*'-regel tot 1988 nog in de wet opgenomen, zie art. 1942 Oud BW.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

beschikbaar te stellen. Dit betekende onder meer dat partijen niet verplicht waren om voor hen nadelige documenten aan de rechter of aan de wederpartij te verstrekken.[61]

In Nederland was het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter gedurende de negentiende eeuw onomstreden.[62] Van Boneval Faure definieerde het beginsel als volgt:

> 'Het voeren van een rechtsgeding is, èn wat het aanleggen daarvan betreft èn wat betreft den omvang van den aan 's rechters beslissing onderworpen strijd, afhankelijk van de partijen. De rechter treed daarbij niet ambtshalve op. (...) Het beginsel van 's rechters lijdelijkheid vindt ook ten aanzien van de voortzetting van het geding zijne toepassing.'[63]

Het beginsel van de lijdelijkheid hield onder meer in dat de rechter ambtshalve geen feiten mocht aanvullen.[64] De rechter mocht partijen niet opdragen bewijs te leveren voor onomstreden feiten.[65] Evenzo was het rechtsmiddel 'requeste civiel' beschikbaar indien de rechter uitspraak had gedaan omtrent zaken die niet gevorderd waren, of wanneer de rechtbank meer had toegewezen dan door de eiser gevorderd was.[66] In de rechtspraktijk werd strak vastgehouden aan het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter. Rechters maakten slechts in beperkte mate gebruik van de bevoegdheden die hen door de wet waren toebedeeld.[67] Zo bespraken rechters – hoewel dit rechtens wel mogelijk was – zelden de zaak met de procespartijen ter zitting.[68]

5.2 Het ideologisch debat: 1901–1948

In de eerste helft van de twintigste eeuw waren de pogingen om het procesrecht te hervormen talrijk. In 1901 presenteerde de Staatscommissie-Feith een wetsvoorstel om het bewijsrecht in civiele zaken te herzien. Met enige wijzigingen werd het voorstel in 1903 en 1907 zonder succes aan de Tweede Kamer voor-

61 Het zogenaamde '*nemo tenetur edere contra se*'-beginsel. Vgl. J. van Kuyk, 'De beteekenis van "gemeen" in de artt. 1922 en 1923 B.W.,' *WPNR* 2690 (1921): 301–3.

62 Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in het geding*, 23 en Anoniem, 'De lijdelijkheid des rechters,' *Themis, Verzameling van bijdragen tot de kennis van het Publiek- en Privaatrecht* 52 (1891): 381–98, 384.

63 R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht* (1), 3e herziene druk (Leiden: E.J. Brill, 1893), 110–3.

64 Art. 48 Oud BW. HR 20 Juni 1845, W. 626. Zie ook David S. van Emden, *Het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering opgehelderd door jurisprudentie van den Hoogen Raad* (Den Haag: Gebr. Belinfante, 1876), 16 en Carel E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Deel 14, Ars Aequi Cahiers, Privaatrecht (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2004), 21.

65 Art. 1962 BW (oud).

66 Art. 382 en 649 Rv (oud).

67 Anoniem, *De lijdelijkheid des rechters*, 384. Eduard M. Meijers, 'De Invloed der Praktijk op de Vorming van het Nederlands Procesrecht,' *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (1918): 146–70.

68 Vgl. van der S., 'Verschijning van partijen in persoon voor den regter,' *Themis. Rechtskundig tijdschrift* 4 (1857) 2: 188–98, 189–91.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

gelegd.[69] In 1911 werd namens de Nederlandse Juristen Vereniging een ontwerp voor een nieuw wetboek gepresenteerd. Eén jaar later volgde de Vrijzinnig Democratische Bond met een nieuw ontwerp.[70] In 1920 presenteerde de commissie-Gratama een nieuw ontwerp voor een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.[71] Een laatste serieuze poging tot hervorming vond plaats in 1948 toen de Staatscommissie-Dorhout Mees haar bevindingen rapporteerde. Het rapport, dat vooral aanbevelingen deed om het procesrecht te hervormen, werd kritisch ontvangen en heeft uiteindelijk niet geleid tot hervormingen.[72] Het burgerlijk proces werd ook regelmatig onderwerp van het debat. Zo besprak de Nederlandse Juristen Vereniging sinds het einde van de negentiende eeuw meerdere malen over (de beginselen van) het burgerlijk proces.[73]

