

Het Interim-rapport in historisch perspectief

Citation for published version (APA):

van Rhee, C. H. (2004). Het Interim-rapport in historisch perspectief. In P. Ingelse (Ed.), *Commentaren op fundamentele herbezinning* (pp. 99-135). Ars Aequi. Prinsengrachtreeks No. 1

Document status and date:

Published: 01/01/2004

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

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

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

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

C.H. van Rhee, 'Het Interim-rapport in historisch perspectief', in: P. Ingelse (ed.), *Commentaren op fundamentele herbezinning* (Prinsengrachtreeks 2004/1, Gerechtshof Amsterdam), Nijmegen 2004, p. 99-135

HET INTERIM-RAPPORT IN HISTORISCH PERSPECTIEF *C.H. van Rhee*

0. Inleiding

Het bestaande burgerlijk procesrecht geeft aanleiding tot procedures die te kostbaar zijn en te lang duren. Het 'maatschappelijk beeld' is veranderd ten opzichte van het moment waarop dit procesrecht tot stand kwam. Meer dan in het verleden wordt geëist dat procedures snel en efficiënt worden afgehandeld. Het huidige procesrecht is niet meer van deze tijd.¹ Zie hier, in een notendop, de geluiden die tot op de huidige dag over het burgerlijk procesrecht in de Lage Landen te beluisteren vallen. Reeds in 1519 gaf de kanselier van keizer Karel V, die tevens heer der Nederlanden was, de toen nog jonge keizer het advies om toch vooral de juiste ambtenaren te zoeken om hem behulpzaam te zijn bij het vinden van middelen om tot een verkorting van de procedure te geraken.² Gezegd mag worden dat men gedurende het halve millennium dat ons van Karel en zijn ambtenaren scheidt, niet stil heeft gezeten. Een lijvig boekwerk zou kunnen worden gevuld met een opsomming van de hervormingsvoorstellen die sinds Karels tijd zijn gedaan en die ten dele ook werden geïmplementeerd.³ Het is de taak van het driemanschap Asser-Groen-Vranken (m.m.v. mevrouw mr. Tzankova) een nieuwe alinea aan dit boek toe te voegen, een alinea die hopelijk van fundamenteel belang zal blijken te zijn. Lezing van het door

¹ Zie bijvoorbeeld J.J. van Geuns, 'Preadvies betreffende de vraag: Welke wijzigingen behooren in de procesorde gebracht te worden, om, zonder aan de noodige waarborgen voor goed recht te kort te doen, eene spoedige afdoening der processen te bevorderen en opzettelijke belemmering en vertraging zooveel mogelijk tegen te gaan?', *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 12 (1881), 274; A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, *De wet van 7 juli 1896 (Stbl. No. 103) tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, 's-Gravenhage 1897, VII; P. Lucas, *Het burgerlijk proces in eersten aanleg*, Deventer 1939, 4; TK 1995-96, 24 651, nr. 3 (memorie van toelichting), 45; J.M. van Veggel, 'Versnelling en vereenvoudiging van procedures', in J.G.A. Linssen en J.B.M. Vranken (red.), *Ontwerp aanpassing Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer 1997, 75.

² In de oude spelling van die tijd (ik heb de accenten voor de leesbaarheid toegevoegd): 'C'est bien raison que ensuivant les vestiges du bon empereur Justinien votre Majesté césarea choisese de bonne heure les plus grands clercz que l'on pourra trouver pour entendre à la réformation desdites loix impériales, et pour adviser tous les moyens que l'on pourra trouver à la abbréviation des procès [...]'. Zie C. Bornate, 'Historia vite et gestorum per dominum magnum cancellarium', *Miscellanea di Storia Italiana*, deel 3, 17 (48) 1915, 408. Zie ook P.P.J.L. van Peteghem, *De Raad van Vlaanderen en staatsvorming onder Karel V (1515-1555). Een publiekrechtelijk onderzoek naar centralisatiestreven in de XVII Provinciën*, Nijmegen 1990, 44.

³ Een voorbeeld van vérgaande voorstellen uit de 16^e eeuw wordt besproken in mijn: 'Charles V, Civil Procedure and the Low Countries', in M. Storme en B. Hess (red.), *Discretionary Power of the Judge: Limits and Control*, Mechelen 2003, 9-21.

het driemanschap gepresenteerde *Interim-rapport Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht* doet vermoeden, dat de kans op dit laatste zeker aanwezig is. Desalniettemin gaat het hier om een zeer lastige problematiek. Dit is alleen al het geval vanwege het feit dat een gerealiseerde verkorting van de procedure en een reductie van kosten tot op heden altijd tijdelijke fenomenen zijn geweest. Een efficiënte, goedkope procedure heeft immers een aanzuigend effect en het resultaat hiervan is dat het systeem uiteindelijk (opnieuw) verstopt raakt.⁴ Toch is er naar mijn oordeel reden tot hoop, aangezien de aanpak van het driemanschap vernieuwend is, er goede studie is gemaakt van ervaringen in het buitenland, en uit het Interim-rapport blijkt dat de auteurs zich ervan bewust zijn dat moet worden nagedacht over de vraag hoe de gewenste veranderingen in de praktijk kunnen worden gerealiseerd. Van een blind vertrouwen op de werking van nieuwe regels alleen is geen sprake. Dat het driemanschap veel tegenwind ontmoet als reactie op het Interim-rapport⁵ ligt in de lijn der verwachtingen: een blik in de geschiedenis toont ons dat voorstellen die een fundamentele verandering in het civiele proces beogen te bewerkstelligen, zoals bijvoorbeeld het hierna te bespreken Ontwerp-Gratama uit 1920, het zonder uitzondering zwaar te verduren krijgen. De invoering van veranderingen wordt hierdoor nog wel eens uitgesteld dan wel afgesteld.

In hetgeen volgt, zal ik proberen het Interim-rapport in een historische context te plaatsen. Daarbij zal ik de totstandkoming van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering alsmede de ontwikkelingen op het gebied van het burgerlijk procesrecht in de honderd jaar na invoering van dit wetboek, dus de periode 1838-1938, in ogenschouw nemen. Het bleek helaas niet mogelijk te zijn de periode vanaf 1938 in kort bestek te behandelen. In die periode volgden de wetwijzigingen en wetsvoorstellen elkaar in zodanig rap tempo op, dat een afzonderlijk boek kan worden geschreven over deze materie. Ik acht mij van de verplichting dit boek te schrijven vooralsnog ontslagen, omdat de ontwikkelingen in de na-oorlogse periode door verschillende, eenvoudig toegankelijke studies goed in kaart zijn gebracht,⁶ terwijl deze ontwikkelingen bovendien bij een groot juristenpubliek bekend zullen zijn.

1. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1838

⁴ Zie bijvoorbeeld P.D. Carrington, 'Asbestos Litigation in the United States: Delay in Court and Premature Adjudication', in C.H. van Rhee (red.), *The Law's Delay. Essays on Undue Delay in Civil Litigation*, Antwerpen-Groningen 2004, 69-82.

⁵ Men raadplege bijvoorbeeld de reactie op het *Interim-rapport* van de President van de Hoge Raad en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad op www.rechtspraak.nl.

⁶ Zie voor een eerste oriëntatie bijvoorbeeld C.J.J.C. van Nispen, *De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht*, Deventer 1993; A.I.M. van Mierlo, 'Burgerlijk procesrecht? Welke commissie had U in gedachten?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 1998, 21-26.

1.1 Een wetboek op Franse grondslag

Met het burgerlijk procesrecht was het hier te lande aan het einde van de achttiende eeuw niet best gesteld. De lange duur en de hoge kosten van het procederen gaven aanleiding tot klachten. M.W. van Boven meldt dat zelfs in het buitenland de traagheid van de procesgang alhier bekend was. In 1796, dus op het moment dat op ons grondgebied de Bataafse Republiek was uitgeroepen, wendde J. Colas uit Duinkerken zich tot het vertegenwoordigend lichaam, dan nog ‘Nationale Vergadering’ geheten, ‘daar hij eenige procedures wilde entameeren tegens A. en W. Scharf te Amsterdam en daar hij geïnformeerd was, dat dikwerf de procedures in Holland twee jaaren en langer in suspensio worden gehouden’.⁷ Het moge dan ook geen verwondering wekken dat de arbeid aan een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met voortvarendheid ter hand werd genomen. De verschillende ontwerpen, die tussen 1798 en 1819 tot stand kwamen, zal ik echter niet uitgebreid bespreken.⁸ Hier volsta ik met de opmerking dat deze ontwerpen enige aandacht verdienen van de moderne jurist, die geïnteresseerd is in het ontwikkelen van ‘leidraden, manuals, practice directions, formulieren of reglementen’.⁹ De *Algemeene Manier van Procèdeeren* uit 1799 bevatte bijvoorbeeld standaardformulieren die uitdrukkelijk waren toegevoegd om ervoor te zorgen dat het beoogde procesrecht op uniforme wijze zou worden toegepast.¹⁰

Zoals bekend is geen van de ontwerpen uit de periode 1798-1819 in de praktijk toegepast. Wel is de Franse *Code de procédure civile* van belang geweest. Immers, deze *Code* werd in 1811 hier te lande ingevoerd door de inlijving van ons land bij het Franse keizerrijk, en hij zou ook na de herwonnen onafhankelijkheid in 1813, en wel tot 1838, blijven gelden. Zelfs na 1838, toen de eigen, nationale codificaties waren ingevoerd, bleef de Franse *Code* indirect een rol spelen, aangezien het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1838 in belangrijke mate was vormgegeven op basis van het Franse wetboek.¹¹ Dit nu mag opmerkelijk heten, zeker wanneer men de doelstellingen van de redactiecommissie van het Nederlandse wetboek in ogenschouw neemt, doelstellingen die werden verwoord door het lid van de commissie A.J. Barthélémy (1764-1832). Deze ‘Zuid-Nederlander’ (tussen 1815 en 1830 waren het huidige Nederland en België verenigd in het Koninkrijk der Nederlanden) vatte op 6 februari 1828,

⁷ M.W. van Boven, *De rechterlijke instellingen ter discussie. De geschiedenis van de wetgeving op de rechterlijke organisatie in de periode 1795-1811*, Nijmegen 1990, 36-37.

⁸ Zie hierover mijn ‘Pogingen tot codificatie van het burgerlijk procesrecht in de Lage Landen bij de Zee (1798-ca. 1819)’, *Pro Memorie* 2003, 66-95 en 264-287.

⁹ *Interim-rapport*, 259.

