

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/37010>

Please be advised that this information was generated on 2020-12-02 and may be subject to change.

Wet van 8 september 2005, Stb. 255

Op 15 oktober 2005 is in werking getreden de Wet van 8 september 2005, Stb. 255 tot aanpassing van enkele onderdelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met het nieuwe procesrecht (wetsvoorstel 28 863).

Voor de verzoekschriftprocedure zijn van belang de aanpassing van art. 270, 285, 358 en 360 Rv en art. 80 lid 1 Wet RO.

In art. 270 lid 1 Rv heeft de wetgever beoogd ambtshalve toetsing van de relatieve bevoegdheid in verzoekschriftprocedures voorop te stellen. Dit beginsel is echter niet volstrekt rigide, zoals blijkt uit art. 270 lid 1 laatste volzin Rv voor verzoekschriftprocedures in het algemeen en – maar dat is onveranderd gebleven – uit

lid 2 voor verzoekschriftprocedures in zaken met betrekking tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed en ontbinding van een geregistreerd partnerschap en daarmee verband houdende verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening of een nevenvoorziening. Volgens lid 1 vindt geen verwijzing plaats bij onbevoegdheid als verzoeker en alle opgeroepen belanghebbenden hebben aangegeven bij de onbevoegde rechter te willen blijven.

Volgens lid 2 vindt verwijzing alleen plaats indien er (terecht) door verweerder een beroep op onbevoegdheid wordt gedaan.

Nu voor iedere verzoekschriftprocedure de wet uitsluitend bepaalt welke rechter bevoegd is (de kantonrechter dan wel een rechter uit een andere sector van de rechtbank), is verwijzing niet mogelijk indien de zaken bij verschillende sectoren van dezelfde rechtbank of van verschillende rechtbanken aanhangig zijn. De derde en vierde volzin van art. 285 lid 1 Rv, die daar per ongeluk terecht waren gekomen en suggereerden dat dat wel mogelijk zou zijn, zijn dan ook komen te vervallen.

In art. 358 lid 4 Rv zijn de woorden 'of artikel 75, eerste lid, van toepassing is' komen te vervallen.

Aan art. 360 Rv is een artikellid na lid 2 toegevoegd, dat bepaalt dat het appèl, ingesteld tegen een tussenbeschikking waartegen ingevolge art. 358 lid 4 Rv (in de wet staat overigens lid 3) geen tussentijds appèl is toegestaan, de werking niet schorst.

In art. 80 lid 1 Wet RO is achter de woorden 'Tegen een vonnis' toegevoegd 'of een beschikking'. Immers de beperking van het cassatieberoep in art. 80 lid 1 Wet RO geldt ook ten aanzien van beschikkingen van de kantonrechter waarvoor een appèlverbod geldt (zie HR 19 december 2003, NJ 2005, 181 m.nt. HJS).

Familiezaken: verzoeker en art. 6 EVRM; belanghebbende

Uit art. 261 lid 2 Rv vloeit voort dat ons systeem van verzoekschriftprocedures een gesloten systeem is. Slechts zaken waaruit dit uit de wet voortvloeit, worden ingeleid met een verzoekschrift. Doorslaggevend daarvoor is dan de terminologie in de betreffende wetsbepaling waarop het verzoekschrift is gebaseerd. Wie als verzoeker moet worden aangemerkt, wordt in titel 3 niet omschreven. Uit het wetsartikel waarop het verzoek is gebaseerd, kan worden opgemaakt wie door de wetgever als verzoeker(s) gezien wordt (worden). Daarmee heeft de wetgever beoogd een afgebakend en op de wet gebaseerd systeem van verzoekschriftprocedures te creëren.

Binnen dit systeem kan vervolgens een probleem ontstaan omtrent de vraag of ook andere dan de soms specifiek in de wet vermelde verzoekers ontvankelijk zijn in hun verzoek. Dat dit kan leiden tot uitbreiding van de kring van verzoekers in familierechtzaken, blijkt wel uit de jurisprudentie.

Hof Leeuwarden baseert zich op art. 8 EVRM en heeft in zijn beschikking van 5 februari 2003, NJ 2003, 352 geoordeeld dat, in een geval waarin de vrouw na echtscheiding was belast met het gezag, het vereiste in art. 1:253o lid 1 BW laatste volzin, dat slechts beide ouders een verzoek kunnen doen om gezamenlijk met het gezag te worden belast, een ontoelaatbare inmenging is in het familie- en gezinsleven van de niet met gezag belaste ouder en dus een schending van art. 8 EVRM. De man is derhalve ontvankelijk in zijn verzoek.

