

*P.C. Kop**

3. Het lijkt soms wel — het moge in dit verband ten overvloede worden opgemerkt — of het denken over de grondbeginselen van ons burgerlijk procesrecht een niet geringe achterstand heeft op de huidige, nieuw-zakelijke

1. Zo A.F.M. Brenninkmeijer in Burgerlijk procesrecht als Publiekrecht, Zwolle 1993.
2. Onder verwijzing naar de hiervoor door W.D.H. Asser gehouden rede 'Rechtsvordering, de geschiedenis voorbij?'.
Zie ook: A.F.M. Brenninkmeijer, 'Rechtsvordering, de geschiedenis voorbij?', in: *Rechtspraak* 1993, 107-110.

(no-nonsense) benadering van het procesrecht. Vanuit de praktijk worden vele veranderingen voorgesteld, stroomlijningen aangebracht, nieuwe en strakkere procedures voorgesteld én geïntroduceerd,³ maar het daarbij behorende, grondig doordachte theoretische kader tref ik nog niet (in uitgewerkte vorm) aan.⁴

4. Als iets uit de huidige discussie ook blijkt dan is het (alweer) dat de (rechts)geschiedenis zo licht kan functioneren als bron van het anti-beeld. Een verwijzing naar de negentiende eeuw als de periode waarin de rechter ten onrechte en op een verwerpelijke wijze lijdelijk zou zijn geweest, kan immers worden gebruikt als extra-argument om de noodzaak tot verandering in het heden nadruk te geven. Zo wordt er in een recent proefschrift over de lijdelijkheid gesproken over de uiterst passieve houding van de Nederlandse rechter in de periode van 1838-1881, benoemd tot de 'bloeitijd van de lijdelijkheid'.⁵ Schrijfster beroept zich daarbij onder meer op een geschrift van mij over het legisme in de negentiende eeuw.⁶ Welnu, nieuwsgierig geworden en met enige verbazing heb ik dat nagezocht maar die uiterst passieve houding heb ik nergens gevonden. Het is m.i. ook te gemakkelijk om opkomst en ondergang van het legisme enerzijds en van de lijdelijkheid anderzijds zo zonder meer parallel te schakelen.

5. Langzamerhand komen er steeds meer studies, gewijd aan de negentiende eeuw, op de markt. In hoofdzaak blijven deze beperkt tot een analyse van de ontwikkelingen in de rechtstheorie. Dat is terecht want waar gebrek aan mankracht is — hetgeen in de rechtshistorische wereld helaas het geval is —, dienen prioriteiten te worden gesteld en kunnen niet alle aspecten van een historische ontwikkeling tegelijkertijd aan de orde worden gesteld. Het is dus niet verwonderlijk dat de invloed van de rechtstheorie op de rechterlijke praktijk aan de hand van jurisprudentie-onderzoek tot nu toe nog niet systematisch aan bod is gekomen.⁷ Uit het boek van Van Boneval Faure,⁸ uit de invloedrijke geschriften van Duitse schrijvers valt minimaal het vermoeden — maar ook niet meer dan dat — af te leiden dat de rechter in de negentiende eeuw zich lijdelijk opstelde (in de betekenis die in dat tijdperk aan dat begrip werd gegeven) maar zeker weten doen we dat niet. En altijd weer blijkt dat nader onderzoek dan voor verrassingen kan zorgen.

6. Zo is het ook in het heden. De zeven (of acht) harde beginselen van het

3. Zie bijvoorbeeld recentelijk H. van Breda, Het kort geding als donor voor de bodemprocedure nieuwe stijl?, in NJB 1993 (jrg. 68), blz. 1197 e.v.; zie ook het Advocatenblad 1993 (jrg. 73), nummer 15: Efficiency in het geding; zie voorts de Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, 121e jrg./1991-I, Harmonisatie van procesrecht bij integratie van rechtspraak (preadviezen van A.F.M. Brenninkmeijer, P.C.E. van Wijmen en J.H. Blaauw).
4. Zie met betrekking tot het voorontwerp voor boek I Rechtsvordering (onder meer) A.F.M. Brenninkmeijer, Rechtsvordering: een uitdaging voor de wetgever, in NJB 1994, blz. 317.
5. J.E. Bosch-Boesjes, Lijdelijkheid in geding, Deventer 1991, blz. 23.
6. P.C. Kop, Legisme en Privaatrechtswetenschap, Deventer 1982 (2e druk 1992).
7. Uitzonderingen zijn er altijd. zo bijvoorbeeld G.E. van Maanen, Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk, Deventer 1986.
8. R. van Boneval Faure, Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht, 5 dln., Leiden 1893-1901.