¹⁰ C.H. van Rhee, *Pogingen* (a.w.), 73-74.

¹¹ De nauwe band met het Franse wetboek mag blijken uit het belang dat ook na 1838 aan Franse procesrechtelijke handboeken werd gehecht. Cosman en Hartogh merken nog in 1897 op: ‘[W]ij [zijn] van oordeel [...], dat de bestaande Nederlandsche en Fransche werken omtrent de rechtsleer en rechtspraak voldoende in de behoeften onzer juristen voorzien’ (mijn cursivering, CHvR). Zie A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., XL.

tijdens de beraadslagingen over het ontwerp-wetboek in de Tweede Kamer, de taak waarvoor de redactiecommissie zich gesteld had gezien aldus samen:

‘[U]ne marche était à régler pour arriver à un but connu, celui de trouver la justice en s’appuyant sur la vérité. [...] [L]a tâche de la Commission consistait principalement à classer avec ordre, clarté et simplicité, à rechercher l’économie des frais et formalités, pour arriver au but avec célérité sans gêner les parties dans le développement de leurs moyens’.¹²

Volgens Barthélémy dient het procesrecht een samenspel te zijn van de meest eenvoudige, doeltreffende en goedkope middelen om de rechter in te lichten over de waarheid van de door partijen aangevoerde feiten ‘ten einde daarop het regt dat zij inroepen naar billijkheid te kunnen toepassen’.¹³ Interessant is dat Barthélémy in dit kader een tamelijk actieve rechter schetst, iets dat voor diegenen die dachten dat de gehele 19^e eeuw kan worden gezien als een tijdperk waarin de lijdelijkheid hoogtij vierde, als een verrassing zal komen.¹⁴ Immers, het lid van de redactiecommissie merkt op dat aan de rechter een zekere discretionaire bevoegdheid dient te worden gelaten om het procesrecht aan zijn doel te doen beantwoorden, bijvoorbeeld wat betreft het oproepen en raadplegen van deskundigen, de gerechtelijke plaatsopneming, de ondervraging van partijen, het sluiten van de debatten, het terugroepen van partijen tot het punt van geschil als zij dreigen af te dwalen, het toestaan van uitstel en het bevelen van al hetgeen noodzakelijk is alvorens vonnis kan worden gewezen. Barthélémy schetst, kortom, een rechter die, althans tot op zekere hoogte, middelen heeft om actief op te treden, hetgeen ook tegenwoordig nog als één van de oplossingen voor een trage procesgang wordt gezien, getuige bijvoorbeeld het Interim-rapport.¹⁵

Zoals ik stelde, is het opmerkelijk dat de redactiecommissie het Franse wetboek tot uitgangspunt heeft genomen. Immers, geconcludeerd moet worden dat dit wetboek ofwel hetgeen de commissie voor ogen stond niet weerspiegelde, ofwel zodanig kon worden geïnterpreteerd en toegepast, dat het resultaat ervan ver ten achter bleef bij hetgeen de commissie voor ogen stond. Voor de waarheidsvinding, bijvoorbeeld, zal het niet bevorderlijk zijn geweest dat volgens het Franse wetboek de partijen zelf veelal niet in onmiddellijk contact met de rechter behoeften te worden gebracht, zoals tijdens de beraadslaging in 1828 in de Tweede Kamer over het Nederlandse

¹² J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Kamers der Staten-Generaal over het ontwerp van Wetboek van Burgerlijke Regtspleging*, deel 1, 's-Gravenhage 1885, 4-5.

¹³ J. van den Honert, *Handboek voor de burgerlijke regtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam 1839, 149.

¹⁴ Zie hierover ook J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding. Een vergelijkend onderzoek naar de mate van zeggenschap van de rechter in de civiele dagvaardings- en verzoekschriftprocedure en in administratieve procedures*, Groningen 1991, 22.

¹⁵ Zie hoofdstuk 6 van het *Interim-rapport*.

ontwerp-rechtsvordering werd opgemerkt.¹⁶ Ook op het vlak van een vlotte afdoening ‘scoorde’ dit wetboek laag; in de Tweede Kamer verwees het Kamerlid Daam Fockema, dat onder koning Lodewijk Napoleon betrokken was geweest bij de totstandkoming van het *Wetboek op de Regterlijke Instellingen en Regtspleging in het Koninkrijk Holland* (1809),¹⁷ naar ‘den ontzettenden achterstand van zaken, welke bij eene menigte der tegenwoordige regterlijke collegiën bestaat’.¹⁸ Deze achterstand werd door het Kamerlid onder andere geweten aan het feit dat zaken die volgens de gewone procedure¹⁹ werden afgehandeld, niet permanent op de rol stonden maar gedurende de loop van de zaak van die rol verdwenen en dan door de belanghebbende partij (‘de meeste gereede partij’) ter verdere behandeling opnieuw op de rol moesten worden gebracht²⁰ (bijvoorbeeld bij het uitwijzen van een exceptie of een incident). Door het gekozen stelsel was de rechter buiten staat op de voortgang van een zaak voldoende controle uit te oefenen.

Ondanks de gesignaleerde gebreken in de Franse *Code* wees de redactiecommissie de meeste andere mogelijke voorbeelden van burgerlijk procesrecht van de hand. In de eerste plaats konden de oorspronkelijke procesrechten van de gebieden waaruit het Koninkrijk der Nederlanden bestond, op weinig sympathie rekenen. De redactiecommissie brak dan ook resoluut met de codificatiepogingen uit de periode 1798-1819, toen werd getracht een procedure vorm te geven die (mede) terugging op voorbeelden uit de Lage Landen zelf.²¹ Het argument voor deze andere benadering was dat er in de Lage Landen voor de invoering van de Franse *Code* te grote verschillen op procesrechtelijk vlak bestonden,²² een argument dat sommige Kamerleden niet vermocht te overtuigen. Zij gaven de voorkeur aan een burgerlijk procesrecht met een meer nationaal karakter. Het al eerder genoemde Kamerlid Daam Fockema behoorde tot deze groep. Dit Kamerlid had onder andere bezwaar tegen het feit dat de verzoekschriften om rechtsingang, bekend uit onder andere het Hollandse procesrecht (Hof van Holland en Hoge Raad van Holland en Zeeland), niet in het ontwerp-wetboek voorkwamen. Deze verzoekschriften vormden volgens hem een belangrijk instrument waarmee processen konden worden voorkomen (zie *infra*).

Bij alle lof van Daam Fockema voor de oude procesrechten uit de Lage Landen, moet echter wel worden aangetekend dat het Kamerlid niet blind was voor de gebreken ervan. Interessant voor de hedendaagse lezer is zijn

¹⁶ J.J.F. Noordziek I, a.w., 32 (Daam Fockema).

¹⁷ Zie hierover mijn ‘Pogingen tot codificatie’, a.w.

¹⁸ J.J.F. Noordziek I, a.w., 32.

¹⁹ Zie *infra* voor het onderscheid tussen de gewone en de summere procedure.

²⁰ J.J.F. Noordziek I, a.w., 32 (Daam Fockema).

²¹ Zie hierover mijn ‘Pogingen tot codificatie’, a.w.

²² J.J.F. Noordziek I, a.w., 5 (Barthélémy).

opmerking dat het een gebrek van het oude Hollandse procesrecht was, dat men begon te pleiten ‘met gedekte schotels’.²³ Ook in de jaren twintig van de negentiende eeuw zagen sommigen het dus reeds als een probleem dat partijen hun kruut droog hielden.

Maar laten wij terugkeren naar de commissie van redactie. Die was van mening dat voorbeelden uit de Duitse gebieden en Engeland evenmin voldeden bij de vormgeving van het Nederlandse procesrecht. De afwijzende houding van de commissie lijkt echter niet het resultaat te zijn geweest van gebreken die aan het licht waren gekomen bij serieuze bestudering van deze procesrechten. Dit blijkt uit de redengeving. Het Duitse territorium kwam namelijk niet in aanmerking aangezien ‘en grande partie ce pays est encore réglé par des chancelleries plus militaires que civiles’, terwijl men met betrekking tot Engeland een gemeenplaats aanhaalde die luidde dat ‘cet empire [Engeland, CHvR] est pour ainsi dire régi par une jurisprudence, dont l’existence est subordonnée à la mémoire des jurisconsultes, et ne présente qu’un chaos à débrouiller’.²⁴ Het enige voorbeeld dat in de ogen van de commissie van redactie genade vond, is de *Code Bellot* van Genève uit 1819. Artikel 19 van het Wetboek van 1838 (waarover hierna meer) werd eruit overgenomen en daarbij bleef het grotendeels. De redacteuren van het Nederlandse wetboek hadden nog wel meer uit de *Code Bellot* willen overnemen, ware het niet dat Genève in de ogen der redactiecommissie te klein was om als voorbeeld te dienen.²⁵

1.2 Het Wetboek van 1838 in het licht van het Interim-rapport

Het Wetboek van 1838 komt in grote lijnen overeen met het Franse voorbeeld. Een belangrijke afwijking vormt artikel 19 van het Nederlandse wetboek, dat zoals opgemerkt uit de *Code Bellot* is overgenomen. Dit artikel werd mede toegevoegd, omdat de zogenoemde ‘preliminaire conciliatie’ van het Franse wetboek werd afgeschaft.²⁶ Het is interessant om de beraadslaging over artikel 19 en de preliminaire conciliatie in de Tweede Kamer nader te bezien in het licht van de vraag hoe procedures voorkomen kunnen worden, een vraag die in het Interim-rapport de nodige aandacht krijgt.²⁷

²³ J.J.F. Noordziek I, a.w., 30.

²⁴ J.J.F. Noordziek I, a.w., 4-5 (Barthélémy).

²⁵ J.J.F. Noordziek I, a.w., 5 (Barthélémy). Hiertegen werd terecht geprotesteerd door G. Beelaerts van Blokland (1772-1842) en wel in de volgende bewoordingen: ‘[...] ik zou mij niet laten weerhouden door de bedenking, dat hetzelfde is gemaakt voor een’ kleinen Staat, in bevolking nauwelijks gelijk staande met één van onze arrondissementen; want zoodanige bedenking zou, op zijn best genomen, toepasselijk kunnen zijn op de regtsgedingen voor den hoogen raad; maar in die, welke voor de arrondissements-regtbanken en kantongerechten gebragt worden, zou hetgeen waar, goed en doelmatig is voor één arrondissement, ook waar, goed en doelmatig zijn voor honderd’ (J.J.F. Noordziek, a.w., 46-47).