In HR 27 mei 2005, NJ 2005, 485 m.nt. JdB baseert de Hoge Raad zich zowel op art. 6 als op art. 8 EVRM en oordeelt dat de in

art. 1:252 BW besloten liggende regel dat ouders, die niet met elkaar gehuwd zijn of gehuwd geweest zijn en nooit het gezag gezamenlijk hebben uitgeoefend, slechts gezamenlijk aan de rechter het gezamenlijk gezag kunnen verzoeken, een ongeoorloofde beperking is van het door art. 6 lid 1 EVRM aan de vader gegarandeerde recht op toegang tot de rechter ter vaststelling van zijn aan art. 8 lid 1 EVRM ontleende aanspraak op bescherming van zijn recht op 'the exercise of parental rights'. Hoewel hij de uitspraak bevredigend en wenselijk acht, schrijft De Boer in zijn hof oordeel deze uitspraak dat de Hoge Raad zijn hand heeft overgenomen omdat het er bij toegang tot de rechter om gaat 'whether there was a dispute over a right which can be said at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law'. Deze 'arguable grounds' ontbreken op grond van de Nederlandse wet, die een gezamenlijk verzoek vereist, alsmede gezien de uitspraken van het EHRM van 11 juli 2000 (appl. 31061/96) Cernicke v. Austria en 22 november 2001 (appl. 36222/97) R.W. and C.T.G.-W. v. Austria, waarin het hof oordeelt: '(...) the exclusion of a possibility to award joint custody after divorce fell within the margin of appreciation left to the contracting State (...)' Hier ging het om zaken van ex-gehuwden zodat in de zaak van 27 mei 2005, waarin het niet eens om ex-gehuwden ging, de vader, zoals het hof overigens ook gedaan had, in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaard had moeten worden. Dat moge zo zijn, anderzijds heeft de Hoge Raad blijk gegeven van een opvatting die aansluit bij de in de maatschappij heersende opvattingen getuige ook wetsvoorstel 29 353, waarin wordt voorgesteld dat ook een ouder het gezamenlijk gezag kan vragen zowel na scheiding als indien de ouders nooit gehuwd zijn geweest.

In familiezaken wordt onder belanghebbende verstaan (art. 798 lid 1 Rv) degene op wiens rechten of verplichtingen de zaak rechtstreeks betrekking heeft. Dit wordt voor iedere procedure uiteindelijk door de rechter bepaald.

Zo oordeelde de Hoge Raad (HR 3 juni 2005, JOL 2005, 316) dat een notaris, die door de rechtbank benoemd was ter zake van een verdeling en de in art. 3:183 lid 2 BW bedoelde goedkeuring van de verdeling verzocht namens de man en namens de advocaat die als onzijdig persoon de vrouw vertegenwoordigde, geen belanghebbende is in het door de vrouw ingestelde hoger beroep.

In zijn beschikking van 5 juli 2005, Rechtspraak Familierecht 2005, 121 oordeelde Hof Arnhem dat de man, die niet de biologische vader van het kind is maar wel in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, ontvankelijk is in zijn verzoek met betrekking tot de omgangsregeling, maar niet als belanghebbende aangemerkt kan worden in de procedures in het kader van de ondertoezichtstelling van het kind. Nu er geen familierechtelijke betrekkingen tussen de man en het kind bestaan, kan de man geen andere rechten ten aanzien van het kind doen gelden op grond van Boek 1 BW dan het recht op omgang op de voet van art. 1:377h BW, zodat zijn rechten alleen bij omgangsprocedures rechtstreeks in het geding kunnen zijn.

Procesreglementen in familiezaken: niet-ontvankelijkheid, uitstel mondelinge behandeling

In familiezaken is naast het geheel van wettelijke regels een stelsel van reglementen gecreëerd volgens welke de verzoekschriftprocedure dient te lopen. Volgens vaste jurisprudentie zijn deze

Dit artikel van B.Ju. Tijdschriften is gemaakt voor Radboud Universiteit Nijmegen

59665-65441

reglementen, mits behoorlijk bekendgemaakt, recht in de zin van art. 79 Wet RO en kunnen zij in cassatie worden getoetst. Voor een verhandeling omtrent de verhouding tussen wet en reglement verwijs ik naar het proefschrift van K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk(proces)recht* (diss. Leiden), Deventer 2004. In deze reglementen wordt onder meer de sanctie van niet-ontvankelijkheid gekoppeld aan het niet opvolgen van in deze reglementen voorgeschreven verrichtingen in de procedure. Het gaat dan met name om het tijdig overleggen van bepaalde bescheiden bij de aanvang van de procedure. Omdat art. 279 Rv voorschrijft dat de rechter een mondelinge behandeling bepaalt en als enig middel van verdediging daarop toelaat de situatie dat de rechter (i) zich onmiddellijk (internationaal) onbevoegd verklaart of (ii) het verzoek toewijst, bepalen deze reglementen dat verzoeker, indien hij niet voldoet aan het voorschrift om bescheiden over te leggen, geacht wordt af te zien van een mondelinge behandeling en vervolgens in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaard wordt.