Nederlandse burgerlijk procesrecht mogen tot het vaste gedachtengoed van de jurist worden gerekend.⁹ Wat er echter in de praktijk van terecht komt, is een geheel ander verhaal. Alleen daar, waar die beginselen een concrete uitwerking in het positieve recht hebben gekregen is hun directe invloed te traceren. Dat is niet onlogisch. Die beginselen zijn niet zozeer normen voor de rechtspraktijk als wel elementen in het analytisch apparaat van de theoreticus. Hij probeert met behulp van deze beginselen het geheel van regels van het procesrecht doorzichtig te maken en tracht daarmee overigens — al dan niet voorzichtig — de richting van het *ius constituendum* te bepalen. Daarmee komt die beginselen op zich nog geen rechtskracht toe.

7. Het aardige is nu dat in de huidige, steeds meer opflakkerende discussie inzake de geschiedenis van het begrip lijdelijkheid nagenoeg altijd wordt verwezen naar de oratie van Chorus maar dat niet of — voorzichtiger geformuleerd — niet altijd blijkt dat deze oratie ook is verwerkt in het debat.¹⁰ Daarom ga ik daar nu dieper op in.

8. Chorus stelt — terecht — dat het één van de taken van de historicus is over dit soort begrippen ‘helder licht te laten schijnen, om de jurist van vandaag te bevrijden van stukjes dogmatiek die overmatig zijn geworden’.¹¹ Vervolgens legt hij aan de hand van het hoofdwerk van Van Boneval Faure uit, hetgeen deze met de lijdelijke rechter bedoelt: ‘We zien nu dat daar slechts twee dingen zijn bedoeld. Het ene, dat het aanleggen en het voortzetten van een geding zaak van de partijen zijn. Niemand kan gedwongen worden zijn recht te handhaven met een procedure. Geen klager, geen rechter. Het andere dat Faure op het oog heeft, is de omvang van de strijdpunten waarop de rechter beslist. Ook deze hangt af van wat de partijen in het geding doen. De eiser en de gedaagde brengen de feiten in het geding en alleen zij ontlenen aan de feiten hun zogeheten “rechtsmiddelen”. De rechter mag in zijn vonnis niets méér aan de eiser toewijzen dan wat deze partij heeft gevorderd. Hij mag ook niets van de eis onbesproken laten, hij moet uitspraak doen op elk gedeelte van de eis’.¹²

9. In W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Utrecht 1991 (16e druk), worden de volgende acht hoofdbeginselen genoemd: 1. Hoor en wederhoor — gelijkheidsbeginsel; 2. onpartijdigheid van de rechter; 3. openbaarheid van behandeling en uitspraak; 4. motivering van de beslissing; 5. partij-autonomie; 6. onderzoek en beslissing in twee instanties; 7. toezicht op de rechtspraak door middel van cassatie; 8. verplichte procesvertegenwoordiging. Zie ook K. Wiersma, *Administratieve en burgerlijke procesgangen, beginselen en organisatie*, in *Een goede procesorde* (Haardt-bundel) Deventer 1983, blz. 131 e.v.

10. J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip*, Deventer 1987. Zie van dezelfde schrijver ‘The judge’s role in the conduct of civil proceedings’, in *Comparative and historical essays in scots law* (A tribute to Professor Sir Thomas Smith QC) (Edited by D.L. Carey Miller and D.W. Meyers), Edinburgh 1992.

11. Chorus, op. cit., blz. 6.

12. Chorus, op. cit., blz. 6/7. Het lijkt zo logisch; de rechter mag in zijn vonnis niets méér aan de eisertoewijzen dan wat deze partij heeft gevorderd. Zie echter thans Benelux-Gerechtshof 17 december 1992, NJ 1993, 545, waarin is geoordeeld dat de rechter (onder omstandighe-

9. Chorus vervolgt met een uiteenzetting over de Duitse achtergronden van het door Faure geschrevene. En wat blijkt (althans als we uitgaan van de analyse van Chorus): dat zowel het Verhandlungsmaxime¹³ als het Untersuchungsmaxime¹⁴ niet primair de lijdelijkheid als passiviteit normatief stellen maar de lijdelijkheid vanuit — in modieuze termen gezegd — een positieve grondhouding benaderen, zeg maar: daarin een actief beginsel zien, een dynamisch beginsel. ‘Bij beide Maximen gaat het erom voor de partijen, die in de werkelijkheid buiten de rechtszaal onderling zozeer ongelijk zijn, binnen het geding een zo groot mogelijke gelijkheid te scheppen’.¹⁵