²⁶ Voor uitgebreide informatie over de preliminaire conciliatie, zie C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, Deventer 1970; idem, *Conciliatie en Justitie*, Rotterdam 1986; H.J.M. van Dapperen, *De vrederechter in Nederland, 1811-1838*, Rotterdam 1991.

²⁷ Zie hoofdstuk 7 van het *Interim-rapport*.

Volgens de Franse wetgeving dienden partijen hun geschil, alvorens zij hun zaak voor de gewone rechter aanhangig konden maken, in de meerderheid van de gevallen verplicht voor te leggen aan de vrederechter (vergelijkbaar met de latere Nederlandse kantonrechter) om te beproeven of een minnelijke schikking tot de mogelijkheden behoorde. De vrederechter vervulde in dit kader slechts de rol van bemiddelaar. In het geval dat hij partijen niet tot een vergelijk kon brengen, was de gewone rechter bevoegd voor behandeling van het eigenlijke geschil. Daarmee was het voor de vrederechter als ‘schikkende rechter’ niet nodig zich in zijn optreden zodanig op te stellen dat hij, indien een minnelijke schikking uitbleef, zonder meer de rol van bemiddelaar kon verlaten om weer als geschilbeslechter te kunnen handelen.²⁸ Immers, de rol van geschilbeslechter had hij niet na een mislukte conciliatiepoging. In de Tweede Kamer werd van gedachten gewisseld over het nut van deze zogenoemde preliminaire conciliatie. Het meerderheidsstandpunt werd verwoord door het Kamerlid dat stelde: ‘Il est en jurisprudence, comme en beaucoup d’autres choses, de belles théories qui paraissent présenter de grands avantages, que la pratique fait évanouir; telle est la conciliation préliminaire [...]’.²⁹ Theoretisch deugde de preliminaire conciliatie dus wel, maar in de praktijk viel het allemaal wat anders uit. Deze opvatting ligt in de lijn van de opvatting van de bekende Amsterdamse advocaat Joannes van der Linden, die in de toelichting op een door hem gepresenteerd ontwerp-wetboek uit 1807-1808 in verband met de preliminaire conciliatie voor de vrederechter reeds opmerkte dat men in het geval dat conciliatie wordt ingevoerd ‘dagelijks zien zal, dat vele onwillige partijen, zich niet aan hun [men leze thans ‘hen’, i.e. de vrederechters, CHvR] bekreunen zullen, maar geheel wegblijven, wanneer de weg tot justitie geopend moet worden’.³⁰

Men zocht de oorzaak van het niet-slagen van de preliminaire conciliatie vooral in het feit dat ze voorafging aan de behandeling van de zaak voor de bevoegde rechter. In de beginfase van het proces zijn partijen vaak volkomen overtuigd van hun gelijk, zo werd gesteld.³¹ Partijen krijgen pas tijdens de procedure voldoende zicht op de zwakke en sterke kanten van hun betoog en dat van hun tegenstrever. Dientengevolge zijn zij pas op dat moment eventueel bereid water in de wijn te doen. In een preliminaire fase, zo dacht men, zullen zij de rechter echter niet wensen in te lichten omtrent de merites van hun geschil uit vrees schade toe te brengen aan hun zaak. Het resultaat is dat de rechter in deze fase niet over adequate kennis beschikt om

²⁸ Vgl. *Interim-rapport*, 55.

²⁹ J.J.F. Noordziek I, a.w., 15 (Le Clercq).

³⁰ J. van der Linden, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808*, heruitgave met enige nog onuitgegeven stukken verzorgd door J.Th. de Smidt, Amsterdam 1967, 300. Het vierde boek van het ontwerp bevat de regels omtrent de burgerlijke rechtspleging.

³¹ J.J.F. Noordziek I, a.w., 16 (Le Clercq).

partijen tot een vergelijk te brengen. Preliminare conciliatie is daarmee vooral een formaliteit die leidt tot niets dan nodeloze kosten en vertraging.³²

Het lijkt erop dat deze overwegingen niets aan actualiteit hebben ingeboet, zij het dat tegenwoordig niet de preliminare conciliatie onderwerp van debat vormt, maar het al dan niet verplicht stellen van *mediation*. In het Interim-rapport waarschuwt het driemanschap in dit kader voor ‘rituele dansen, ontevredenheid en [...] een negatieve beeldvorming’.³³ Uit het rapport spreekt de bewustheid van het feit dat een eventuele schikking slechts kan worden bewerkstelligd, als in de voorfase voldoende zicht op de zaak kan worden gekregen. Immers, hierdoor kan bij partijen de bereidheid ontstaan om het eigen standpunt te heroverwegen.³⁴ Van dit alles was, zoals wij zagen, in het kader van de preliminare conciliatie geen sprake, waardoor zij op een mislukking uitliep.

Wij keren terug naar de beraadslagingen in de Tweede Kamer in 1828. Tijdens deze beraadslagingen vroeg een enkel Kamerlid zich af, of het mislukken van de preliminare conciliatie niet vooral te wijten was aan een gebrek aan vaardigheden bij de vrederechter dan wel aan een slechte organisatie van het vredegerecht.³⁵ Immers, partijen tot een vergelijk brengen is geen eenvoudige zaak. In de woorden van het Interim-rapport: ‘Dat vereist in ieder geval vakmanschap in technische zin [...] en voorts allerlei sociale vaardigheden [...]’.³⁶ Mogelijkerwijze zouden de Kamerleden die in 1828 over de preliminare conciliatie beraadslaagden het eens zijn geweest met de stelling van het driemanschap, dat ‘het in het algemeen goed [zou] zijn wanneer rechters in hun opleiding hierop getraind worden en technieken aangeleerd krijgen die hen helpen om desgewenst aan te sturen op de [...] schikking die wij op het oog hebben’.³⁷

In de Kamer werd ook gewezen op een eventuele andere oorzaak die de preliminare conciliatie heeft doen mislukken en die niet noodzakelijkerwijze noopt tot het uitspreken van een doodvonnis over dit instituut: de griffier van het vredegerecht zou beter worden betaald voor het opstellen van een acte van non-conciliatie dan van een acte van conciliatie.³⁸ Deze en de voorgaande redenen maken, dat niet iedereen er zeker van was dat de preliminare conciliatie een slechte zaak kon worden genoemd. Sterker, nog in de eerste helft van de twintigste eeuw schrijft P. Lucas in zijn proefschrift, dat de ervaringen met conciliatie in Frankrijk helemaal niet zo slecht waren. Voor zover er problemen konden worden gesignaleerd, was

³² Vgl. J.J.F. Noordziek I, a.w., 15 e.v. (Le Clercq).

³³ *Interim-rapport*, 58.

³⁴ *Interim-rapport*, 97. Zie voor de pre-processueel schikkende rechter en feitenvergaring in een vroeg stadium ook *Interim-rapport*, 117 en 124-125.

³⁵ J.J.F. Noordziek I, a.w., 50 (De Muelenaere).

³⁶ *Interim-rapport*, 28.

³⁷ *Interim-rapport*, 54.

³⁸ J.J.F. Noordziek I, a.w., 54 (Warin).

dit volgens deze auteur vooral een gevolg van misbruiken, bijvoorbeeld van het feit dat zich in enkele grote steden ‘een practijk [heeft] gevormd [...] waarbij in plaats van de partijen zelf een procureurs- of deurwaardersbediende verschijnt met een volmacht die hem verbiedt te schikken’.³⁹ Desalniettemin werd, zoals bekend, de preliminaire conciliatie in Frankrijk in 1949 afgeschaft.

Maar laten wij (opnieuw) terugkeren naar de eerste helft van de 19^e eeuw en de debatten in de Nederlandse Tweede Kamer. Men trof in die Tweede Kamer ook uitgesproken voorstanders van conciliatie aan. Het Kamerlid Daam Fockema wijst erop dat conciliatie van oudsher in de Lage Landen werd toegepast.⁴⁰ Dit hing zijns inziens samen met het feit dat voor de hogere hoven van justitie slechts kon worden geprocedeerd, indien men hiertoe door middel van een verzoekschrift, gericht aan de hoge overheid, toestemming had bekomen.⁴¹ In dit verzoekschrift dienden de merites van de zaak uitvoerig te worden geschetst, uitvoeriger dan het geval was in de inleidende processtukken van het Franse wetboek. In het kader van de toestemmingsprocedure kon dan op basis van deze gegevens worden gezien of een minnelijke schikking tot de mogelijkheden behoorde⁴² (iets dat, het moet gezegd worden, in de praktijk niet vaak gebeurde).⁴³ Daam Fockema was van mening dat dit een goede aanpak vormde; juist in de beginfase van het proces, voordat de zaak op de rol kwam, moest een minnelijke schikking worden geëntameerd, aangezien een schikking in een latere fase zijns inziens lastig was. Hij bekritiseerde het ontwerp-wetboek dan ook, omdat het geen inleidende verzoekschriften kende waardoor de rechter volgens hem pas op een laat tijdstip, dat wil zeggen tijdens de pleidooien, goed zicht op de zaak verkreeg. De zaak verkeerde dan in een zo ver gevorderd stadium, dat de gemaakte kosten partijen ervan konden weerhouden de zaak in der minne te schikken.⁴⁴

Daam Fockema was niet succesvol in zijn streven de uit de oude Nederlandse praktijk bekende verzoekschriften om rechtsingang opnieuw te doen invoeren. In plaats van conciliatie werd uiteindelijk het eerdergenoemde artikel 19 in het Nederlandse wetboek opgenomen, een artikel dat, zoals gesteld, afkomstig was uit de *Code Bellot* van Genève. In het oorspronkelijke wetsvoorstel luidde dit artikel luidt als volgt:

³⁹ P. Lucas, a.w., 114.

⁴⁰ J.J.F. Noordziek I, a.w., 34-36. Zie hierover ook C.M.G. ten Raa, *De oorsprong* (a.w.), hoofdstuk 2.

⁴¹ Zie hierover bijvoorbeeld mijn *Litigation and Legislation. Civil Procedure at First Instance in the Great Council for the Netherlands in Malines (1522-1559)*, Brussel 1997, hoofdstuk 4.

⁴² J. van der Linden, *Verhandeling over de Judicieele Practijc of Form van Procedeeren voor den Hoven van Justitie in Holland gebruikelijk*, deel 1, Leiden 1794, 113-114.

⁴³ Het vereiste van toestemming voor rechtsingang dankte zijn ontstaan dan ook niet aan de doelstelling een minnelijke schikking te bewerkstelligen. Zie hierover C.M.G. ten Raa, *De oorsprong* (a.w.), 176 e.v.