De Hoge Raad oordeelt in HR 14 januari 2005, NJ 2005, 481 m.nt. DA (JBPr 2005, 20 m.nt. Teuben) dat voor een dergelijke niet-ontvankelijkheid slechts plaats is als de wet daarvoor een basis biedt of de goede procesorde zodanig geschonden is dat niet-ontvankelijkheid gerechtvaardigd is. Art. 34 lid 2 Rv noch enig ander wetsartikel verschaft die basis en het enkele feit dat de vrouw ook de tweede haar door het hof geboden gelegenheid tot herstel van het verzuim om aan het bepaalde in art. 34 lid 1 Rv te voldoen onbenut heeft gelaten, leidt niet tot het oordeel dat sprake is van een zodanige schending van de goede procesorde dat niet-ontvankelijkheid gerechtvaardigd is. Het hof had een mondelinge behandeling moeten bepalen. Zou daar gebleken zijn dat de vrouw alsnog de stukken had overgelegd, dan had het hof moeten beslissen of het op die stukken acht kon slaan. Het oordeel van de Hoge Raad dat in ieder geval een mondelinge behandeling bepaald had moeten worden, sluit aan bij art. 279 Rv. De bepalingen in de procesreglementen dat partijen worden geacht af te zien van een mondelinge behandeling en niet-ontvankelijkheid volgt, is dan ook vermoedelijk niet toelaatbaar (zie ook Teuben in haar noot). Op zich kunnen partijen afzien van het recht om mondeling gehoord te worden (oral hearing, art. 6 EVRM), maar dat moet dan uitdrukkelijk en ondubbelzinnig gebeuren. Annotator Asser, hoewel ook hij van oordeel is dat reglementen nooit verder kunnen gaan dan de wettelijke regeling, is van oordeel dat de Hoge Raad wel erg veel ruimte geeft aan advocaten die gemakzuchtig en vertragend procederen. Wellicht dat ook hier, evenals in de situatie van procureursverzuim in art. 281 Rv, een wettelijke basis moet komen om de rechter in staat te stellen de toch zware sanctie van niet-ontvankelijkheid te hanteren, teneinde art. 21 Rv (de rechter bewaakt, zo nodig ambtshalve, de voortgang van de procedure) ook daadwerkelijk en rechtmatig inhoud te kunnen geven.

Naast het feit dat de advocaat het risico loopt van een niet-ontvankelijkheidsverklaring als hij te laat stukken overlegt bij aanvang van de procedure, is het ook van belang dat hij prudent omgaat met (de verzoeken tot aanhouding van) de mondelinge behandeling. Volgens vaste jurisprudentie is de rechter, als partijen behoorlijk zijn opgeroepen voor de mondelinge behandeling, vrij om, als partijen en hun raadslieden niet verschijnen, de zaak ter terechtzitting te behandelen. Er is geen sprake van schending van hoor en wederhoor en het is aan het beleid van de rechter overge-

laten of hij op een daartoe strekkend verzoek de zaak aanhoudt of niet. Een dergelijke beslissing hoeft hij niet te motiveren. In HR 23 april 2004, NJ 2004, 350 oordeelt de Hoge Raad dat afwijzing van een verzoek tot aanhouding dat op grond van de reglementen te laat is gedaan en dat wordt gedaan op een grond die in de risicosfeer ligt van de cliënt, geen schending van het beginsel van hoor en wederhoor oplevert. Dit zou anders kunnen zijn als sprake is van bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld indien een partij op grond van de processuele gang van zaken in redelijkheid mocht verwachten dat zij nog een essentiële stelling, die ervoor zorgt dat de zaak anderszins als toegelicht, nader zou mogen toelichten (HR 6 maart 1992, NJ 1993, 79). De Hoge Raad oordeelt echter, evenals in de zaak van 14 januari 2005, dat als het verzoek tot aanhouding wel op tijd gedaan wordt en de plotseling en onverwacht opgekomen omstandigheden die leiden tot het verzoek, niet in de risicosfeer van de cliënt of de advocaat liggen, terwijl ook niet verwacht mag worden dat de advocaat ervoor zorgdraagt dat een collega de zaak waarneemt, bijvoorbeeld door gecompliceerdheid, in beginsel wordt aangenomen dat de rechter uitstel moet verlenen in verband met de waarborg van het beginsel van hoor en wederhoor. Hier bestaat dus wel degelijk een recht op aanhouding. Verleent de rechter onder dergelijke omstandigheden toch geen aanhouding, dan dient hij dat te motiveren (zie A-G Keus onder 2.13 bij de uitspraak van 14 januari 2005).

Zie tevens de Kroniek Algemene Beginselen, TCR 2005, p. 118-119, waarin Coenraad deze beide uitspraken in het kader van het grondbeginsel van hoor en wederhoor behandelt.

Appèl en alimentatiezaken; tegenverzoek, bewijsaanbod

De combinatie van het grievenstelsel met de devolutieve werking heeft in alimentatiezaken weer een geheel eigen dimensie, zoals blijkt uit HR 10 oktober 2003, NJ 2005, 104 m.nt. DA.