Onvrede met het bestaande procesrecht was wijd verbreid. Met name de lijdelijke rol van de rechter, het formalisme en de inefficiëntie van het proces werden bekritiseerd.[74] Opvallend is dat alle genoemde pogingen het procesrecht te herzien in dezelfde richting wezen. Het Oostenrijkse recht en het bijbehorende procesmodel waren een rijke bron van inspiratie.[75]

Volgens Hartzfeld was 'het streven naar materiële waarheid' het hoofdmotief in de symfonie van stemmen die om hervorming riepen.[76] Ook in de vele hervormingsvoorstellen werd het belang van de waarheidsvinding onderkend. Het eerste van de zes hoofdbeginselen van het ontwerp-Gratama was: 'dat de rechter, meer dan tot nog toe het geval is geweest, moet trachten tot de materiële waarheid door te dringen.'[77] De deformalisering van het bewijsrecht werd gezien als een belangrijk middel om het onderzoek naar de feiten te verbeteren. Het ontwerp van de Staatscommissie-Feith hechtte sterk aan de vrije bewijsleer en de vrije bewijswaardering en stelde voor een veelheid aan bepalingen te schrappen die als onnodig formalistisch beschouwd werden. Verder hebben de meeste ontwerpen voor een nieuw wetboek tevens voorgesteld om naar Oostenrijks voor-

69 Commissie-Feith, voorwoord in *Ontwerp tot herziening van de eerste zes Titels van het Vierde Boek van het Burgerlijk Wetboek* (Den Haag: Gebr. Belinfante, 1901), iv. Tweede Kamer, 1903–04, Bijlagen, nr. 70.

70 Vgl. J.G.L. Nolst Trenité, 'Proceshervormings-Plannen,' *Rechtsgeleerd Magazijn* 33 (1914): 293–6.

71 S. Gratama et al., *Ontwerp tot Vaststelling van een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deel I, (Den Haag: Gebr. Belinfante, 1921).

72 Report Staatscommissie-Dorhout Mees, 'Richtlijnen over de herziening van het burgerlijk procesrecht en de rechterlijke organisatie,' *Advocatenblad* 28 (1948): 135–53, 186–200.

73 Zie o.m. *HNJV* 1878, 1879, 1881, 1891, 1907 en 1915.

74 Vgl. C.H. van Rhee, 'Ons tegenwoordig sukkelproces,' *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 68 (2000): 331–46.

75 Vgl. C.H. van Rhee, 'Der Einfluss des Zivilprozessmodells von Franz Klein in den Niederlanden,' in *Franz Klein Symposium. Dokumentation des Symposions zum 150. Geburtstag von Franz Klein am 6. Mai 2004*, Bundesministerium für Justiz (Wenen: Graz, 2005), 19–36 en J.C. Post, 'Bijdrage tot de hervorming van onze burgerlijke rechtsvordering, het Oostenrijkse proces in de praktijk,' *Rechtsgeleerd Magazijn* (1907): 369.

76 C.A.J. Hartzfeld, 'In hoever behooren de hoofdbeginselen waarop de burgerlijke procedure in eersten aanleg berust te worden gewijzigd?,' *HNJV* (1907): 126–94, 146.

77 S. Gratama et al., *Ontwerp tot Vaststelling van een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Toelichting*, 3.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

beeld bepalingen op te nemen over de gegevensverstrekking in burgerlijke zaken (*discovery*). Zo werd voorgesteld om partijen in de gelegenheid te stellen de beschikking te krijgen over documenten in handen van de wederpartij.[78]

Er was eveneens een grote consensus dat de rechter binnen het proces een meer actieve rol diende te spelen. Zo werd voorgesteld om de rechter meer bevoegdheden te geven bewijs te verzamelen.[79] Met name pleitte men echter voor een actievere rechter die ter zitting de zaak met de partijen mondeling zou bespreken.[80] Het tweede van de zes hoofdbeginselen van het ontwerp-Gratama was 'dat gestreefd moet worden naar nauwere aanraking tusschen rechter en rechtzoekenden'. De mondelinge behandeling kreeg dan ook veel aandacht in de hervormingsvoorstellen.[81] In 1923 leidde dit zelfs tot de invoering van art. 19a Rv (oud) dat de inlichtingencomparitie expliciet wettelijk regelde. Pas aan het eind van de twintigste eeuw werd op grote schaal van de bepaling gebruikgemaakt.