10. Zo behoort het beginsel ook in het moderne recht te worden benaderd. De lijdelijkheid dient te worden besproken in termen van wat de rechter mag en moet: hij moet — in een parafrase van Chorus — de goede procesorde handhaven, de feiten vaststellen, de rechtsregels aanvoeren, deze toepassen en beslissen op alle onderdelen van eis en verweer, die in het geding zijn gebracht en daarin ook zijn gebleven.¹⁶ Onlosmakelijk hiermee is verbonden de partij-autonomie: ‘de vrijheid van het rechtssubjekt om over zijn rechten te beschikken en om zijn rechten al dan niet te doen gelden’.¹⁷ De gedingvoerende heeft — om Chorus voor de laatste keer aan te halen — de macht ‘te disponeren over het procederen’.¹⁸

11. Op het moment dat lijdelijkheid en partij-autonomie als twee kanten van dezelfde medaille worden geschetst, wordt niet alleen de samenhang met een aantal belangrijke beginselen van ons huidig (materiële) privaatrecht duidelijk — de contractsvrijheid, de testeervrijheid etc. (althans wat ons daarvan rest) — doch ook met andere beginselen van procesrecht. Daarbij stel ik het uitgangspunt voorop dat partijen bepalen waarover zij procederen alsmede het beginsel van hoor en wederhoor.¹⁹ En, meer afgeleid, houdt de

den) een hogere dwangsom mag opleggen dan is gevorderd: ‘9. Overwegende dat toch uit de opzet van de Eenvormige Wet (...) voortvloeit, dat de vaststelling van de hoogte van de dwangsom, d.i. een dwangmiddel om de uitvoering van een rechterlijke uitspraak te verkrijgen, niet aan de beoordeling van de eiser wordt overgelaten, doch uitsluitend onder de bevoegdheid van de rechter ressorteert. 10. Overwegende dat daaruit volgt dat de rechter niet door de aanwijzing van de eiser met betrekking tot de hoogte van de dwangsom gebonden is’. De vordering is derhalve tot aanwijzing getransformeerd. Over deze problematiek al eerder Th.B ten Kate, Kort geding en dwangsom, in Vorm en wezen (Opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerk), Utrecht 1991, blz. 145 e.v.

13. Bij het Verhandlungsmaxime ligt de verantwoordelijkheid voor het feitenmateriaal dat in het geding komt, bij partijen; hulp van rechtsgeleerde raadslieden dient verplicht te worden gesteld. Vgl. Chorus, op. cit., blz. 8.

14. Bij het Untersuchungsmaxime ligt de verantwoordelijkheid voor het feitenmateriaal dat in het geding komt, bij de rechter. De hulp van advocaten wordt overbodig, ja zelfs onwenselijk geacht. Vgl. Chorus, ebd.

15. Chorus, op. cit., blz. 8.

16. Chorus, op. cit., blz. 4/5.

17. Chorus, op. cit., blz. 4.

18. Chorus, op. cit., blz. 4. Zie ook Hugenholtz/Heemskerk, op.cit., blz. 12.

19. Vgl. W.D.H. Asser, Salomo's wijsheid (Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen), Utrecht 1992. Zie eveneens H.E. Ras in zijn bespreking van het proefschrift van

discussie over de formele dan wel materiele waarheid van de door partijen in een procedure geïntroduceerde feiten hiermee ook verband.²⁰ Ik werk dit verder uit doch niet na nogmaals de nadruk er op te hebben gelegd dat lijdelijkheid en partij-autonomie de kanten van één medaille zijn dus — ook — onderscheiden moeten worden. Het ene beginsel ziet op de rechterlijke activiteit, het andere op de activiteit van de procesvoerende partijen.²¹

12. Voor ik mij nu nader verdiep in de actieve kanten van de lijdelijkheid — de lijdelijkheid staat ergens voor en spoort soms juist aan tot activiteit (daarmee het woord contradictoir aan de dagelijkse betekenis ervan bepalend) — wil ik eerst wat ruis uit de discussie over de lijdelijkheid halen. Die ruis zorgt voor misverstanden.

13. Een belangrijk misverstand schuilt in de veronderstelling dat, als men alle bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering naleest en vervolgens die bepalingen optelt, waarbij de rechter iets niet mag doen ofwel waarbij hem geen bevoegdheden zijn opgedragen, de kern van de lijdelijkheid is getroffen.²² Welnu, daarmee is (nog) niets getroffen. Pas daarna kan het eigenlijke werk beginnen.²³