Nadat de rechtbank het verzoek van de man tot nihilstelling van alimentatie heeft toegewezen, komt de vrouw in appèl met slechts twee grieven: zij is ten onrechte aangeduid zonder bekende woon- of verblijfplaats in het verzoekschrift in eerste aanleg, en er is sprake van schending van hoor en wederhoor. Het hof verklaart de vrouw niet-ontvankelijk in haar verzoek nadat een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden die alleen betrekking mocht hebben op de niet-ontvankelijkheid, omdat er geen grieven zouden zijn vermeld en er geen inhoudelijke grief was aangevoerd tegen de nihilstelling. Het eerste was onjuist en de vrouw had inderdaad inhoudelijk moeten ingaan op de nihilstelling omdat ten gevolge van de devolutieve werking van het appèl de zaak na gegrondverklaring van de grieven door het hof dient te worden afgedaan nu sprake was van een eindbeschikking. Heeft de vrouw, die ook al niet is verschenen in eerste aanleg, geen grieven tegen het inhoudelijk oordeel van de rechtbank geformuleerd, dan valt er niets meer te behandelen in appèl en zal dat in dit geval leiden tot een bekrachtiging. Echter ten aanzien van de inhoudelijke kant van de zaak had de vrouw op de mondelinge behandeling nog met inhoudelijke argumenten (grieven) mogen komen. In alimentatiezaken wordt niet strak de hand gehouden aan het grievenstelsel en nieuwe feiten, ook in de vorm van grieven, mogen nog op de mondelinge behandeling worden aangevoerd als maar ten opzichte van de wederpartij voldaan wordt aan het beginsel van hoor en wederhoor (HR 26 april 1991, NJ 1992, 407 m.nt. JBMV). Tegen die

Dit artikel van BJu Tijdschriften is gemaakt voor Radboud Universiteit Nijmegen

59665+65441

achtergrond en het feit dat de man begreep wat de inzet in hoger beroep was – hij was inhoudelijk in appèl op de nihilstelling ingegaan en had gesteld belang te hebben bij een inhoudelijke behandeling – had het hof de mondelinge behandeling niet mogen beperken tot de kwestie van de niet-ontvankelijkheid, maar de vrouw in de gelegenheid moeten stellen haar bezwaren inhoudelijk verder toe te lichten. De houding van de man is belangrijk omdat, zoals Asser in zijn noot stelt, de goede procesorde mee kan brengen dat beperking tot behandeling van de niet-ontvankelijkheid wel terecht zou kunnen zijn als de man overtuigd zou zijn door feiten waar hij niet op bedacht hoefde te zijn. Het goede procesorde brengt verder mee dat de man de gelegenheid moet krijgen om ook op de feiten waardoor hij zich niet overvallen voelt, te reageren.

In alimentatiezaken in appèl speelt nog een eigen problematiek als het gaat om zaken waarbij de appèlrechter alsnog een eerste verzoek tot vaststelling van alimentatie, toegewezen door de rechtbank, afwijst. In veel gevallen zal reeds aan de alimentatieverplichting voldaan zijn omdat de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is, en zal dus terugbetaald moeten worden naar aanleiding van de uitspraak van de appèlrechter. De vraag is dan of de appèlrechter dient te motiveren waarom van de alimentatiegerechtigde kan worden verlangd dat deze alles terugbetaalt. In HR 17 september 2004, NJ 2005, 226 oordeelde het hof, anders dan de rechtbank, dat de vrouw geen behoefte had, waarmee de rechtsgrond aan de beschikking van de rechtbank kwam te ontvallen en de man onverschuldigd betaald had. Of de rechter moet motiveren waarom terugbetaald moet worden, hangt volgens de Hoge Raad af van de omstandigheden van het geval. In dit geval beschikte de vrouw uiteindelijk over voldoende middelen om haar behoefte te dekken en was het hof niet tot nadere motivering gehouden. In HR 10 september 2004, NJ 2005, 225 m.nt. SW kwam de Hoge Raad tot eenzelfde oordeel. Opvalt dat de Hoge Raad stelt dat de vrouw geen beroep gedaan heeft op het feit dat zij niet tot terugbetaling ineens of in termijnen in staat was. Door het opwerpen van een dergelijke essentiële stelling wordt de appèlrechter in ieder geval gedwongen daarop in te gaan (vaste rechtspraak, zie HR 18 september 1987, NJ 1988, 112; HR 10 oktober 2003, NJ 2004, 37). In haar noot geeft Wortmann aan dat dit anders is als er wel behoefte is maar van meet af aan de draagkracht heeft ontbroken. Is er dan toch alimentatie betaald en zou de alimentatiegerechtigde moeten terugbetalen terwijl zij wel behoefte aan alimentatie heeft, dan zal de rechter moeten beoordelen of redelijkerwijs van de alimentatiegerechtigde kan worden gevraagd om terug te betalen hetgeen zij in overeenstemming met haar behoefte heeft uitgegeven. Ook als de omstandigheden zich wijzigen na de beslissing in eerste aanleg is er reden een toereikende motivering te eisen aan een terug- of bijbetaling. Aldus wordt aansluiting gezocht bij de motiveringsplicht van de rechter in wijzigingsverzoeken (HR 20 september 2002, NJ 2003, 47; HR 16 april 2004, NJ 2004, 639). Voor een kort overzicht betreffende de motiveringseisen in alimentatiezaken verwijs ik naar de conclusie van A-G Wesseling van Gent bij HR 16 april 2004. Overigens had in de wijzigingszaak van 16 april 2004 de vrouw in eerste aanleg het verzoek tot vermindering van alimentatie van de man slechts tegengesproken, maar verzocht zij in appèl verhoging van alimentatie. Een dergelijk verzoek is als zelfstandig tegenverzoek (het gaat hier niet om