⁴⁴ J.J.F. Noordziek I, a.w., 34-36.

‘De regter kan in alle gevallen en in elken stand van de zaak partijen gelasten, om in persoon voor zich of één of meer kommissarissen te verschijnen, ten einde zich te vereenigen’.⁴⁵

Anders dan bij een succesvolle preliminaire conciliatie, werden door artikel 19, waarvan de tekst voor afkondiging van het wetboek nog enigszins werd gewijzigd,⁴⁶ geen processen voorkomen. Immers, de rechter kon krachtens dit artikel slechts een schikking beproeven als de zaak reeds te zijner kennis was gekomen. Het artikel sloot daarmee aan op de opvatting van diegenen in de toenmalige Tweede Kamer, die van oordeel waren dat schikkingspogingen voorafgaand aan het proces zinloos zijn aangezien partijen dan nog onvoldoende zicht hebben op de merites van de zaak. Toch kon het artikel wel enige ontlasting van het gerecht ten gevolge hebben, zeker in zaken waar een schikking in een relatief vroeg stadium van de procedure werd bewerkstelligd. Echter, door zijn vrijblijvende formulering (‘de rechter *kan* partijen gelasten’), alsmede door het feit dat in de tweede helft van de negentiende eeuw de ‘lijdelijkheid’ van de rechter werd verheven tot een belangrijk beginsel van het burgerlijk procesrecht,⁴⁷ werd van de door artikel 19 geboden mogelijkheid door de rechter weinig gebruik gemaakt.⁴⁸

Deze terughoudendheid zal door sommige Kamerleden zijn toegejuicht. Het Kamerlid A. Warin (1772-1852) bijvoorbeeld, was van oordeel dat de rechter misbruik kon maken van artikel 19. De rechter zou zijns inziens met te veel klem op een vereniging der partijen kunnen aandringen wanneer ‘hij zich mogt verlegen vinden met de beslissing der zaak’.⁴⁹ Dit nu was nadelig voor partijen, aangezien zij door een minnelijke schikking hun recht van appel verloren. De vrees van Warin heeft nog niets aan actualiteit ingeboet. Zo wordt in het Interim-rapport in het kader van ‘court-annexed mediation’ opgemerkt: ‘Het tweede aspect dat onder ogen gezien moet worden, is het (natuurlijk) overwicht en de autoriteit van de rechter. Die spelen een rol bij het bereiken van een bemiddelingsresultaat, in die zin dat partijen in een bepaalde richting gedwongen worden. Het is een feit van algemene bekendheid dat dit niet zelden het geval is’.⁵⁰

⁴⁵ J. van den Honert, a.w., 172.

⁴⁶ De uiteindelijke redactie luidde: De regter kan in alle gevallen en in elken stand der zaak, wanneer dezelve hem voor minnelijke schikking vatbaar schijnt, hetzij op verzoek van partijen of van ééne derzelve, hetzij ambtshalve, partijen gelasten om in persoon of door of met derzelve praktizijns, voor zich of voor een of meer regters-commissarissen te verschijnen, ten einde eene vereeniging te beproeven, wordende, indien eene minnelijke schikking tot stand komt [etc.].

⁴⁷ R. van Boneval, *Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht*, deel I, Leiden 1893, 110-116; J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip*, Deventer 1987; J.E. Bosch-Boesjes, a.w., 23-27.

⁴⁸ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., XXIX; P. Lucas, a.w., 153.

⁴⁹ J.J.F. Noordziek I, a.w., 54.

⁵⁰ *Interim-rapport*, 55.

De regeling van artikel 19 Rv is een constante gebleven in het Nederlandse procesrecht, getuige het huidige artikel 87 Rv. Nog altijd *kan* de rechter in elke stand van het geding een schikkingscomparitie bevelen. Echter, het artikel is in een ander daglicht komen te staan door de wetwijziging van 1 januari 2002 (Stbl. 2001, 580). Immers, het toen ingevoerde artikel 131 van het wetboek bepaalt positief dat de rechter een verschijning van partijen ter terechtzitting als bedoeld in artikel 87 (of artikel 88) *beveelt, tenzij* hij oordeelt dat de zaak daarvoor niet geschikt is. Desalniettemin moet worden geconstateerd dat de bestaande wetgeving voor een schikkingscomparitie ter voorkoming van een geding, dus een comparitie vóór de aanvang van het proces, nog altijd geen aanknopingspunten biedt, buiten het geval dan van een schikkingscomparitie in het kader van een voorlopig getuigenverhoor.⁵¹ Dit valt te betreuren, aangezien een dergelijke comparitie bij toereikende randvoorwaarden mogelijkwijze succesvol is. Het is daarom bemoedigend dat in het Interim-rapport aandacht wordt besteed aan een mogelijke pre-processuele schikkingscomparitie. Hierbij worden valkuilen die in de negentiende eeuw werden gesignaleerd, vermeden. Immers, in het rapport is aandacht voor informatieverschaffing door partijen in een vroeg stadium.⁵² Bovendien worden de vaardigheden van de rechters en het ondersteunend personeel dat bij de pre-processuele schikkingscomparities betrokken is in voldoende mate in het oog gehouden.⁵³

Een ander onderwerp dat zich in enige belangstelling kon verheugen tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer gedurende de jaren twintig van de negentiende eeuw over het Ontwerp-Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, een onderwerp dat ook in het Interim-rapport centraal staat, betreft de vraag in hoeverre de rechter actief dan wel lijdelijk dient te zijn. In de Kamer had men sympathie voor het streven van de redactiecommissie om een snel en efficiënt procesrecht vorm te geven, maar men was bang dat het ontwerp in dit kader aan de rechter al te veel discretionaire bevoegdheden liet. De rechter zou zich namelijk wel eens te actief kunnen opstellen. Het Kamerlid H.M.A.J. van Asch van Wijck (1774-1843) was daarenboven van oordeel dat de ontwerpers van het wetboek in het bijzonder oog hadden voor de verplichtingen van de partijen, en te weinig voor de verplichtingen des rechters. Dit Kamerlid sprak tevens zijn verbazing uit over het feit dat het ontwerp de rechter juist in de feitelijke instanties veel speelruimte liet, terwijl dit in cassatie minder het geval was.⁵⁴

De opvatting van de redactiecommissie in dezen, zoals verwoord door Barthélémy, komt erop neer dat juist in het kader van het feitenonderzoek aan de rechter zekere discretionaire bevoegdheden moeten worden gelaten.

⁵¹ Artikel 191 Rv zoals ingevoerd op 1 januari 2002.

⁵² *Interim-rapport*, 96, 125.

⁵³ *Interim-rapport*, 28.

⁵⁴ J.J.F. Noordziek I, a.w., 163-164.

Het achterhalen van de waarheid zou zonder deze speelruimte niet goed mogelijk zijn. Aangezien er in cassatie van feitenonderzoek uit de aard der zaak geen sprake is, behoeven de discretionaire bevoegdheden van de rechter daar minder uitgebreid te zijn.⁵⁵ Barthélémy benadrukt overigens dat zijns inziens het Nederlandse ontwerp aan de rechter in de tweede feitelijke instantie ook al veel minder speelruimte laat dan het Franse wetboek.⁵⁶

In de Kamer waren niet alleen geluiden te horen die de nadruk legden op een beperking van de bewegingsvrijheid van de rechter. Het Kamerlid Daam Fockema wilde de bevoegdheden van de rechter op het vlak van de termijnen uitbreiden. Fockema stelde voor nauwkeurig aantekening te doen houden van de uitstellen die in een specifieke zaak werden verleend in speciaal daarvoor in te richten registers, waarmee het dan voor de rechter mogelijk zou zijn om toezicht te houden op de naleving van de door de wet gestelde termijnen. Wanneer de rechter zou constateren dat de termijnen voor een bepaalde proceshandeling verstreken waren, diende hij, aldus Fockema, ambtshalve, zonder enig verzoek van partijen af te wachten, de voortgang van de zaak te bevelen. Hierop diende slechts één uitzondering te worden gemaakt, namelijk wanneer beide partijen in een door hen getekend verzoekschrift extra uitstel verlangden.⁵⁷

De door Daam Fockema voorgestelde regeling is er niet gekomen, ondanks het feit dat het Kamerlid zich uitstekend verdedigde tegen tegenwerpingen dat de rechter zich door deze actieve opstelling zou begeven buiten zijn eigenlijke taakgebied. Fockema stelde het volgende:

‘Men zegge niet: “de regter moet alleen op verzoek regt doen, en op de voorgestelde wijze wordt de regter bemoeijelijkt met zaken, welke niet tot zijne eigenschappen behooren”. Ik stem gereedelijk toe, dat de regters in geene zaken moeten regt spreken, dan waarin zij tot dat einde geroepen zijn; doch ik laat het daaruit afgeleid gevolg geenszins toe. De regter wordt bij den regts-ingang verzocht om tusschen partijen regt te spreken; de wet verplicht partijen, ten einde de regtszaken eenen geregelden loop en eene gepaste ontwikkeling bekomen, om zich te bedienen van verdedigers. De regter, eens verzocht, moet op de uitvoering der wetten, en de vastgestelde termijnen letten; en hij moet dàar, waar hij zelf moet werkzaam zijn, zonder nadere tusschen beide komende verzoeken, ambtshalve werken, en alzoo voor “goed, spoedig en min kostbaar regt” zorgen’.⁵⁸

Het Kamerlid was zijn tijd ver vooruit, zo zal de lezer die de jongste debatten over deze materie heeft gevolgd geredelijk met mij eens zijn.⁵⁹ De

⁵⁵ J.J.F. Noordziek I, a.w., 167.

⁵⁶ J.J.F. Noordziek I, a.w., 130.

⁵⁷ J.J.F. Noordziek I, a.w., 33.

⁵⁸ J.J.F. Noordziek I, a.w., 33.