5.3 Pragmatisme en de hervorming van het proces (1959–heden)

De wetsvoorstellen en aanbevelingen van begin twintigste eeuw, vaak op Oostenrijkse leest geschoeid, werden regelmatig afgedaan als 'te radicaal'.[82] Veel veranderingen die vanaf de jaren vijftig zijn doorgevoerd, vertonen echter grote overeenkomsten met het ontwerp-Gratama en de aanbevelingen van de commissie-Dorhout Mees. De afgelopen jaren waren de wetswijzigingen talrijk. Evenzo verscheen er een veelheid aan officiële rapporten over het burgerlijk proces.[83] Gedurende de laatste twintig jaar is er bovendien veel aandacht voor empirisch onderzoek. Talloze studies zijn erop gericht geweest wetswijzigingen te legitimeren en te evalueren.[84] Men kan stellen dat de hervorming van het Nederlands procesrecht geleidelijk heeft plaatsgevonden. Van Nispen sprak in dit verband van een 'terloopse hercodificatie' van het burgerlijk procesrecht.[85]

Het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter is sinds 2002 expliciet in de wet opgenomen.[86] Toch kan dit niet verhullen dat de rol van de rechter in het civiele

78 Vgl. o.m. art. 1926–1927 van het ontwerp-Feith en art. 246 van het ontwerp-Gratama.

79 Vgl. commissie-Feith, *Ontwerp tot herziening van de eerste zes Titels van het Vierde Boek van het Burgerlijk Wetboek*, 37. Vgl. tevens art. 133, 160, 165, 170 en 173 van het ontwerp-Gratama. Zie ook § 183 van de Oostenrijkse *Zivilprozessordnung*.

80 Vgl. bijvoorbeeld de stemmingen over vraagpunten van de NJV in 1878 en 1915.

81 Staatscommissie Dorhout Mees, *Richtlijnen over de herziening van het burgerlijk procesrecht en de rechterlijke organisatie*, Para 8. Vergelijk eveneens art. 161–177 van het Ontwerp Gratama.

82 Vgl. bijv. 'Weekblad van het Recht,' W. 9268, 9270, 9336 (1912).

83 Vgl. A.I.M. van Mierlo, 'Burgerlijk Procesrecht? Welke commissie had U in gedachten?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2 (1998): 21–6.

84 Een goed voorbeeld is R.J.J. Eshuis, *Het Recht in Betere Tijden, Onderzoek en Beleid*, 254 (Meppel: Boom, 2007). Eshuis analyseert de effecten van interventies op de doorlooptijd van de procedure.

85 C.J.J.C. van Nispen, *De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht* (Deventer: Kluwer, 1993).

86 Vgl. art. 24 en 149 Rv.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

proces geleidelijk is toegenomen.[87] Sommige auteurs twijfelen zelfs of de lijdelijkheid van de rechter nog wel gezien kan worden als een hoofdbeginsel van het burgerlijk procesrecht.[88] Enerzijds zijn de bevoegdheden van de rechter sterk uitgebreid. Zo kreeg de rechter geleidelijk meer bevoegdheden om partijen te bevelen documenten over te leggen.[89] Ook werd de rechter steeds meer in staat gesteld al het bewijs vrij te waarderen.[90] Tot slot kreeg de rechtbank ook meer bevoegdheden om te beslissen over het verloop van de procedure.[91] Anderzijds heeft men ook recentelijk de personele capaciteit van de rechtbanken vergroot teneinde het de rechtbank ook mogelijk te maken om intensief bij de procesgang betrokken te zijn.[92]

Ook lijken er minder beperkingen te zijn op de waarheidsvinding. Veel formalistische bewijsregels zijn afgeschaft. Partijen hebben niet meer het recht om relevante informatie achter te houden.[93] Sinds 2002 is in de wet vastgelegd dat de partijen verplicht zijn de feiten volledig en naar waarheid naar voren te brengen.[94] Toch beperkt de partijautonomie naar huidig recht nog immer de omvang van het feitelijk debat.[95]