14. Een volgend misverstand schuilt in de veronderstelling dat men alleen naar de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering hoeft te kijken om de kern van lijdelijkheid te analyseren. In het huidige BW wordt immers de rechter een keur van bevoegdheden gegeven, waarvan hij soms mag en in sommige gevallen ook moet gebruik maken en waardoor zijn bevoegdheid (en mogelijkheid) in te grijpen in de procesvoering én in de toepassing van het door partijen gewenste materiële recht ten opzichte van een aantal decennia geleden ongelooflijk is toegenomen. Een goed begrip van de aan partijen resterende autonomie en de daarmee verbonden lijdelijkheid van de rechter valt zonder het erbij betrekken van deze bepalingen niet meer te verkrijgen. Curieus is in dit verband dat deze toename van bevoegdheden wel aanleiding heeft gegeven tot rekensommen over de meerdere werkbelasting van de rechter maar (nog) niet tot herziening van het oude beeld van de lijdelijkheid of tot opstand ter verdediging van de bedreigde partij-autonomie. Uiteraard verdient deze problematiek een apart opstel. Hier is immers het vraagstuk aan de orde of en zo ja, in hoeverre, de rechter door gebruik te maken van zijn (nieuwe) discretionaire bevoegdheden kan en mag inbreken in het debat van partijen.

15. Het voornaamste misverstand schuilt evenwel in de gelijkstelling van

Vriesendorp (Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding), in NJB 1971, blz. 100 e.v.

20. Vgl. H.C.F. Schoordijk, 'De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht', in WPNR 1989 (jrg. 120 nr.5937), blz. 680 e.v.

21. Zie bijvoorbeeld W. Hugenholz en W.H. Heemskerk, op. cit., blz. 12/13.

22. Dat is naar de kern genomen de werkwijze van J.E. Bosch-Boesjes in haar hiervoor in noot 6 genoemde proefschrift.

23. Zie — onder meer — de recensie van het proefschrift van Bosch-Boesjes door S.V. Hoogendijk-Deutsch in Trema 1994-1, bladzijde 31/32.

lijdelijkheid met passiviteit. De rechter zou zich bijvoorbeeld niet met het tempo van de procesvoering van partijen mogen bemoeien. Dat nu is — in deze algemeenheid — niet waar en veeleer is het tegendeel gewenst. De rechter zou zich ook in het geval dat partijen gezamenlijk feiten als waar presenteren, verder niet met het vaststaan van die feiten mogen bemoeien. Dat is in die vorm ook niet (meer) juist.

16. Voorts is de veronderstelling dat de rechter in de verzoekschrift procedure niet lijdelijk zou zijn in die ongenueanceerde vorm niet waar. Dat geldt zeker voor de niet klassieke verzoekschriftprocedures.

17. Het begrip lijdelijkheid zonder ruis zou ik lijdelijkheid in enge zin willen noemen. Met ruis ware te spreken over de vulgaire opvatting van de lijdelijkheid. Dat is niet pejoratief bedoeld. Die vulgaire lijdelijkheid vervult soms in het proces een zeer aardige rol. Ik kom daarop nog terug.

18. De genoemde misverstanden — en ik heb bepaald niet alle opgesomd — leiden er soms toe (het is reeds gezegd) dat sommige schrijvers roepen: weg met de lijdelijkheid (en op naar de verzoekschrift-procedure). Daarmee gooien zij derhalve ook de partij-autonomie over boord. Dat is niet alleen onwenselijk doch gezien de structuur en de dragende principes van ons rechtstelsel ook vrijwel ondenkbaar.²⁴

19. Partij-autonomie betekent in de eerste plaats dat partijen bepalen waarover zij procederen. Dit beginsel heeft zijn uitwerking gekregen — ik noem slechts een paar elementen — in de dagvaardingsprocedure, in de eisen die zijn gesteld aan de formulering van het petitum en van de aan het petitum ten grondslag liggende gronden, evenals in de eisen, gesteld aan de formulering van de weren en het stadium van de procedure waarin deze kunnen worden opgeworpen e.t.q. Het is de door partijen aan het proces gegeven reikwijdte.²⁵

20. Deze uitgangspunten hebben ook neveneffecten, die elk voor zich weer een eigen waarde hebben. De door de wetgever gekozen vorm, gestaald door de historische ontwikkeling — om maar eens een heel conservatieve opmerking te maken —, dwingt partijen tot nauwkeurigheid. Nauwkeurigheid heeft met efficiency te maken. Schaft men de dagvaardingsprocedure af met het oogmerk grotere efficiency te bereiken dan zal men m.i. het tegendeel bereiken. Waar de eis of het verweer gaat zwemmen, verdwijnt het tempo uit de procedure en zal de rechter gedwongen zijn voor een groot deel advocatuurlijke taken op zich te nemen en wel om het standpunt van elk der partijen tot hun recht te laten komen. Dat is onwenselijk.

21. Het curieuze is dat deze roep om het loslaten van het strenge keurslijf van de dagvaardingsprocedure een parallel in een thans gevoerde strafrecht-

24. Doch in dit vak is niets ondenkbaar. Zie thans HR 22 oktober 1993, nr. 15 088, in NJB 1993, rechtspraakkatern, blz. 500 e.v. en wel met name de eerste drie van de aan het HvJ EG gestelde prejudiciële vragen.