een nevenvoorziening) slechts mogelijk bij verweerschrift in eerste aanleg en niet voor het eerst in appèl (art. 362 Rv).

Ook in verzoekschriftprocedures dient het bewijsaanbod in appèl voldoende gespecificeerd te zijn. Nu de man in HR 14 januari 2005, NJ 2005, 251 aanbiedt bewijs te leveren van het feit dat de vrouw op een bepaalde plaats en op een bepaalde tijd betaalde werkzaamheden in een bepaalde functie verrichtte en de man aangegeven heeft dat hij dit door het horen van zeven getuigen, van wie hij vier met naam noemt, zou kunnen bewijzen onder overlegging van verklaringen van de getuigen omdat het een zijde te kunnen verklaren, kan niet gezegd worden dat er sprake is van een onvoldoende gespecificeerd aanbod omdat dit onvoldoende geconcretiseerd is. Zie verder omtrent bewijsaanbod de Kroniek Bewijsrecht van Boonekamp in TCR 2005, p. 13.

Termijnen en grieven algemeen

Voor zowel het beroepschrift als het verzoekschrift in cassatie geldt dat dit binnen de appèl-/cassatietermijn moet zijn ingediend. In HR 28 november 2003, NJ 2005, 465 m.nt. DA (JBPr 2004, 17 m.nt. Gras) is de Hoge Raad van de strikte handhaving van termijnen teruggekomen als het gaat om verzoekschriftprocedures. Termijnoverschrijding kan dan gerechtvaardigd zijn als deze het gevolg is van een door (de griffie van) de rechtbank of hof begane fout of verzuim waardoor een partij niet tijdig wist of redelijkerwijs kon weten dat de rechter een beschikking had gegeven en de beschikking haar als een gevolg van een haar niet toe te rekenen fout of verzuim pas na afloop van de termijn van het instellen van hoger beroep of cassatie is toegezonden of verstrekt. Vervolgens heeft de verzoeker dan nog de gelegenheid om binnen veertien dagen na de dag van verzending of verstrekking van de beschikking een beroepschrift/verzoekschrift in cassatie in te dienen. Wellicht dat de termijn van veertien dagen mede ingegeven is door de termijnen die gegund worden bij herstel van formele fouten ten aanzien van de inschrijvingsproblematiek van de dagvaarding, maar met annotator Asser, die van mening is dat de Hoge Raad aansluiting gezocht heeft bij de verschoonbare termijnoverschrijding van art. 6:11 Awb, ben ik van mening dat dit wel een erg korte termijn is gezien het feit dat het beroepschrift de gronden van het beroep moet bevatten. Een beroep op deze uitspraak van de Hoge Raad mocht overigens in een faillissementszaak (HR 10 juni 2005, NJ 2005, 372) niet baten. Weliswaar was de tekst van de beschikking pas na het verstrijken van de appèltermijn beschikbaar gekomen, maar uit het proces-verbaal van de behandeling ter terechtzitting bleek wanneer het hof uitspraak zou doen. Dan dus toch maar iedere dag even bellen met de griffie om achter de tekst aan te gaan en in ieder geval, zoals uit het hiernavolgende blijkt, binnen de termijn een cassatieschriftuur indienen met daarin vermeld dat het nog niet mogelijk is middelen te formuleren omdat verzoeker in cassatie niet over de tekst van de beschikking beschikt en hij zich het recht voorbehoudt alsnog middelen te formuleren (zie in dit kader HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450 m.nt. Ma en EAA en HR 8 februari 1991, NJ 1992, 406 m.nt. JBMV onder NJ 1992, 407).