⁵⁹ Zie *Interim-rapport*, hoofdstuk 6.

geschiedenis heeft geleerd dat de tegenstanders van Fockema, dat wil zeggen de Kamerleden die zich zorgen maakten over een al te actieve rechter, zich ten onrechte zorgen maakten. In de 19^e eeuw werd, zoals wij zagen, de lijdelijkheid van de rechter tot beginsel verheven,⁶⁰ hetgeen tot gevolg had dat de rechter van zijn discretionaire bevoegdheden spaarzaam gebruik maakte. Hoewel intussen op dit vlak belangrijke veranderingen zijn gerealiseerd, verdient het onderwerp nog altijd alle aandacht. De opvattingen van het driemanschap Asser-Groen-Vranken zijn in dit kader stellig als vernieuwend te karakteriseren, in ieder geval voor Nederland. Het driemanschap is immers van oordeel dat denken in termen van lijdelijkheid en partij-autonomie niet meer van deze tijd is. In het proces dient sprake te zijn van samenwerking gericht op het realiseren van de doelstellingen van het proces.⁶¹ Die samenwerkingsgedachte nu, vinden we als zodanig niet in de 19^e-eeuwse discussie terug. In de negentiende eeuw, en ook in de eeuwen daarvoor, wordt het burgerlijk proces namelijk vooral gezien als een gereglementeerde strijd, waarbij het uitputten van de wederpartij een geaccepteerde techniek is om de overwinning te behalen. Hier ligt zeker een van de oorzaken van de traagheid van de civiele procedure. De samenwerkingsgedachte van het driemanschap verdient dan ook alle aandacht, waarbij wel moet worden aangetekend dat de ervoor vereiste cultuuromslag niet eenvoudig zal zijn te realiseren.

2. De Lex Hartogh (1896)

2.1 De periode 1838-1896

Het ontwerp-wetboek, dat in de jaren twintig van de negentiende eeuw onderwerp was van beraadslaging in de Kamers der Staten-Generaal, werd na de afscheiding van België, die feitelijk haar beslag kreeg in 1830, slechts op min of meer ondergeschikte punten gewijzigd. Men heeft getracht het ontwerp te ‘vernederlandsen’, maar het resultaat hiervan was vooral dat een klein aantal procesrechtelijke figuren, die wel in het oudvaderlandse recht bekend waren maar die als zodanig in de Franse *Code de procédure civile* en daarom ook in het Nederlandse ontwerp-wetboek ontbraken, werd ingevoerd. Gedacht moet bijvoorbeeld worden aan het voorlopig getuigenverhoor (toen nog zonder de mogelijkheid van de bij de wetswijziging van 1 januari 2002 ingevoerde comparitie). Aandacht voor het wegnemen van die gebreken van het Franse model die hadden geleid tot traagheid en een ophoping van hangende zaken was er in de periode 1830-1838 nauwelijks. Van de relatief korte termijnen die het wetboek voorschreef, mocht geen heil worden verwacht gezien de overvloed van regels die kwaadwillende partijen in de gelegenheid stelden de procesgang te rekken⁶² (een aantal van deze regels zal hierna worden besproken).

⁶⁰ R. van Boneval, a.w., 110-116; J.M.J. Chorus, a.w.; J.E. Bosch-Boesjes, a.w.

⁶¹ *Interim-rapport*, 78.

⁶² A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., XVI.

Eigenlijk had het voor de hand gelegen dat het wetboek spoedig na zijn invoering aan een grondige revisie zou worden onderworpen. In 1841 stelde S.P. Lipman reeds: ‘Vele aangewezen gebreken vertoonen zich echter in de vastgestelde proces-orde, en de praktijk bevestigt ook in dit opzigt dagelijks meer en meer de noodzakelijkheid eener algeheele herziening’.⁶³ Daarvan kwam het echter niet. Tot in de jaren vijftig van de negentiende eeuw bleef het betrekkelijk stil op het vlak van procesrechtelijke wetgeving, terwijl enige wetsontwerpen van meer fundamentele aard, die in de periode 1850-1880 werden voorgesteld, uiteindelijk niet tot wetswijziging leidden.⁶⁴ De eerste fundamentele herziening van het wetboek zou het resultaat zijn van het privé-initiatief van het Kamerlid A.F.K. Hartogh, die het ‘aanzijn’ gaf aan de bekende *Lex Hartogh* van 7 juli 1896. Deze wet beoogde een aanpassing van het wetboek vooral in die zin, dat kwaadwillende partijen zo veel mogelijk de pas werd afgesneden. Op een beperkt aantal punten opende de wet voor de rechter de mogelijkheid om meer actief op te treden.

2.2 Fundamentele veranderingen in 1896

De *Lex Hartogh* pakte een aantal fundamentele problemen bij de horens. De doelstelling van Hartogh was weinig verrassend, namelijk ‘betere handhaving van het recht in hoofdzaak door vereenvoudiging en bespoediging der procedure en door uitbreiding der middelen tot bewaring van ieders rechten’.⁶⁵ Daarbij moest een keuze worden gemaakt tussen ‘het verlenen van meer invloed aan den rechter op den gang van het proces’ of het wegnemen van die elementen in het bestaande wetboek die partijen in staat stelden het proces opzettelijk te rekken door gebruik (misbruik) te maken van de door het wetboek geoorloofde middelen⁶⁶ (vgl. thans *Interim-rapport*, p. 16, onder punten 5 en 6). Uiteindelijk werd voor de laatste oplossing gekozen, aangezien tegen de eerste benadering het bezwaar bestond

‘eensdeels dat de rechter tijdens den loop van het geding de gegevens mist ter juiste beoordeeling of het wenselijk is om van zijne macht gebruik te maken en partijen tot meerderen spoed aan te zetten, zoo noodig te dwingen, - ten andere, dat het niet kan geschieden zonder inbreuk te maken op de vrijheid, welke men aan de partijen en dus ook aan de raadslieden, welke zij zich kozen [...], wenscht te laten om te procederen op zoodanige wijze als zij het wenschten’.⁶⁷

⁶³ S.P. Lipman, *Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering ... vergeleken met het Romeinsche en Fransche Regt*, Amsterdam z.j., VI.

⁶⁴ Het gaat hier om een wetsontwerp uit 1855, ingediend door Minister van Justitie D. Donker Curtius (zie *Bijlagen van het verslag der handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal* 1855-56, 297-309), een wetsontwerp uit 1865-1867 (Boeken 1-3 werden in 1865 door A.A. de Pinto uitgegeven te 's-Gravenhage; in 1867 gaf dezelfde ook de boeken 4-5 uit) en een wetsontwerp van Minister van Justitie Van Lijnden van Sandenburg uit 1877.

⁶⁵ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., XIV.

⁶⁶ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., XV-XVI.

⁶⁷ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., XV-XVI.

Ik zie af van behandeling van de wijzigingen die de *Lex Hartogh* bevatte ten aanzien van de middelen ‘tot bewaring van ieders rechten’. Wat betreft de overige wijzigingen beperk ik mij, mede om dit artikel niet al te zeer in omvang te doen groeien, tot bespreking van:

- (1) het verheffen van de door het Wetboek van 1838 geregelde summiere procesgang tot standaardprocedure, onder afschaffing van de oorspronkelijke standaardprocedure;
- (2) het afschaffen van de mogelijkheid ‘statering’ van het geding te verzoeken;
- (3) het verbod een groot aantal exceptieve verweren afzonderlijk, de een na de ander, voor te stellen en hierover afzonderlijk te procederen, zo nodig in twee of drie instanties; en
- (4) de invoering van de mogelijkheid om de rechter bij incidenteel of interlocutoir vonnis te laten verklaren dat hoger beroep van dit vonnis slechts mogelijk is tegelijk met het beroep ten principale.

2.2.1 De summiere procedure als standaardprocedure

Het Wetboek van 1838 kende verschillende wijzen van behandeling voor burgerlijk zaken. Er was, om het in de woorden van het Interim-rapport te zeggen, sprake van ‘differentiatie van procedures’.⁶⁸ Het hoofdonderscheid was dat tussen de gewone wijze van behandelen, in de vakliteratuur met een aan de Romano-canonieke procedure ontleende term ook wel aangeduid als *solemnis ordo judicarius*, en de summiere procedure,⁶⁹ een onderscheid dat via de *Code de procédure civile* (1806) afkomstig was uit de zogenoemde *Code Louis*, een belangrijke Franse procesrechtelijke regeling uit 1667. Dit onderscheid werd niet gemaakt in de *Code Bellot* van Genève, die slechts één wijze van behandelen kende, maar hoewel het Geneefse wetboek door de commissie van redactie van het Nederlandse wetboek was geraadpleegd, had men het klaarblijkelijk niet nodig geoordeeld het onderscheid tussen de gewone wijze van behandelen en de summiere procedure af te schaffen. Dit nu bleek geen goede handelwijze te zijn geweest. Immers, de gewone wijze van behandelen raakte in de praktijk al snel in onbruik.⁷⁰ Waarom veelal voor de summiere procedure werd gekozen, is in het licht van een opmerking van Hartogh en Cosman onduidelijk. Zij stellen namelijk dat hoewel de summiere procedure oorspronkelijk bedoeld was om een meer spoedige afhandeling van de zaak te garanderen, in de praktijk de duur van een procedure niet afhankelijk was van de vraag of zij gewoon dan wel summier werd behandeld.⁷¹ Toch zullen er wel voordelen aan de summiere

⁶⁸ *Interim-rapport*, 129.

⁶⁹ Hiernaast kende het wetboek twee andere wijzen van behandelen, de procedure op korte termijnen (artikelen 7 en 137 van het oorspronkelijke wetboek; zie tegenwoordig artikel 117 Rv), en de behandeling bij geschrifte (artikelen 162-175 van het oorspronkelijke wetboek).

⁷⁰ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., XV.

⁷¹ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., XIV-XV.

procedure verbonden zijn geweest. P. Lucas stelt bijvoorbeeld, anders dan Hartogh en Cosman, dat de summiere procedure ‘stellig sneller en goedkooper’ was.⁷²

Een der belangrijkste verschillen tussen de gewone wijze van behandelen en de summiere procedure bestond hierin, dat bij uitwijzing van een exceptie of een incident, voor zover sprake was van de summiere behandeling, ‘de zaak niet van de rol gaat, doch de rechter in zijn vonnis tevens den dag bepaalt, waarop zij weder ter rolle zal worden opgeroepen’.⁷³ Met andere woorden, de summiere procedure stelde de rechter in staat enige controle op de voortgang van de zaak uit te oefenen. Indien echter de gewone wijze van behandelen was gekozen, verdween de zaak in de geschetste gevallen van de rol en diende ‘de meeste gerede partij’ de zaak opnieuw op de rol te brengen. Zoals wij zagen, stelde Daam Fockema dat de ‘meest gerede partij’, in ieder geval tijdens de gelding van de Franse *Code* hier te lande, nog wel eens niet kwam opdraven, hetgeen tot vertragingen moet hebben geleid.⁷⁴

Andere verschillen tussen de gewone wijze van behandelen en de summiere procedure waren, dat in de summiere procedure slechts één schriftelijke ronde, d.w.z. conclusie van eis en antwoord, was toegestaan (zie de oorspronkelijke artikelen 138 en 139 Rv), een regel waaraan in de praktijk niet de hand werd gehouden,⁷⁵ terwijl bij de gewone wijze van behandelen meer conclusies mogelijk waren. Daarnaast vond het horen van getuigen in de gewone procedure achter gesloten deuren plaats, terwijl dit in de summiere procedure in het openbaar diende te gebeuren,⁷⁶ een voorschrift waarmee in de praktijk ook de hand werd gelicht.⁷⁷

De summiere procedure werd door de *Lex Hartogh* tot standaardprocedure verheven, met dien verstande dat op het vlak van het aantal toegestane conclusies het in de praktijk ontstane gebruik werd gevolgd, namelijk dat partijen niet beperkt waren tot één schriftelijke ronde. De door de *Lex Hartogh* ingevoerde regeling was zodanig, dat de vraag of na de conclusie van antwoord nog een schriftelijke ronde mogelijk was, afhing van de vraag of de eiser na antwoord nog behoefte had aan een nadere conclusie. Indien dit het geval was, waren een conclusie van repliek en dupliek toegestaan. Als partijen vervolgens eenstemmig verklaarden verdere conclusies te

⁷² P. Lucas, a.w., 119. Zie ook J.E. Bosch-Boesjes, a.w., 26.