5.4 Het huidige debat: naar een nieuw procesmodel?

De beginselen van het Nederlands procesrecht in de negentiende eeuw komen overeen met het procesmodel van de reactieve staat. De wetsvoorstellen aan het begin van de twintigste eeuw hadden meer kenmerken van het procesmodel van de activistische staat. Uiteindelijk werden er veranderingen doorgevoerd die ertoe geleid hebben dat het huidige Nederlandse rechtssysteem elementen bevat van beide procesmodellen. In zekere zin is er nu sprake van procesrecht zonder eenduidig procesmodel. Dit wil overigens niet zeggen dat de discussie over de beginselen van het proces en de rol van de staat in de civiele procedure verstomd is. Hoewel de discussie minder duidelijk in politieke bewoordingen wordt gevoerd, is

87 W.L. Haardt, 'Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870–1970,' in *Honderd jaar rechtsleven: De Nederlandse Juristen-Vereniging, 1870–1970*, red. H.C.F. Schoordijk et al. (Zwolle: Tjeenk Willink, 1970), 137–51, 143. J.J. Dammingh, 'De veranderende rol van de rechter in het civiele proces,' in *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, red. L.E. De Groot-van Leeuwen et al. (Deventer: Kluwer, 2009), 9–22.

88 Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding*, 53.

89 Zie van Boneval Faure, *Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht*, § 113. Zie ook *Stb*. 1989, 483 en *Stb*. 1991, 50. Zie ook art. 22 Rv en HR 14 maart 2008, LJN BC1231.

90 Vgl. bijv. de wetten van 22 juni 1923, *Stb*. 280, 16 mei 1934, *Stb*. 253 en 2 juli 1934, Stb. 347.

91 Zo hebben partijen bijvoorbeeld sinds 2002, wanneer er een comparitie na antwoord bevolen is, geen recht meer op het nemen van een conclusie van re- en dupliek. Vgl. art. 132 Rv.

92 Tussen 1995 en 2004 is het aantal werknemers bij de rechtbanken gestegen met 50%. In 1995 kostte civiele rechtspleging de belastingbetaler € 10 per persoon per jaar. Dat was € 19 in 2004. Zie J.G. van Erp, *Kwantitatieve ontwikkelingen rechtspraak 2000–2005*, vol. 10, WODC Cahier 2006–10 (Den Haag: WODC, 2006), hoofdstuk 5.

93 Het '*nemo tenetur edere contra se*'-beginsel is verworpen. Vgl HR 12 juni 1953, *NJ* 1954, 61.

94 Art. 21 Rv, historisch terug te voeren op § 178 öZPO.

95 Vgl. art. 149, 24 Rv.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

er nog altijd een fundamenteel debat gaande over de doelen en beginselen van het proces.

Rond de eeuwwisseling werd er betoogd dat er behoefte was aan een fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht. De wetgever heeft dit probleem onderkend, waarna de regering in 2001 een commissie heeft ingesteld.[96] De commissie bestond uit een drietal leden: Asser, Groen en Vranken. Zij publiceerden een tussenrapport in 2003 en een eindrapport in 2006.[97] De rapporten zijn uitgebreid besproken.[98] Mogelijk zullen deze rapporten aan de basis staan van een verdere aanpassing van de wet.[99] Beide rapporten bespraken een breed scala aan onderwerpen, waarvan ik er hier maar enkele kan bespreken.

Het driemanschap benadrukt recht- en titelverschaffing en het leveren van een bijdrage aan de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid als belangrijkste doelen van het civiele proces.[100] Oplossing van het onderliggende conflict wordt door de auteurs niet gezien als het belangrijkste doel van het civiele proces.[101]

Ten aanzien van de verhouding tussen de rechter, advocaten en partijen neemt het driemanschap duidelijk afstand van het negentiende-eeuwse procesmodel. Volgens de auteurs kunnen de begrippen 'partijautonomie' en 'lijdelijkheid' niet meer als richtinggevende beginselen van het Nederlands burgerlijk procesrecht dienen.[102] Zo neemt het driemanschap afstand van de bestaande regel dat de rechtbank geen feiten aan mag dragen.[103] Zij stelden in hun interim-rapport dat de rechtbank ook onbestreden feitelijke stellingen nader zou mogen onderzoeken.[104] Hoewel de voorstellen van Asser, Groen en Vranken duidelijk een grotere rol van de rechter voorstaan, is het onjuist te stellen dat zij van mening zijn dat procederen bovenal een taak van de rechter is. Zij betogen dat de rechter en de partijen een 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' dragen voor de gang van zaken in de procedure. Zij bepleiten een 'vorm van samenwerking die wordt gekenmerkt