25. Die vorm van partij-autonomie wint ook in het administratieve recht terrein. De reformatio in peius is er de laatste tijd niet populairder op geworden. Zie, bijv. H.E. Ras in zijn bespreking van het proefschrift van Bosch-Boesjes, in Themis 1992/8, blz. 379 e.v.

lijk discussie kent: de zo strenge aan de telastelegging gestelde eisen zouden versoepeld moeten worden. Dat moet m.i. ten koste van alles worden voorkomen. De strafrechter is lijdelijk — beter: passief — met betrekking tot dat wat het Openbaar Ministerie hem voorschotelt. De introductie van het strafproces is typisch een taak van het openbaar ministerie en die taak moet met grote akribie ten uitvoer worden gelegd. Daaraan dienen eisen te worden gesteld. En die zijn er gelukkig. Loslaten van die eisen zou een grijs gebied van elkaar overlappende taken van het O.M. en de zittende magistratuur in het leven roepen. Dat zou de rechter in een uiterst ongelukkige, want (onder meer) voor de verdachte onduidelijke positie brengen. De strafrechter zal dan op den duur legitimiteitsproblemen krijgen.

22. Men bedenke voorts dat ook in de verzoekschriftprocedure de verzoeker bepaalt wat zijn verzoek is. De rechter kan niet daarbuiten treden. Het grote verschil met de dagvaardingsprocedure is natuurlijk dat in vele (klassieke) verzoekschriftprocedures een aantal uit het beginsel van de partij-autonomie af te leiden normen niet toepasbaar is en wel om de eenvoudige reden dat er een verzoeker is en er — veelal — belanghebbenden zijn doch geen partijen in de zin van de dagvaardingsprocedure. En wie die belanghebbenden zijn, hoeft niet altijd op voorhand duidelijk te zijn. Het is dus niet meer dan logisch dat de rechter daar (soms) een eigen onderzoekstaak heeft.²⁶

23. Terug naar de dagvaardingsprocedure. Partijen bepalen niet alleen de reikwijdte van het door hen gevoerde proces. Zij hebben ook de vrijheid de hen door het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aangereikte mogelijkheden om hun standpunt (uitvoerig) te bepleiten volledig uit te buiten. Dragend beginsel van de organisatie van dat debat is het beginsel van hoor en wederhoor. Als ergens is gestreefd het principe van de 'herrschaftsfreie Diskussion' gestalte te geven, dan is het wel hier. Echter, ook hier kan de rechter grenzen stellen. Eén voorbeeld: het is mij volmaakt onduidelijk waarom het bij veel rechtbanken de gewoonte is automatisch het nemen van een conclusie na enquête toe te staan. Dat is in een aantal gevallen pure tijdverspilling.

24. De rechter heeft echter ook andere bevoegdheden. Soms staat het te zijner discretie daarvan gebruik te maken, soms moet hij dat doen. Die bevoegdheden doen hem lijken (ik werk hier een bij Chorus en, naar ik meen ook bij Asser, populaire vergelijking maar wat verder uit) op de dirigent die de muziek leidt, wanneer althans het orkest autonoom heeft besloten te gaan spelen. Het orkest kan ook zonder zijn inspraak in staking gaan of definitief naar huis. Maar als het orkest speelt dan zullen ze weten, wie de leiding heeft. Die leiding strekt er mede toe het stuk a tempo giusto ten einde te brengen en elk instrument en elke melodische lijn tot zijn recht te laten komen. Zo ook in het proces.

25. Allereerst het juiste tempo. Dat wordt in hoge mate door de rolrechter bepaald. Hier heeft zich echter in de loop der tijden een merkwaardige ontwikkeling voorgedaan. Eerst drie rechters, vervolgens één rechter. En dan

26. Zie ook P.A.M. Meijknecht, Heeft de verzoekschriftprocedure (de) toekomst?, Zwolle 1987.

het *dédain* voor dat werk, uitgaande van de premisse dat het eigenlijk een administratieve klus is, eigenlijk geen rechterswerk. Dus wordt de administratie — een gerechtssecretaris — er (in feite) mee belast, althans in veel rechtbanken. En op dat moment verliest de rechter de controle over het tempo. De advocaat wordt in de meerderheid van de gevallen heer en meester over het tempo. Dat leidt tot vertraging en wel om een heel simpele reden: het belang van de cliënt spoort in de procedure niet altijd met het belang van zijn advocaat. Termijnen worden veelal overschreden niet omdat de cliënt geen tempo wil, maar omdat zijn advocaat te veel om handen heeft. Dus moet de rechter de controle over de rol hernemen en wel terwille van het belang van de rechtzoekenden. Dat is niet in strijd met het beginsel van de lijdelijkheid, integendeel. Hierover is de laatste tijd veel geschreven en als één ding daaruit blijkt dan is het wel dat er geen enkele verandering in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering nodig is om partijen en vooral hun advocaten te dwingen het tempo te handhaven.²⁷ Dat heeft hoogstens tot gevolg dat de advocaat de organisatie van zijn werk anders zal moeten inrichten. Dat lijkt mij op dit onderdeel nuttig en wenselijk.