⁷³ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., 11-12.

⁷⁴ Het is daarom opmerkelijk dat volgens Hartogh en Cosman na invoering van het Wetboek van 1838 de wijze van behandeling van zaken geen invloed had op de duur van de procedure. Zie hiervóór.

⁷⁵ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., 64.

⁷⁶ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., 93.

⁷⁷ In de literatuur werd deze handelwijze bestreden. Zie P. Lucas, a.w., 121.

willen nemen, had de rechter de bevoegdheid dit ook toe te staan (artikel 142 Rv).⁷⁸

Wat betreft de termijnen voor het nemen van conclusies huldigde de *Lex Hartogh* eveneens een zeer liberaal standpunt (ook hier werd aangesloten bij de bestaande praktijk): de duur van het benodigde uitstel werd geheel in de handen van partijen gelegd. Slechts wanneer partijen het niet eens waren over de termijnen diende de rechter in te grijpen. In andere gevallen gold de regel dat ‘partijen gedurende het voldingen der zaak vrij zijn in haar doen en laten, zolang onderling verschil of meer dan gewone uitbreiding van het schriftelijk debat ze niet onder ’s rechters macht brengt’.⁷⁹

Wanneer wij nu het bovenstaande vergelijken met de voorstellen uit het Interim-rapport, moet gesteld worden dat de aanpak zoals neergelegd in de *Lex Hartogh* op belangrijke punten afweek. Anders dan in het Interim-rapport is er bijvoorbeeld geen sprake van een gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen om efficiënt te procederen, maar wordt onder meer de vraag hoeveel conclusies er worden gewisseld en de vraag naar de termijnen voor conclusiewisseling geheel aan het oordeel van partijen overgelaten. Het feit dat volgens de tot standaardprocedure verheven summiere procedure de zaak op de rol bleef, vermocht hier niets aan af te doen. Immers, de rechter werd hierdoor wel een controlemogelijkheid op de duur van het proces geboden, maar hij stond met lege handen wanneer hij constateerde dat de partijen de termijnen zodanig hadden vastgesteld dat er zijns inziens sprake was van een te lange duur.

2.2.2 *Het verdwijnen van het stateringsincident*

Wij keren terug naar 1838, naar de regeling die het wetboek oorspronkelijk wat betreft de termijnen voor het nemen van conclusies voorschreef. Artikel 151 van het oorspronkelijke wetboek lijkt een strak regime voor te schrijven wat betreft deze termijnen. Het artikel bepaalt namelijk dat de termijnen ‘stiptelijk’ moeten worden nagekomen, ‘tenzij de belanghebbende partij aantoonde dat zij ter harer verdediging bewijsstukken behoeft, en buiten de mogelijkheid is dezelve binnen den gewonen termijn voort te brengen, in welk geval de rechter op verzoek van de belanghebbende partij statering van het geding kan verleenen, gedurende eenen bepaalden tijd, zullende de uitspraak daarop aan hooger beroep onderworpen zijn’. Hiermee zijn wij bij een goed voorbeeld aangekomen van een regel die door een kwaadwillende partij kon worden aangegrepen om het proces te vertragen ondanks het feit dat de termijnen ‘stiptelijk’ moesten worden nagekomen. Wat was namelijk het geval? Artikel 151 werd door de wetgever in het leven geroepen om tegemoet te komen aan het gerechtvaardigd verlangen van partijen om extra uitstel indien bewijsstukken niet op tijd konden worden overgelegd. Echter,

⁷⁸ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., 65-66.

⁷⁹ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., 68.

in de praktijk kon ook een partij die absoluut geen extra tijd nodig had, veinzen dat dit het geval was. Hoewel haar wederpartij hiertegen in het geweer kon komen, werd hiermee een zogenoemd stateringsincident gecreëerd, dat in drie instanties kon worden uitgeprocedeerd, gedurende welke tijd de hoofdzaak stillag. Een weinig aantrekkelijk vooruitzicht.

Om aan dit misbruik een halt toe te roepen, schafte de *Lex Hartogh* het stateringsincident af en werd in een nieuw artikel 143 de algemene bepaling ingevoerd dat, indien tussen partijen geschil ontstond over de termijn voor het nemen van conclusie, de rechter over het gevraagde uitstel beslist ‘daarbij ook lettende op den tijd, welken de belanghebbende partij mogt aantonen te behoeven, ten einde zich de noodige bewijsstukken te verschaffen’. Hoger beroep tegen deze beslissing stond volgens Hartogh en Cosman niet open, en, zo stelden zij, indien men in de praktijk van mening mocht zijn dat hoger beroep toch mogelijk was, dan behoefde dit niet schadelijk te zijn wat betreft de duur van het proces in eerste aanleg. De auteurs verwezen hiertoe naar het in 2002 afgeschafte onderscheid tussen preparatoire, provisionele, interlocutoire en incidentele vonnissen⁸⁰ (tegenwoordig vallen deze vonnissen onder de algemene noemer ‘tussenvonnis’). Voor zover men de beslissing over het uitstel voor conclusie al onder een van deze soorten tussenvonnissen wilde brengen, kon volgens Hartogh en Cosman slechts worden besloten dat sprake was van een preparatoir vonnis. Aangezien tegen preparatoire vonnissen volgens de toenmalige artikelen 46 j^o 336 Rv slechts mocht worden opgekomen tegelijk met het hoger beroep tegen het eindvonnis, kon van vertraging in de behandeling van de hoofdzaak geen sprake zijn.

De aandacht die in de *Lex Hartogh* uitging naar het voorkomen van vertraging door misbruik van procesrecht, is ook thans nog nodig. In het Interim-rapport wordt in een voetnoot opgemerkt dat momenteel onder invloed van artikel 6 EVRM de tijdigheid van rechtspraak als een verantwoordelijkheid van rechter en partijen wordt gezien. Echter, dit betekent niet, aldus dezelfde voetnoot, ‘dat de in het vervolg van de tekst [van het Interim-rapport, CHvR] vermelde voorbeelden van traineren van de procedure thans door de rechter niet meer toegelaten worden. Het mag nog steeds’.⁸¹

2.2.3 Afschaffing van de mogelijkheid om een aantal exceptieve verweren afzonderlijk voor te stellen

Een tweede voorbeeld van een regeling in het oorspronkelijke Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1838 die zich leende voor het traineren van het proces door misbruik van procesrecht, betreft de exceptieve verweren. Dat exceptieve verweren konden worden misbruikt, was geen nieuw

⁸⁰ Het begrip ‘incidenteel vonnis’ werd overigens ingevoerd door de *Lex Hartogh* zelf.

⁸¹ *Interim-rapport*, 41, voetnoot 55.

verschijnsel en in de ontwerpen die in de periode 1798-1819 verschenen,⁸² werd dan ook getracht aan deze situatie een halt toe te roepen.⁸³ Slechts een klein aantal met name genoemde excepties mocht gezamenlijk, voorafgaand aan het verweer ten principale, worden voorgesteld, terwijl alle andere excepties met dit verweer verenigd dienden te worden. Echter, toen men in de jaren twintig van de negentiende eeuw de Franse *Code de procédure civile* tot uitgangspunt nam bij het vormgeven van een nieuw Nederlands burgerlijk procesrecht, raakte dit streven op de achtergrond. Het resultaat was dat volgens het oorspronkelijke Wetboek van 1838 een aanzienlijk aantal exceptieve verweren afzonderlijk, voor het verweer ten principale, mocht worden voorgesteld (artikelen 152-161). Hoewel de rechter zich hieraan in de praktijk niet altijd hield,⁸⁴ diende hij volgens artikel 161 van het oorspronkelijk wetboek op deze afzonderlijk voorgestelde exceptieve verweren bij afzonderlijk tussenvonnissen gemotiveerd te beslissen, terwijl over dit vonnis vervolgens bovendien in verschillende instanties kon worden voortgeprocedeerd. Intussen lag de behandeling van de zaak ten principale stil. Verweerders die de zaak op de lange baan wilden schuiven, konden van deze regeling gebruik maken door het na elkaar voorstellen van excepties, zelfs als reeds bij voorbaat vaststond dat zij kansloos waren. Het mag daarom niet verwonderlijk heten dat op zeker moment maatregelen waren vereist om misbruik tegen te gaan. Het is de *Lex Hartogh* waarin deze maatregelen werden getroffen: vanaf het einde van de negentiende eeuw bepaalt het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat alle excepties (met één uitzondering) met het (eerste) verweer ten principale verenigd dienen te worden. Excepties die op dat moment niet zijn voorgesteld, kunnen niet op een later tijdstip alsnog worden bijgebracht.⁸⁵ Opvallend is dat zowel de oorspronkelijke regel, volgens welke de excepties afzonderlijk, de een na de ander, konden worden geïntroduceerd, als de regeling van de *Lex Hartogh* (mede) hun oorsprong vonden in een streven naar efficiency. Immers, aan de regel dat excepties afzonderlijk mochten worden voorgedragen, lag de gedachte ten grondslag de verweerder niet te belasten met het formuleren van een volledig verweer, waar een succesvol deilverweer, bijvoorbeeld een exceptief verweer van onbevoegdheid, de zaak mogelijkerwijze tot een einde zou brengen. Op haar beurt had ook de regeling in de *Lex Hartogh* tot doel de efficiency van het proces te vergroten, namelijk door te voorkomen dat de zaak werd getraïneerd door het na elkaar voorstellen van excepties.