96 Parl. Gesch., *Herziening van het Burgerlijk Procesrecht 2002*, 30–5.

97 W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans, interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht* (Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003) en *idem*, *Uitgebalanceerd, eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht* (Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006).

98 Vgl. o.m. het laatste nummer van 2006 van *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* en P. Ingelse, red., *Commentaren op fundamentele herbezinning* (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2004).

99 Vgl. de reactie van de minister, 'Visie op het civiele proces: reactie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht,' <www.justitie.nl>, laatst geconsulteerd in februari 2010. Zie ook Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht, 'Advies over gegevensverstrekking in burgerlijke zaken ("discovery"),' *TCR* (2008): 123–30.

100 Asser, Groen en Vranken, *Uitgebalanceerd*, hoofdstuk 3.

101 Vgl. tevens W.D.H. Asser, 'Burgerlijk (proces)recht: bewijs in het spanningsveld tussen rechter en partijen,' in *Bewijsrecht: het bewijs geregeld*, red. W.D.H. Asser, J.F. Nijboer en Y.E. Schuurmans (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2009/2010), 13.

102 Asser, Groen en Vranken, *Uitgebalanceerd*, 46, 49.

103 *Ibid*., hoofdstuk 5.

104 *Ibid*., 46 en Asser, Groen en Vranken, *Tussenbalans*, 81.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

door een algemene verplichting tot medewerking aan het bereiken van het doel van het proces'.[105]

De voorstellen van Asser, Groen en Vranken lijken een waarheidsgericht onderzoek naar de feiten meer dan voorheen mogelijk te maken. Zo concluderen de auteurs dat wederzijdse informatie en communicatie ten aanzien van de feiten een gedragsnorm is voor partijen en rechter die voortvloeit uit de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de procesgang.[106] Het 'principe van de kaarten op tafel' dient volgens het driemanschap een 'leidend beginsel' te zijn.[107] Mede in het licht hiervan hebben zij betoogd de mogelijkheden om beschikking te krijgen over documenten in handen van de wederpartij uit te breiden.[108] Hoewel de auteurs ontkennen dat zij de transitie van een liberaal naar een sociaal model voorstaan, valt moeilijk te ontkennen dat hun aanbevelingen overeenkomsten vertonen met het hierboven beschreven procesmodel van een activistische staat.[109]

Recentelijk is er tevens een tamelijk fundamentele discussie ontstaan over de rol van de advocaat in het civiele proces. Naar aanleiding van het rapport 'Een maatschappelijke Orde' van de commissie-Van Wijmen is voorgesteld een zestal kernwaarden van de advocaat in de Advocatenwet op te nemen. Deze waarden zijn: onafhankelijkheid, partijdige belangenbehartiging, deskundigheid, vertrouwelijkheid, integriteit en publieke verantwoordelijkheid voor een goede rechtsbedeling.[110] Met name de zesde van deze kernwaarden bleek omstreden en heeft aanleiding gegeven tot een stevige discussie.[111]

In maart 2010 verscheen voorts een brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer waarin voorgesteld werd het toezicht op de advocatuur ingrijpend te wijzigen.[112] Tot op heden is met name het tuchtrecht leidinggevend in het toezicht op advocaten. Zelfregulering is daarbij altijd het uitgangspunt geweest. De brief van de minister benadrukt dat de positie van advocaten 'van dien aard is dat toezicht eveneens een algemener belang dient, namelijk het vertrouwen dat burgers moeten kunnen hebben in de kwaliteit en integriteit van de juridische beroepsbeoefenaren waarmee zij in aanraking komen'. Om die reden acht de minister het van belang dat een volwaardig stelsel van toezicht in het leven geroepen dient te worden. Een nieuwe toezichthouder dient in het leven geroepen te worden die integraal, preventief en onafhankelijk toezicht zal houden op notarissen, deurwaarders en advocaten. Deze toezichthouder zou moeten opereren naast