Verzoekschriften kunnen per fax worden ingediend (art. 33 Rv) en indien zij op de laatste dag van de beroepstermijn voor 24.00 uur zijn ontvangen, hetgeen blijktens de parlementaire geschiedenis niet zo moet worden uitgelegd dat de fax ook voor 24.00 uur moet zijn voltooid, gelden zij als binnen de termijn

Dit artikel van Bju Tijdschriften is gemaakt voor Radboud Universiteit Nijmegen

59665-65441

ingediend. Hoe onverstandig het is om erop te vertrouwen dat de fax (en de computer) op de laatste dag voor een tijdige indiening van het verzoekschrift in cassatie zorg zullen dragen, blijkt wel uit HR 14 november 2003, NJ 2004, 537. Het cassatieverzoek kwam weliswaar op tijd binnen (de ontvangst van de fax was voor 24.00 uur aangevangen), maar bij het begin van de pagina waarop de klacht was geformuleerd, hield de fax op met de mededeling dat de computer van verzoeker kapot was en dat verzoeker zich het recht voorbehield dit beroep op nadere gronden aan te vullen. Hier wreekt zich echter dat de gronden van het verzoek in appel en cassatie in het beroepschrift respectievelijk verzoekschrift is 59665-65441 moeten zijn opgenomen. Het defect van de computer ligt in de risicosfeer van verzoeker en levert geen rechtvaardiging op voor het na afloop van de cassatietermijn aanvullen van de gronden. Nu er overigens geen klachten geformuleerd waren, leidde dit tot niet-ontvankelijkheid. Dit zou anders geweest zijn als verzoeker geen klacht had kunnen formuleren omdat hij niet kon beschikken over het proces-verbaal van de behandeling of de bestreden uitspraak (HR 26 november 2004, NJ 2005, 25).

Bovendien moet het cassatieverzoekschrift evenals een beroepschrift dat per fax wordt ingediend, voorzien zijn van een handtekening van een advocaat bij de Hoge Raad/procureur bij het hof. Is dit niet het geval, dan kan dat gebrek hersteld worden door binnen korte tijd een naar behoren ondertekend origineel exemplaar ter griffie in te dienen. Uit HR 11 februari 2005, NJ 2005, 143 blijkt dat een dergelijke fout, in tegenstelling tot hetgeen Snijders in *Civiel Appel*, 3e druk 2003, nr. 326 voorzichtig stelt, niet hersteld kan worden door de laatste pagina alsnog per fax, maar nu wel voorzien van een handtekening, in te dienen. Het gebrek van het op 8 mei 2004 ingediende faxverzoek wordt ook niet hersteld door de op 19 mei 2004 ingediende originele cassatieschriftuur terwijl de korte beroepstermijn van tien dagen verstreken was op 14 mei 2004. De Hoge Raad is van oordeel (in tegenstelling tot de A-G) dat niet gesproken kan worden over een herstel binnen korte tijd na 8 mei 2004. Zie ook HR 11 juli 2003, NJ 2003, 565, waarin, eveneens in een faillissementszaak, een origineel, wel door een advocaat bij de Hoge Raad getekend, verzoekschrift in cassatie na twaalf dagen wordt ingediend, hetgeen naar het oordeel van de Hoge Raad eveneens niet 'binnen korte tijd' was. Er is dus in ieder geval haast geboden met herstel in zaken waarin korte termijnen voor rechtsmiddelen gelden.

Kinderzaken: benoeming bijzonder curator op grond van art. 1:212 en 1:250 BW; machtiging spoeduitplaatsing

Een bijzonder curator (art. 1:212 BW) verzoekt in HR 31 oktober 2003, NJ 2004, 315 m.nt. JdB namens een kind van drie jaar gegrondverklaring van ontkenning van het vaderschap, maar wordt zowel door de rechtbank als door het hof niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek omdat dit kind van drie jaar niet in staat geacht kan worden tot een redelijke waardering van zijn belangen, die bij een dergelijk verzoek van hemzelf een rol spelen, terwijl ook geen sprake is van strijd met art. 8 (in verbinding met art. 6) EVRM. De Hoge Raad oordeelt dat uit de wetsgeschiedenis niet is af te leiden dat het aannemelijk is dat bedoeld is de bevoegdheid van de bijzonder curator om een dergelijk verzoek in te dienen te verbinden aan de eis van voldoende rijpheid bij het kind. Bovendien zou in de tussentijd de juridische status van het kind

afwijken van de sociale (emotioneel-psychologische) en maatschappelijke werkelijkheid. Wel kunnen zich omstandigheden voordoen waardoor niet wordt beslist voordat het kind zich een weloverwogen oordeel heeft kunnen vormen. Hier was dat niet aan de orde, nu het kind opgroeide binnen het gezin van zijn moeder en biologische vader, die bereid was het kind te erkennen, en de juridische vader geen bezwaar had tegen het verzoek.

Zoals De Boer in zijn noot aangeeft, geldt ditzelfde ook voor de vernietiging van de erkenning en vaststelling van het vaderschap. Hij acht het verder denkbaar dat ook de verwekker of de moeder, indien de weigering van de bijzonder curator om de ontkenning van het vaderschap te verzoeken, kan opkomen en dat zij de rechtbank in overweging kunnen geven om ambtshalve een nieuwe bijzonder curator te benoemen met ontslag van de oude.