Met de *Lex Hartogh* waren niet alle problemen rond de exceptieve verweren van de baan. Immers, volgens het stelsel van deze wet waren geschillen

⁸² Zie over deze ontwerp-wetgeving in het algemeen mijn 'Pogingen tot codificatie', a.w.

⁸³ Zie hierover mijn 'Exceptiones Dilatoriae and Peremptoriae: From Roman Law to Modern Civil Procedure in the Netherlands', in L. de Ligt e.a. (red.), *Viva Vox Iuris Romani. Essays in Honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam 2002, 307-308.

⁸⁴ A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman, a.w., XVIII.

⁸⁵ Artikel 141 lid 2 oud Rv. Thans artikel 128 lid 3 Rv.

omtrent de vraag welk verweer als exceptief in de zin van artikel 141 lid 2 Rv was aan te merken niet denkbeeldig. Zo diende de Hoge Raad kort na de introductie van de wet te beslissen over zogenoemde peremptoire excepties.⁸⁶ Het gaat hierbij om exceptieve verweren die, indien zij met succes worden voorgesteld, ertoe leiden dat tussen dezelfde partijen niet opnieuw over dezelfde zaak kan worden geprocedeerd (bijvoorbeeld de exceptie van gewijsde zaak). De vraag waarover de Hoge Raad diende te beslissen was of peremptoire excepties ook aan de regel van de gelijktijdige introductie met het (eerste) verweer ten principale waren onderworpen. De Raad besliste uiteindelijk van niet en stelde de peremptoire excepties effectief gelijk aan verweer ten principale. Het resultaat van deze beslissing was dat deze excepties op elk moment in de procedure konden worden voorgesteld, voor zover er althans in eerste instantie enig verweer ten principale was gevoerd. Daarmee was de rol van de peremptoire excepties uitgespeeld; zij verdwenen als categorie uit de handboeken. Ook een andere onderscheiding, die tussen zogenoemde declinatoire, dat wil zeggen procesrechtelijke excepties, waarmee bijvoorbeeld de bevoegdheid van de rechter werd bestreden, en dilatoire, dat wil zeggen procesvertragende excepties zoals de exceptie dat de schuld nog niet opeisbaar is, raakte op de achtergrond. Een laatste opleving van het onderscheid, overigens zonder dat de termen ‘declinatoire’ en ‘dilatoire’ expliciet werden gebruikt, zien wij in een arrest dat in 1993 door de Hoge Raad werd gewezen.⁸⁷ Naar mijn smaak keert dit arrest zich vooral tegen de categorie van excepties die in de negentiende eeuw en daarvoor werd aangeduid met het adjectief ‘dilatoire’. Immers, de Hoge Raad besliste dat als excepties in de zin van artikel 141 oud Rv slechts procedurele w⁸⁸ kunnen worden beschouwd. Aangezien het bij procedurele w⁸⁸ in het merendeel der gevallen gaat om w⁸⁸ die men eertijds aanduidde als declinatoire excepties, betekende deze uitspraak mijns inziens goeddeels het einde van de dilatoire excepties.

Men kan zich de vraag stellen in hoeverre de hiervóór beschreven ontwikkeling tot een wenselijk resultaat heeft geleid. Excepties waren vooral daarom zo schadelijk, omdat zij aanleiding gaven tot een incident dat de behandeling van de zaak ten gronde schorste. Dit behoeft thans niet meer het geval te zijn; een beperking van het aantal excepties is vanuit dit

⁸⁶ HR 6 mei 1904, W 8063.

⁸⁷ HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 374. Zie ook de conclusie bij dit arrest van de toenmalige A-G Asser, thans lid van het driemanschap, alsmede Assers artikel ‘Rechtsvordering, de geschiedenis voorbij?’, in M.E. Franke e.a. (red.), *Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht* (BW-krant jaarboek 1994), Arnhem 1994, 46-48.

⁸⁸ In de memorie van toelichting bij het intussen ingevoerde wetsontwerp 26 855, 108, worden de volgende voorbeelden van procedurele w⁸⁸ gegeven: nietigheid van de dagvaarding (voorheen geclassificeerd als een declinatoire exceptie), onbevoegdheid van de rechtbank (voorheen geclassificeerd als een declinatoire exceptie), ontbreken van de bevoegdheid als procespartij op te treden (in het verleden bestond onduidelijkheid over de vraag hoe deze exceptie moest worden geclassificeerd), en het recht om zich als erfgenaam gedurende zekere tijd te beraden (de laatste exceptie werd in het verleden als een dilatoire exceptie geclassificeerd).

oogpunt niet nodig. Sterker nog, momenteel zou een ruime uitleg van het begrip exceptie naar mijn mening procesversnellend kunnen werken. Immers, op basis van het aan artikel 141 lid 2 Rv (oud) qua betekenis (zij het niet woordelijk) gelijklopende nieuwe artikel 128 lid 3 Rv, dient exceptief verweer in een vroeg stadium van de procedure te worden voorgesteld. Indien nu veel weren als exceptief te kwalificeren zouden zijn, zou dit tot een flinke concentratie van de procesvoering leiden. Thans is het echter zo dat het begrip exceptie op grond van de hiervóór weergegeven rechtspraak van de Hoge Raad beperkt moet worden uitgelegd, zodat de verweerder meer dan vroeger in staat is een belangrijk deel van zijn verweer op een laat tijdstip naar voren te brengen. Anders dan exceptief verweer kan de verweerder namelijk volgens de tekst van artikel 128 lid 3 Rv zijn verweer ten principale (dat nu ook verweer omvat dat voorheen als exceptief werd gekwalificeerd) op elk moment in de procedure naar voren brengen, als hij althans maar een begin van dit verweer heeft voorgesteld tegelijk met de exceptieve weren. Men moet zich daarbij echter wel bedenken dat de rechter op basis van de wetwijziging van 1 januari 2002 een aantal instrumenten in handen heeft gekregen om dit tegen te gaan. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan artikel 131 Rv, dat de comparitie na antwoord voorschrijft tenzij de zaak voor deze comparitie naar het oordeel van de rechter niet geschikt is, gelezen in combinatie met artikel 132 lid 2 Rv, dat de rechter de mogelijkheid biedt het nemen van verdere conclusies na comparitie niet toe te staan. Om de gewenste concentratie te verkrijgen, is echter thans, gezien deze regeling, een actief optreden van de rechter vereist. De oude regeling gecombineerd met een ruime uitleg van het begrip exceptie zou concentratie automatisch ten gevolg hebben gehad. Nu het zeer onwaarschijnlijk is dat het begrip exceptie opnieuw een ruime uitleg zal krijgen, is de in het Interim-rapport gepropageerde cultuuromslag, gericht op onder andere een actief optreden van de rechter om de doelstellingen van het proces te realiseren, broodnodig.

2.2.4 Het verbod tussentijds hoger beroep tegen een incidenteel of interlocutoir vonnis in te stellen

Zoals wij eerder zagen, kende het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vóór de wetwijziging van 1 januari 2002 verschillende categorieën tussenvonnissen. Tussenvonnissen konden preparatoir, incidenteel, interlocutoir of provisioneel van aard zijn, waarbij moet worden aangetekend, dat het Wetboek van 1838 zoals dat oorspronkelijk luidde de categorie ‘incidentele vonnissen’ niet kende. Wat betreft al deze tussenvonnissen gold de regel, dat hiervan zonder meer tussentijds in beroep kon worden gegaan, met uitzondering van de preparatoire vonnissen, waarvan slechts beroep tegelijkertijd met beroep tegen het eindvonnis mogelijk was (oorspronkelijk artikel 336 j^o artikel 337 Rv). Een dergelijk beroep schorste de behandeling van de zaak ten principale, en het moge duidelijk zijn dat deze regeling zich leende voor misbruik door partijen die op vertraging van de procesgang uit waren. Om aan dit misbruik een halt toe

te roepen, werd door de *Lex Hartogh* de regel ingevoerd dat de rechter in interlocutoire en incidentele vonnissen kon bepalen, dat beroep ertegen slechts tegelijkertijd met beroep tegen het eindvonnis mogelijk was (artikel 337 lid 2 Rv na wijziging door de *Lex Hartogh*: ‘tussentijds appel, tenzij’), een regel waarvan P. Lucas in de jaren dertig van de twintigste eeuw opmerkte dat de rechter er in de praktijk nauwelijks gebruik van maakte.⁸⁹ Slechts wat betreft provisionele vonnissen bleef het liberale regime van het oorspronkelijke wetboek gelden (artikel 337 lid 1 Rv na wijziging door de *Lex Hartogh*).

Het op 1 januari 2002 gewijzigde Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gaat een belangrijke stap verder dan de *Lex Hartogh*. Thans bepaalt artikel 337 Rv dat slechts tegen tussenvonnissen waarin de rechter heeft bepaald dat dit mogelijk is, tussentijds beroep kan worden ingesteld (d.w.z. ‘geen tussentijd appel, tenzij’), met uitzondering van vonnissen waarbij een voorlopige voorziening wordt getroffen (de oude categorie ‘provisionele vonnissen’). Het driemanschap wil nog een stap verder gaan. Uitgesproken wordt dat de regel ‘geen tussentijds appel, tenzij’ voor alle tussenvonnissen moet gelden.⁹⁰ Dit lijkt een juiste regeling, omdat zij garandeert dat de mogelijkheid van tussentijds appel slechts wordt geboden nadat de rechter hierover grondig heeft nagedacht (het zou mijns inziens goed zijn als de rechter van zijn nadenken blijf zou moeten geven door een motivering die meer om het lijf heeft dan dat er ‘termen’ aanwezig zijn het beroep toe te laten). Volgens de thans bestaande regeling staat tussentijds appel tegen vonnissen waarbij een voorlopige voorziening wordt getroffen van rechtswege open; de rechter behoeft hieraan in zijn tussenvonnis geen overweging te wijden. Immers, slechts een afwijking van de gewone regel, dat wil zeggen toepassing van de tenzij-formule, behoeft motivering.

3. Ontwikkelingen in de periode 1900-1920

3.1 Inleiding

Na invoering van de *Lex Hartogh* bleven klachten over het burgerlijk procesrecht bestaan. Die klachten betroffen onder andere de ondergeschikte rol die het mondelinge element in de procedure speelde. Ook op het vlak van de rechterlijke bedrijvigheid waren er problemen. In de periode rond de wisseling van de negentiende en twintigste eeuw werden in andere landen, met als belangrijkste voorbeeld Oostenrijk,⁹¹ daarentegen juist pogingen gedaan het geschrift terug te dringen ten gunste van mondelinge elementen,

⁸⁹ P. Lucas, a.w., 140.