105 Asser, Groen en Vranken, *Uitgebalanceerd*, 46.
106 *Ibid*., 48–9.
107 *Ibid*., 46 en Asser, Groen en Vranken, *Tussenbalans*, 80.
108 Asser, Groen en Vranken, *Uitgebalanceerd*, par. 6.5.3.2.
109 *Ibid*., 50.
110 Voorstel van Wet, Aanpassing Advocatenwet, 14 Maart 2008, concept Artikel 10a.
111 L. Hesselink, 'Debat over codificatie publieke verantwoordelijkheid, mooie woorden voor in de wet,' *Advocatenblad* 19 juni 2009, 325–6.
112 Brief van 5 maart 2010, inzake het toezicht op juridische beroepen (notarissen, advocaten en gerechtsdeurwaarders).

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

de bestaande tuchtrechtspraak en verregaande bevoegdheden hebben om (ook vertrouwelijke) gegevens in te zien.

De laatste decennia wordt het politieke en ideologische debat over het procesrecht niet zo expliciet gevoerd. De bevindingen van Asser, Groen en Vranken en de nieuwe voorstellen ten aanzien van de rol van de advocaat in het proces illustreren echter dat er nog steeds wordt nagedacht over de beginselen van het civiele proces. Een discussie over de beginselen van het proces is echter niet ideologisch neutraal. Nog altijd is er een onmiskenbare link tussen politieke opvattingen en de beginselen en regels van het proces. Hoewel men niet expliciet verwijst naar ideologische standpunten, wordt door Asser, Groen en Vranken de klassiek liberale opvatting impliciet terzijde geschoven. Een keuze voor rechtshandhaving als doel van het proces heeft tal van implicaties. Rechtshandhaving betekent bijvoorbeeld dat de rechter een huurovereenkomst die in vrijheid tot stand gekomen is, ambtshalve opzij zou moeten schuiven wanneer deze in strijd is met dwingend recht. Een keuze voor rechtshandhaving is een keuze voor de beginselen van het materiële privaatrecht. Het is daarmee bijvoorbeeld een keuze voor interventie in de huursector en een keuze tegen het *laissez faire*-liberalisme.

6 Ideologie en procesrecht: afsluitende opmerkingen

6.1 Ideologie als verklaring: verschillen tussen bestaande rechtssystemen

In paragraaf 2 werd een onderscheid gemaakt tussen het procesrecht in een reactieve staat (geschiloplossing, partijautonomie en een lijdelijke rechter) en het procesrecht in de activistische staat (rechtshandhaving, waarheidsvinding en de actieve rechter). Deze modellen zijn enkel ideaaltypen. Ik heb betoogd dat deze modellen zinvol zijn om de verschillen tussen jurisdicties inzichtelijk te maken. Ik heb voorbeelden genoemd van jurisdicties die grote gelijkenissen vertonen met beide modellen.

Het is opvallend hoe sterk de civiele procedures die gehanteerd worden in verschillende jurisdicties van elkaar verschillen. De verschillen zijn dermate groot dat een Nederlandse advocaat, mocht hij daartoe al bevoegd zijn, zelden in staat is in het buitenland te procederen. Voor deze verschillen zijn er tal van verklaringen. Zo is er wel betoogd dat advocaten, rechters, deurwaarders en andere juridische professionals er een belang bij hebben dat juridische procedures onnodig complex zijn en sterk verschillen van de eveneens complexe procedures in het buitenland. Dergelijke complexe procedures dragen ertoe bij dat juridische professionals weinig hinder ondervinden van (buitenlandse) concurrentie en dat de vraag naar hun diensten groot is.[113] Een andere verklaring leert ons dat juristen sterk geneigd zijn om niet zelf het wiel opnieuw uit te vinden. Vaak is wetgeving het resultaat

113 Voor een dergelijke verklaring, zie A. Ogus, 'The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization,' *Oxford Journal of Legal Studies* 22 (2002) 3: 419–34.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

van knippen en plakken (*legal transplants*).[114] Het Nederlandse wetboek van 1838 bestond bijvoorbeeld grotendeels uit bepalingen die rechtstreeks aan de *Code de Procédure Civil* van 1806 ontleend waren. Nieuwe bepalingen die in 2002 zijn ingevoerd, waren vaak geïnspireerd door vergelijkbare Franse en Duitse bepalingen.[115] Verschillen tussen rechtssystemen vloeien volgens deze opvatting vooral voort uit de vraag door welk buitenlands systeem men (aanvankelijk) het meest beïnvloed is. Veroveringen en culturele invloed in het verleden, bepaalden volgens dit model de uitgangspunten van de procedure in het heden.