26. Dit brengt mij tot een aantekening in de marge van het onderwerp van deze voordracht. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dient door de participanten aan het rechtsverkeer — en wel met name de rechterlijke macht — minder defensief te worden gelezen. Allerwegen klinkt de roep om meer zakelijkheid, meer efficiency in het geding. De grote klacht geldt ook de tijdrovendheid van de bodemprocedure. En als de druk op het kort geding toeneemt, zal die klacht binnenkort ook die procedure treffen en dan neemt het spoed kort geding weer de fakkel over. Echter, binnen de door het wetboek gestelde regels valt zoveel te vernieuwen, zoveel te veranderen. Daarvoor is geen nieuw wetboek nodig.²⁸ Noodzakelijk is wel dat de rechterlijke macht meer produktgericht wordt en vanuit dat standpunt het wetboek leest. Laat de rechter eens in termen van produkt en concurrentie — bijvoorbeeld met de arbitrage-procedure — gaan denken en op die basis produkten schepen, die niet alleen concurrerend zijn wat betreft de prijs maar ook wat betreft het tempo en kwaliteit. De rechterlijke macht heeft hier zulke prachtige verkoopargumenten in handen, bijvoorbeeld het gegeven van de onafhankelijk-

27. Zie voor het verleden K. Wiersma, l.c., blz. 134, naar aanleiding van een door Meijers uitgevoerd archiefonderzoek met betrekking tot de zogenaamde *summiere procedure*, een tussen 1811 en 1838 door de Code de procédure civile mogelijk gemaakte nieuwigheid: 'Het onderzoek bracht aan het licht dat omstreeks 1830 het schriftelijk deel van die procedure beperkt was tot eis en antwoord en dat de gemiddelde procesduur niet meer bedroeg dan twee tot drie maanden, ook in ingewikkelde zaken van zeevervoer en prolongatie op effecten. Na het antwoord, waarvoor kennelijk geen uitstel kon worden verkregen, werd de dienende dag vastgesteld waarop de hele mondelinge procesvoering was geconcentreerd: formele excepties, eventuele getuigenverhoren en in aansluiting daarop (!) de pleidooien. Interlocutoire vonnissen, al dan niet met voorlopige rechtsbeslissingen en daaruit voortvloeiende bewijsopdrachten, kwamen er dus niet aan te pas. De rechters zorgden op de zitting zelf wel voor het stellen van vragen aan partijen of eventuele getuigen'.

28. Zie — onder meer — T.A.W. Sterk, *Vrij moedige procesvoering*, Deventer 1979.

heid (en overigens het gegeven van de prijsstelling: het griffiegeld is niet zelden veel geringer dan de kosten van arbitrage). Waar overheidsdwang nodig is, heeft zij al het monopolie, alsook waar rechtsgevolgen niet ter vrije beschikking van partijen staan. Daarbuiten heeft zij geen monopolie.²⁹ Dus moet zij zich wel concurrerend opstellen. Dat kan de kwaliteit alleen maar ten goede komen en hoeft op geen enkele wijze in strijd te komen met de grondbeginselen van het burgerlijk procesrecht. De discussie over dit soort zaken wordt echter verstikt door het eeuwige gepraat over het gebrek aan mankracht binnen de rechterlijke macht. De discussie moet echter niet (alleen) de kwantiteit van die mankracht betreffen maar (ook en vooral) de kwaliteit en de professionele ondersteuning van de reeds aanwezige mankracht. Dit alles geldt uiteraard alleen vanuit de vooronderstelling dat deze concurrentie gewenst is. Daarover moet de discussie dan óók gaan. Is de (wild)groei van (aan) arbitrage-procedures gewenst of niet? Hoe verhoudt zich de toename van deze procedures tot het aan de codificatie-gedachte ten grondslag liggende streven naar rechtseenheid? Waar haalt de rechterlijke macht de specialisten vandaan die bij de superspecialisten van de grote advocatenkantoren respect afdwingen?