Art. 1:250 BW geeft de mogelijkheid een bijzonder curator te benoemen ingeval de belangen van het kind in strijd zijn met de belangen van de ouders. In HR 4 februari 2005, NJ 2005, 422 overweegt de Hoge Raad dat het artikel beoogt te voorzien in benoeming van een bijzonder curator als er sprake is van een wezenlijk conflict, ontstaan tussen de minderjarige en degene die als wettelijk vertegenwoordiger met zijn verzorging en opvoeding is belast. Het moet daarbij gaan om concrete problemen. De kantonrechter dient naar aanleiding van het verzoek van een belanghebbende om een bijzonder curator te benoemen, zelf te onderzoeken of er sprake is van een concreet conflict waarvoor benoeming moet plaatsvinden, al dan niet met een tijdslimiet, zonder dat al aannemelijk hoeft te zijn dat een bepaalde procedure gevoerd zal moeten worden. De rechter moet zich dus niet te formeel opstellen en als een appelrechter al van mening zou zijn dat de bijzonder curator zijn bevoegdheden te buiten is gegaan, dan kan dat aanleiding zijn de taak nauwkeuriger te omschrijven.

Op grond van art. 806 lid 3 Rv kunnen een voorlopige ondertoezichtstelling, een machtiging tot uithuisplaatsing, al dan niet in een gesloten inrichting, en een voorlopige voogdij worden uitgesproken zonder de belanghebbenden of het kind van twaalf jaar of ouder (art. 809 lid 3 Rv) op te roepen voor de behandeling als er sprake is van onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige. De tweede volzin van lid 3 bepaalt dat de beschikkingen hun kracht na verloop van twee weken verliezen, tenzij de belanghebbenden (en het kind van twaalf jaar en ouder) in de gelegenheid zijn gesteld hun mening kenbaar te maken. In HR 26 maart 2004, NJ 2004, 637 m.nt. JdB zijn de moeder en haar partner weliswaar opgeroepen, maar kan niet gesproken worden van een behoorlijke oproeping nu deze plaatsvond op een termijn van drie kwartier voor de zitting. Moeder en de partner zijn niet verschenen en de verschijning van de advocaat kon dit gebrek niet dekken omdat deze alleen de geldigheid van de oproeping kwam betwisten. Ook nadien heeft de moeder geen gelegenheid gekregen gehoord te worden. De beschikking heeft haar kracht echter niet verloren omdat dat alleen aan de orde is als er sprake is van geen voorafgaande behandeling. Hier gaat het om een gebrekkige behandeling (er ontbrak een behoorlijke oproeping) en er is naar het oordeel van de Hoge Raad geen plaats voor analogische of extensieve interpretatie vanwege het uitzonderlijk karakter en het bij de geldigheid van de onderhavige beschikking betrokken belang van de rechtszekerheid. De fout van de rechter om de moeder niet binnen twee weken in staat te stellen alsnog gehoord te worden, schen-

Dit artikel van *BJv Tijdschriften* is gemaakt voor *Radboud Universiteit Nijmegen*
59665-65441

ding van art. 6 en 8 EVRM, kan in appèl worden rechtgezet omdat bij toetsing van deze bepalingen de procedure in haar geheel, inclusief appèl, moet worden gezien. De Boer gaat er in zijn noot van uit dat dit ook zal gelden als de voorlopige voogdij na zes weken zou vervallen en als niet voor het einde van die termijn een verzoek aan de rechter is gedaan ter verkrijging van een niet-voorlopige maatregel en er binnen deze termijn een gebrekkig verzoek is ingediend.

kelijk is, dwingt dat de rechter ook tot nauwkeuriger motivering als hij het verzoek afwijst.

Op grond van art. 23 Rv is het niet aan de rechter om, hoge uitzonderingen daargelaten, zie S. Boekman, de verzoekschriftprocedure, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 69, ambtshalve iets anders dan het verzochte toe te wijzen. Art. 8a Wet Bopz legt dat nog eens uitdrukkelijk vast en geeft de rechter slechts de mogelijkheid de officier in de gelegenheid te stellen zijn verzoek te wijzigen. De rechtbank had echter in HR 29 april 2005, RvdW 2005, 67 het verkeerde subsidiaire verzoek van de officier, verzoek om machtiging tot voortgezet verblijf, op grond van 'praktische' redenen omgezet in een verzoek tot verlenen van een voorlopige machtiging, en daarmee was de rechtbank haar boekje te buiten gegaan.

Het hybride karakter van de Wet Bopz blijkt uit het feit dat de beslissing van de geneesheer-directeur, waarbij het verzoek van een betrokkene om hem te ontslaan uit het psychiatrisch ziekenhuis, een beschikking in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb is. Beroep daartegen staat echter niet open op grond van art. 8:1 Awb. De beslissing, zo oordeelt de Hoge Raad in HR 19 december 2003, NJ 2005, 128 (zie ook BJ 2004, 3 m.nt. Van Dijkers en Bröring) kan wel op verzoek van betrokkene door de officier van justitie worden voorgelegd aan de rechter, waarbij niet de beslissing van de geneesheer-directeur getoetst wordt, maar de vraag of de gedwongen opname bezien naar de omstandigheden ten tijde van het nemen van de beslissing door de rechter moet worden voortgezet, in volle omvang onderzocht wordt.