In dit stuk heb ik willen uiteenzetten dat verschillen in politieke en ideologische opvattingen ten dele een verklaring vormen voor verschillen tussen jurisdicties. De verschillende theoretische uitgangspunten van bestaande rechtssystemen zijn een belangrijke verklaring voor de vele kleinere verschillen. Zo is de rechter naar Nederlands recht gebonden aan een bewijsovereenkomst tussen de partijen (partijautonomie).[116] Naar Oostenrijks recht is de rechter in beginsel niet gebonden aan een dergelijke overeenkomst (waarheidsvinding).[117] Evenzo is de tenuitvoerlegging van vonnissen in de meeste Oost-Europese landen, Scandinavische landen en in Oostenrijk in handen van de staat, en niet, zoals in Nederland, overgelaten aan 'de markt' (rol van de staat in het proces).[118] Het *adversarial system* wordt ook nu gezien als het belangrijkste kenmerk van het Amerikaans procesrecht en wordt vaak op ideologische gronden verdedigd (partijautonomie en lijdelijkheid).[119] In tegenstelling tot de procedure op het Europese continent is in dit systeem het verzamelen van het relevante feitenmateriaal (*discovery*) en het verhoren van de getuigen (*cross examination*) voornamelijk aan de advocaten overgelaten.

In de voorafgaande paragrafen heb ik mijn stelling vooral willen onderbouwen door te laten zien dat er heel vaak een 'fit' is tussen dominante politieke opvattingen en opvattingen over de doelen en beginselen van het civiele proces. In een liberaal systeem treft men (vrijwel altijd) een procesmodel aan waarin de partijautonomie en de lijdelijkheid van de rechter centraal staan. In dit verband besprak ik het Nederlandse en Duitse systeem in de negentiende eeuw en het huidige Amerikaanse model. Zonder enig probleem zou men meer voorbeelden kunnen noemen. In een welvaartsstaat of in een socialistische staat treft men (vrijwel altijd) een procesmodel aan dat de rol van de rechtbank en de waarheidsvinding benadrukt. Ik noemde met name het utilistische Oostenrijkse model en het socialistische Oost-Europese procesrecht als voorbeelden. Met de opkomst van de

114 Vgl. de opvattingen van Watson zoals beschreven door W. Ewald, 'Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants,' *Am. J. Comp. L.*, 43 (1995): 489–510.

115 Vergelijk in dit verband met name de algemene bepalingen in het begin van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

116 Vgl. art. 153 Rv.

117 Vgl. bijv. OGH, 7 oktober 2003, 4 Ob 188/03f.

118 Vgl. Hess, *Comparative Analysis of the National Reports*.

119 Vgl. o.m. Arthur Taylor von Mehren en Peter L. Murray, *Law in the United States*, 2e druk (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), hoofdstuk 6.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

welvaartsstaat werd in Nederland ook geleidelijk een gematigd activistisch model geïmplementeerd.

De grote fit die men aantreft tussen de dominante politieke opvattingen enerzijds en de beginselen en doelen van het proces anderzijds, is opmerkelijk. Ik heb betoogd dat er niet alleen sprake is van correlatie. Regelmatig werd er – bijvoorbeeld in de geschriften van Franz Klein of in de inleidende artikelen van het Oost-Duitse wetboek – heel expliciet een link gelegd tussen politieke opvattingen en beginselen van het procesrecht. Er is daarom reden om aan te nemen dat politieke en ideologische opvattingen doorwerken in de details van het procesrecht. Ook is er een duidelijk teleologisch verband tussen de beginselen en doelen van het proces enerzijds, en politieke en ideologische opvattingen anderzijds: de beginselen van het proces moet men legitimeren door te verwijzen naar politieke opvattingen.