27. Terug naar het eigenlijke onderwerp en wel thans — ik roep de dirigent weer even terug in de herinnering — de plicht om elk instrument en elke melodische lijn tot zijn recht te laten komen. Lijdelijkheid dient ertoe de (standpunten van) partijen in hun volle autonomie, uitgaande van de premisse van gelijkheid van partijen, tot hun recht te laten komen. Daarvoor heeft de rechter vele instrumenten tot zijn beschikking, variërend van — bijvoorbeeld — de comparitie na antwoord tot het ambtshalve vragen van inlichtingen op bepaalde punten. Ik wil hierbij een paar aantekeningen maken.

28. Lijdelijkheid kan door de rechter ook worden beschouwd als een hem ter beschikking staand stuk gereedschap. Dat staat in verband met het hiervoor reeds ter sprake gekomen vulgaire begrip van lijdelijkheid. Soms is het heerlijk om achterover te leunen en in raadkamer tegen elkaar te zeggen: wij gaan nu even lijdelijk zijn. Dat betekent: laat partijen het zelf maar uitzoeken en als zij het ons niet goed presenteren dan is het jammer. Die keuze kan gemaakt worden uit efficiency-overwegingen. Als bijvoorbeeld een proces vanaf den beginne door de advocaten dan wel door partijen in een foute sleutel is gezet en er eenvoudigweg niets meer te repareren valt. Wat zou de rechter dan nog moeten doen? Hij doet niets. Hij trekt even een extra toga aan — is (vulgaire) lijdelijk — en schrijft gelaten een vonnis of arrest. Er is dan geen recht gedaan maar dat geeft niet. Dat kan namelijk soms niet.

29. De mate van lijdelijkheid kan ook uit andere motieven variëren. Partij-autonomie komt tot de rechter via het medium 'de advocaat'. Het moet maar eens gezegd worden: de lijdelijkheid van de rechter en de kwaliteit van de advocaat dienen communicerende vaten te zijn. Naar mate de kwaliteit van de advocaat beroerder is, zal de rechter zich actiever dienen op te stellen en het gehele instrumentarium om het proces te beheersen uit de kast moeten halen.

29. Tenzij in de vorm van het exequatur.

Naarmate de advocaat meer niveau heeft, zal daartoe minder noodzaak bestaan. Op deze attitude hebben de rechtzoekenden recht. De mogelijke tegenwerping dat een partij zijn eigen advocaat kiest — het lijkt soms op: zijn eigen ongeluk kiest —, snijdt geen hout. Slechts weinig potentiële cliënten zullen voorafgaande aan hun keuze van een advocaat aan kwaliteitsvergelijking kunnen doen. Een voorbeeld ter verduidelijking: als tijdens een enquête blijkt dat een advocaat de laatste jaren de veranderingen in het recht omtrent het getuigenverhoor niet (geheel) heeft bijgehouden, kan (of dient) de rechter-commissaris (als dat dienstig lijkt) minimaal erop (te) wijzen dat in het heden ook de eigen partij als getuige kan worden voorgebracht.³⁰ Het hier geponeerde kan ook op een andere wijze worden benaderd: het beginsel van de verplichte procesvertegenwoordiging staat of valt met de kwaliteit van die vertegenwoordiging.

30. Vervolgens een opmerking met betrekking tot de lijdelijkheid ten opzichte van de door partijen gepresenteerde feiten, rakend aan het probleem van de materiële waarheid als van de procesrechtelijke waarheid te onderscheiden begrip. Star Busmann heeft al in een verleden opgemerkt dat de rechter in dezen een eigen taak heeft: partijen zijn verplicht 'de rechter aangaande betwiste feiten volledig en naar waarheid in te lichten', er bestaat in dezen 'een processuele mededelingsplicht' en de rechter is ook 'op zijn minst bevoegd zelfstandig mee te werken tot opheldering van de feitelijke grondslag van het geding. Ook zonder de aandrang van partijen mag hij maatregelen nemen, nodig om tegenstrijdige beweringen tot klaarheid te brengen'.³¹ Mijns inziens gaat de onderzoeksplicht van de rechter toch iets verder: waar twee tegenover elkaar staande partijen stellen dat zij in het aardedonker tijdens lunchtijd met hun auto's op elkaar zijn geknald en zij stellen niet tegelijkertijd een totale zonsverduistering of dat de aanrijding in de winter in noordelijk Noorwegen heeft plaatsgevonden, is er een probleem. De rechter kan dan niet zeggen: wel de processuele waarheid is dat het toen tijdens lunchtijd aardedonker was. Neen, hij dient dan toch de waarheid van het door partijen aangevoerde feit ter discussie te stellen. Het 'We're not arguing truth here, we're arguing evidence' kan niet in alle gevallen standhouden.³² Overeind blijft echter dat partijen zelf de feitelijke grondslag van hun geschil bepalen. Daarmee is echter slechts de uiterste grens van de onderzoeksplicht