Tot op dit moment bestaat tegen de beslissing van de rechtbank op grond van art. 41 Wet Bopz (het verkrijgen van een rechterlijke beslissing op beslissingen van de klachtencommissie) geen gewoon rechtsmiddel open. Dit zal anders worden indien de Wet van 22 juni 2000, Stb. 292 in werking treedt, waarbij alsnog cassatieberoep is opengesteld tegen dergelijke beslissingen. De Hoge Raad heeft in HR 7 mei 2004, NJ 2004, 389 geoordeeld dat cassatieberoep toch is toegelaten voorzover er sprake is van de doorbrekingsgronden: de rechter heeft het artikel ten onrechte buiten toepassing gelaten, het artikel ten onrechte toegepast of toegepast met verzuim van essentiële vormen, waardoor geen sprake meer is van een eerlijke en onpartijdige behandeling. Het cassatiemiddel klaagt er terecht over dat de rechtbank heeft beslist in strijd met art. 41 lid 12 in verbinding met art. 8 lid 1 Wet Bopz, zonder de betrokkene persoonlijk te horen. Dit wordt mede in het licht van art. 5 EVRM beschouwd als toepassing van het artikel met verzuim van essentiële vormen, waardoor geen sprake is van een eerlijke en onpartijdige behandeling, nu het gaat om vrijheidsbeperking. Dat deze zaak dan vervolgens bij de Hoge Raad komt en niet bij het hof, volgt uit de systematiek van de Wet Bopz, waarin uitsluitend cassatieberoep aan de orde is als het gaat om machtigingen tot vrijheidsbeneming.

Mevrouw mr. E.L. Schaafsma-Beverluis

Dit artikel van B.Ju Tijdschriften is gemaakt voor Radboud Universiteit Nijmegen

Intrekking verzoekschrift echtscheidingen;

geldigheid voorlopige voorzieningen 59665+65441

Dat intrekking van het verzoekschrift tot echtscheiding grote problemen kan opleveren voor de geldigheid van de voorlopige voorzieningen en een litispendingprobleem in verband met een in het buitenland aanhangig gemaakte echtscheidingsprocedure als de verweerder geen zelfstandig verzoek tot echtscheiding in zijn verzoekschrift heeft gedaan, bleek al eens uit HR 8 oktober 2000, NJ 2000, 641.

In Rb. Den Haag 22 juli 2005, Rechtspraak Familierecht 2005, 128, heeft de man een echtscheidingsverzoek ingediend en heeft de vrouw bij verzoekschrift alleen nevenvoorzieningen gevraagd. Vervolgens komt er een beschikking voorlopige voorzieningen, waarna de man zijn verzoek tot echtscheiding intrekt. Weliswaar dient de vrouw van haar kant een verzoek tot echtscheiding in, maar na het verstrijken van de termijn van vier weken na dagtekening van de beschikking voorlopige voorzieningen (art. 821 lid 4 Rv). Dientengevolge zijn naar het oordeel van de rechtbank de voorlopige voorzieningen komen te vervallen. Bovendien had de man inmiddels een verzoek tot echtscheiding in Zwitserland gedaan voordat de vrouw haar echtscheidingsverzoek in Nederland had ingediend, zodat de Nederlandse rechter de zaak kan schorsen en de vrouw het risico loopt dat de echtscheidingsprocedure in Zwitserland afgedaan zal worden en de Nederlandse rechter zich vervolgens onbevoegd zal verklaren.

Bopz

Op de verzoekschriftprocedure ingevolge de Wet Bopz zijn de algemene regels van de verzoekschriftprocedure van toepassing voorzover daar niet in de Wet Bopz van afgeweken wordt. Op grond van art. 8 lid 6 Wet Bopz kan de rechter een onderzoek door deskundigen bevelen. Met deze regeling is geen afwijking beoogd van de regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Verder bepaalt art. 8 lid 6 dat de rechter door de betrokkene opgegeven deskundigen en getuigen moet horen, tenzij hij van oordeel is dat door het achterwege blijven daarvan de betrokkene redelijkerwijs niet in zijn belangen kan zijn geschaad. Als hij niet oproept, moet hij dat wel motiveren. De vraag in HR 29 april 2005, RvdW 2005, 65 was of die motiveringseis ook gesteld kan worden als betrokkene vraagt om een nader onderzoek door een deskundige. In casu ging het om een contra-expertise. Deze vraag wordt door de Hoge Raad bevestigend beantwoord gelet op de ingrijpende aard van de beslissing tot vrijheidsbeneming. Een logische beslissing omdat de Hoge Raad ook in andere zaken waar het gaat om ingrijpende beslissingen voor partijen – terecht – (nadere) eisen aan de motivering stelt. Indien het verzoek goed gemotiveerd wordt gedaan en dus aangegeven wordt door betrokkene op welke punten nader onderzoek door deskundigen noodza-