De mate waarin politieke en ideologische opvattingen doorwerken in het procesrecht, is moeilijk precies vast te stellen. In de recente geschiedenis van het Nederlandse procesrecht is de ideologische invloed niet duidelijk te traceren. Er is echter wel een duidelijke verschuiving van het reactieve naar een gematigd activistisch procesmodel waarneembaar in de rechtspraktijk. Als de uitgangspunten en de wet duidelijk ideologisch beïnvloed zijn, is dit op zichzelf geen garantie dat de rechtspraktijk altijd volledig doortrokken was van deze ideologische uitgangspunten. Zo betoogde Alan Uzelac, processualist aan de Universiteit van Zagreb, '(...) the socialist lawyers were never fully socialist in essence, they were only putting a thin layer of ideological justification on their actions in order to assure their own ideological legitimacy in the eyes of the political regime'.[120]

6.2 Ideologie in het huidige debat

In veel moderne jurisdicties heeft de wetgever ernaar gestreefd om een goede balans te vinden tussen de verschillende procesrechtelijke modellen. De Nederlandse ontwikkelingen zijn in de vorige paragraaf uitvoerig geschetst. Uiteindelijk is het Nederlandse systeem een hybride systeem met elementen van zowel het activistische als het reactieve procesmodel. Evenzo is het *bürgerlich liberalen* Duitse wetboek van 1877 in de loop van de twintigste eeuw verscheidene malen grondig aangepast. Het hedendaagse Duitse systeem is evenzo een mengvorm van beide procesmodellen. Na de val van het ijzeren gordijn hield de socialistische traditie van het procesrecht op te bestaan. Ideologisch gekleurde bepalingen werden uit de wetgeving geschrapt.[121] Ook het Engelse recht, dat gedurende lange tijd als afwijkend gezien werd in Europa, is vlak voor de eeuwwisseling sterk herzien. In het huidige Engelse systeem is het *adversarial system* sterk ingeperkt en de rol van de rechter veel prominenter dan voorheen.

120 Alan Uzelac, 'Survival of the Third Legal Tradition? (nog te verschijnen),' (Conference Paper International Association of Procedural Law, 2009).

121 Zie bijv. Karol Weitz, 'Die Entwicklung des polnischen Zivilprozessrechts nach der politischen Wende im Jahre 1989,' *ZZP Int* 11 (2006): 89–116.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

In zekere zin lijkt het ideologische debat over de beginselen van het procesrecht in het gematigde en postmoderne Europa verstomd. Er lijkt een verschuiving opgetreden in het debat. We leven in een tijd waar doorlooptijden en kosten gemeten en doorgerekend worden. Klantwaarderingsonderzoeken worden geleidelijk meer systematisch uitgevoerd. Dikke onderzoeksrapporten en talrijke wetevaluaties spelen de laatste decennia een steeds grotere rol bij de totstandkoming van beleid.

Het huidige gematigde activistische procesmodel dat in de meeste Europese jurisdicties nu gemeengoed is geworden, is echter niet ideologisch neutraal. Sinds de negentiende eeuw is een duidelijke verschuiving waarneembaar van 'geschilbeslechting' naar 'rechtshandhaving'. Er is eveneens een duidelijke verschuiving waarneembaar van partijautonomie naar een actievere rol van de rechter. Tot slot is waarheidsvinding van groter belang dan voorheen. Sinds 1838 is er in het materiële recht veel veranderd. Het arbeidsrecht, verzekeringsrecht en de consumentenkoop werden in de negentiende eeuw hoofdzakelijk vormgegeven door de overeenkomst die door de partijen zelf vastgesteld werd. Vandaag de dag is er actief beleid dat erop gericht is de werknemer, de verzekerde en de consument te beschermen. Daarmee is het materiële privaatrecht niet ideologisch neutraal. Een overgang van een procesmodel gebaseerd op geschiloplossing naar een model van rechtshandhaving, impliceert tevens dat men een keuze maakt voor handhaving van het (dwingende) arbeidsrecht, verzekeringsrecht en het consumentenrecht. Hoewel het in Nederland (anders dan bijvoorbeeld in Oostenrijk) nooit expliciet gesteld is, is de liberale *laissez faire*-opvatting over het burgerlijk proces impliciet verlaten.