30. Hier zal een deel van de balie het niet mee eens zijn. Ik voorspel een reactie, analoog aan die van H. van Son in haar bespreking van de oratie van Chorus in het *Advocatenblad* 1988 (jrg. 68), blz. 105: 'Het is duidelijk dat Chorus de lijdelijkheid maar niks vindt en daar zal niet vreemd aan zijn dat hij de afgelopen jaren rechter in een rechtbank resp. raadsheer in een hof is geweest. Ware hij advocaat dan zou hij met de gehele balie de mening zijn toegedaan dat de lijdelijkheid van de rechter juist het allergrootste goed van ons burgerlijk procesrecht is'.

31. C.W. Star Busman, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem 1972 (3e druk, bewerkt door L.E.H. Rutten), blz. 219.

32. Zie C.M. Sevilla, *Disorder in the court*, New York/London 1993, blz. 63.

van de rechter aangegeven.³³ Zolang hij niet buiten het debat van partijen treedt, is er weinig tot niets aan de hand.³⁴

31. De mate van activering van de onderzoeksplicht van de rechter hangt naar mijn mening ook samen met het type geding, waarvan partijen zich bedienen. In de bodemprocedure zijn een groot aantal waarborgen met betrekking tot de waarheidsvinding ingebouwd. Getuigen, eed, deskundigen etc. Daar is het bewijs nog 'de ziel van het proces'.³⁵ In de meeste kort gedingen kennen we echter alleen de informant. Dan moet de rechter terughoudender zijn met het aannemen van de waarheid van op die weg tot hem gekomen mededelingen omtrent feiten en tegelijkertijd persistenter zijn in zijn verhoor. Hij moet welhaast actiever zijn in het naar boven halen van de feitelijke grondslag van het geschil. In het spoed kort geding geldt dit mijns inziens a fortiori. Wiersma was overigens in 1983 al van mening dat het lijdelijkheidsbeginsel bij het kort geding praktisch geen rol speelt.³⁶ Ik ben het daarmee eens. Dat houdt verband met het (soms vergeten) karakter van het kort geding: een maatregel van orde.

32. Dat op dit gehele terrein een kentering merkbaar is, is ook af te lezen uit het in heden populaire gebruik van de uitdrukking 'naar de kern' dan wel 'de kern van het geschil' in vonnissen en arresten. Het gebruik van een zodanige terminologie duidt er veelal op dat de rechter de feitelijke grondslag van het hem voorliggende geschil herformuleert. Soms betekent dit dat de advocaten hem die grondslag niet naar zijn zin hebben gepresenteerd. Meestal betekent dit ook dat de rechter het standpunt van partijen, ontdaan van de juridische stofwolken, wil formuleren. Het geschil wordt weer herkenbaar.

33. Ik keer — ter afronding — terug naar de eens door Chorus met de dirigent getrokken vergelijking. De rechter blijve de dirigent, hij moet niet — bij wijze van spreken en met dank aan Chorus (maar die houdt meer van opera) — de klarinettist het instrument uit handen rukken en zelf gaan spelen.³⁷ Dat zal hem onder de vigueur van het huidige BW wel eens moeilijk vallen. Het aantal hem ter beschikking staande discretionaire bevoegdheden is immers aanzienlijk. Doch, bij de uitoefening van deze bevoegdheden dient één ding voorop te staan: de partij-autonomie. Wil de rechter — bijvoorbeeld — matigen dan zal het materiaal dat aan die beslissing ten grondslag ligt, hem toch minimaal door partijen moeten zijn verschaft. Zo niet, dan is het uitoefenen van een dergelijke bevoegdheid een slag in de lucht. Daarmee

33. Zie in dit verband HR 12 februari 1993, NJ 1993, 572.

34. Zie hieromtrent A.F.M. Brenninkmeijer in het hiervoor in noot 5 gememoreerde NJB-artikel, blz. 321 e.v.

35. Meijknecht, op. cit., blz. 11 en noot 61, Perrot aanhalend: 'il n'est pas excessif de dire que la preuve est l'âme du procès'.

36. K. Wiersma, l.c., blz. 132.

37. Chorus, op. cit., blz. 4: 'Zo een hoofdbeginsel voor het proces is even gek als voor de opera het beginsel van lijdelijkheid van de dirigent zou zijn. Natuurlijk, de dirigent mag niet hard meezingen met Tristan, Rodolfo, of met welke partij dan ook, maar we hebben er meer aan te weten wat hij nu wél moet doen, en trouwens ook wat van de partijen wordt verwacht'.

zou de rechter op de stoel van partijen gaan zitten en zijn eigen legitimiteit ondergraven.