⁹⁰ *Interim-rapport*, 210.

⁹¹ Zie hierover bijvoorbeeld H. Hofmeister (red.), *Forschungsband Franz Klein (1854-1926). Leben und Wirken*, Wenen 1988; W. Jelinek, ‘Einflüsse des österreichischen Zivilprozessrechts auf andere Rechtsordnungen’, in W.J. Habscheid (red.), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld 1991, 41-89.

terwijl de rechter een actieve rol in het proces werd gegeven. Doel hiervan was de procesgang te bespoedigen en de rechter in staat te stellen zijn oordeel te gronden op de materiële waarheid, iets waar ook de samenstellers van het Interim-rapport naar streven. Zo stellen zij met betrekking tot de waarheidsvinding: ‘Het is van maatschappelijk belang dat de rechterlijke beslissingen berusten op de realiteit en niet op wat door strategie en tactiek van de procespartijen tot “formele waarheid” in het geding is geworden’.⁹²

De ontwikkelingen op dit vlak na invoering van de *Lex Hartogh* zijn de volgende. In 1907 wijdt de Nederlandse Juristenvereniging een vergadering aan het procesrecht en hier staat, evenals in 1881 en 1891, de lijdelijkheid van de rechter centraal. Het voor de vergadering van 1907 uitgebrachte preadvies van J.P.A.N. Caroli geeft een goed inzicht in de procesrechtelijke problemen die in Nederland aan het begin van de 20^e eeuw werden gesignaleerd. Zeer modern klinkt Caroli’s opvatting over functie en taak van de rechter. Deze dienen volgens hem niet vanuit privaatrechtelijk, maar vanuit publiekrechtelijk perspectief benaderd te worden⁹³ (Daam Fockema sprak, zoals wij zagen, in 1828 reeds woorden van dezelfde strekking). De samenstellers van het Interim-rapport zeggen ditzelfde krap 100 jaar na Caroli aldus: ‘Tegen de achtergrond van dit alles kan niet worden aanvaard dat het civiele proces een zaak is die louter en alleen de procederende partijen aangaat. Het civiele proces is geen private rechtspraak die door de overheid ter beschikking wordt gesteld. De partijen betreden de publieke ruimte - het forum [...] - en maken gebruik van de diensten die de gemeenschap ter beschikking stelt. Dat schept verantwoordelijkheden en verplichtingen tegenover de gemeenschap’.⁹⁴

Drie wetsontwerpen tot modernisering van het burgerlijk procesrecht mogen als een uitvloeisel van de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging worden gezien. Naast het Ontwerp-Gratama uit 1920, dat in deze paragraaf centraal staat, gaat het om een ontwerp van de Nederlandse Juristenvereniging zelf uit 1911 (hierna ook NJV-ontwerp) en een ontwerp van de Vrijzinnig Democratische Bond uit 1912 (hierna ook VDB-ontwerp).⁹⁵ Deze laatste twee ontwerpen vonden in belangrijke mate hun weerklink in het ontwerp van de Staatscommissie Gratama.

In het hiernavolgende zal ik schetsen tot welke fundamentele koerswijziging het Ontwerp-Gratama zou hebben geleid indien het was ingevoerd (hetgeen

⁹² *Interim-rapport*, 80. Zie ook artikel 21 Rv zoals dit thans luidt.

⁹³ J.P.A.N. Caroli, in *Handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging 1907*, deel I, 48: ‘Het processtelsel behoort tot het gebied van het publiek recht [...]’; *Ibidem*, 50: ‘Ik geloof ernstig dat het tijd is om de beschouwing, welke in een proces niets meer ziet dan een twist over ‘slechts’ een privaatrecht, los te laten en te vervangen door het publiekrechtelijk gezichtspunt’. Zie ook J.E. Bosch-Boesjes, a.w., 40.

⁹⁴ *Interim-rapport*, 63.

⁹⁵ Dit laatste ontwerp is te kennen uit *Herziening van het burgerlijk proces. Verslag aan het hoofdbestuur van den Vrijzinnig-Democratischen Bond* (februari 1912).

uiteindelijk niet is gebeurd). Aangezien het ontwerp vooral wat betreft de procedure in eerste aanleg belangrijke vernieuwingen bevat, zal ik mij op deze procedure concentreren.

3.2 *Het Ontwerp-Gratama*⁹⁶

Doel van de Staatscommissie-Gratama was het tot stand brengen van een wetboek dat aanleiding zou geven tot een geconcentreerde, efficiënte procesgang waarbij recht werd gedaan aan het belang van onmiddellijkheid en een mondelinge behandeling.⁹⁷ Uitgangspunt was dat de rechter zijn oordeel zo veel mogelijk op de materiële waarheid diende te (kunnen) baseren.⁹⁸ Bij mijn weergave van de manier waarop de Staatscommissie een dergelijke procesgang probeerde vorm te geven, zal ik hetgeen Vranken in zijn *Algemeen Deel* van de Asser-serie opmerkt tot leidraad nemen. Vranken stelt daar dat de mogelijkheid om te oordelen op basis van een juist en volledig inzicht in de feitelijke grondslag van het geschil afhankelijk is van een aantal factoren (factoren die mijns inziens tevens van belang zijn bij de vraag of een bepaald procesrecht al dan niet aanleiding geeft tot een efficiënte procesgang). Vranken noemt: (1) in hoeverre de procedure overwegend mondeling of schriftelijk verloopt (een schriftelijke procedure bergt zijns inziens veel meer dan een mondelinge het gevaar in zich van onduidelijkheden, verkeerd begrijpen en niet volledig zijn),⁹⁹ (2) de mate waarin de rechter bedrijvig kan zijn,¹⁰⁰ (3) de vraag in hoeverre op partijen de verplichting rust over en weer informatie te geven over wat ze weten¹⁰¹ en (4) de mate van deformalisering van het procesrecht.¹⁰² Ik zal de door de Staatscommissie-Gratama voorgestelde hervormingen onder deze kopjes bespreken, waarbij ik aandacht besteed aan verwante gedachten uit het Interim-rapport. Ik voeg een kopje ‘Overige vernieuwingen’ toe, om een aantal interessante hervormingen in het ontwerp, die niet onder een der andere kopjes kunnen worden gebracht, aldaar te behandelen.

3.2.1 *Mondelinge rechtspleging*

De verschillende wetsontwerpen die aan het begin van de twintigste eeuw in Nederland op het terrein van het procesrecht verschenen, stonden sterk onder buitenlandse invloed. Van bijzondere betekenis was het Oostenrijkse voorbeeld. Oostenrijk bezat sinds 1898 een zeer modern procesrechtelijk wetboek waarmee goede ervaringen waren opgedaan. Een van de uitgangspunten van dit wetboek was dat het directe contact tussen rechter en

⁹⁶ Zie hierover uitgebreid mijn ‘Ons tegenwoordig sukkelproces: Nederlandse opvattingen over de toekomst van het burgerlijk procesrecht rond 1920’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2000, 331-346.

⁹⁷ Zie ook *Toelichting-Gratama*, 5.

⁹⁸ *Toelichting-Gratama*, 1.

⁹⁹ Asser-Vranken, 9-10. Zie ook A.F.M. Brenninkmeijer, *Burgerlijk procesrecht als publiekrecht*, Zwolle 1993, 45.

¹⁰⁰ Asser-Vranken, 22.

¹⁰¹ Asser-Vranken, 12.

¹⁰² Asser-Vranken, 18.

partijen bevorderd diende te worden. Daarbij werden procedures opgesplitst in twee gedeelten: de zogenoemde *erste Tagsatzung* had een schriftelijk karakter en was bedoeld ter voorbereiding van het tweede, mondelinge gedeelte van het proces. Gedurende dit tweede gedeelte werd de zaak, liefst in één zitting, afgehandeld.

Het Ontwerp-Gratama vertoont, evenals de eerdergenoemde NJV- en VDB-ontwerpen, gelijkenis met het Oostenrijkse wetboek waar het ook een splitsing van de procedure in een voorbereidend schriftelijk gedeelte en een daaraanvolgende mondelinge behandeling voorschreef (hoewel van een eigenlijk ‘voorproces’ in Oostenrijkse zin geen sprake was).¹⁰³ De schriftelijke behandeling zou moeten plaatsvinden voor een rechter-commissaris, terwijl de mondelinge behandeling was voorzien voor een meervoudige kamer.¹⁰⁴ Op die mondelinge behandeling diende de nadruk te liggen. Zij kon slechts achterwege blijven, wanneer partijen de rechter-commissaris zouden verzoeken dat recht op de stukken werd gedaan. Ook in dit geval was het de kamer die het vonnis wees (artikel 159 OG).¹⁰⁵

Hoofddregel was echter dat een mondelinge behandeling zou plaatsvinden voor de meervoudige kamer. Hiervan maakte de rechter-commissaris die – tijdens de schriftelijke behandeling – van de zaak had kennisgenomen deel uit (artikel 161 OG). Partijen werd de plicht opgelegd persoonlijk voor deze kamer te verschijnen,¹⁰⁶ behoudens ontheffing in uitzonderingsgevallen (artikel 163 OG). Aldaar mochten zij en hun advocaten de zaak toelichten (artikel 166 OG). Heel de mondelinge behandeling zou in het teken dienen te staan van het achterhalen van de materiële waarheid. Daarbij mocht de rechter, zo bepaalde het ontwerp, de gehele houding van partijen in ogenschouw nemen om tot zijn oordeel te geraken (artikel 169 OG).

Het moge geen verwondering wekken, dat door het gewicht van de mondelinge behandeling het zittingsblad een belangrijke plaats werd toegekend (vgl. ook de behartenswaardige opmerkingen van P. Ingelse in deze bundel). Het zou in het algemeen bewijs opleveren van hetgeen ter terechtzitting was gebeurd (artikel 180 OG). De griffier diende dan ook in het zittingsblad alles te vermelden wat ter terechtzitting voorviel; op een niet vermelde partijverklaring mocht de rechter geen acht slaan (artikel 180 OG). Partijen zouden van bedenkingen tegen hetgeen in het zittingsblad was aangekend ‘aanteekening’ mogen vragen. Indien een zodanige

¹⁰³ *Toelichting-Gratama*, 7, 22-23.

¹⁰⁴ Enkelvoudige kamers voor de mondelinge behandeling kent het Ontwerp-Gratama niet. Vgl. *Toelichting-Gratama*, 7.

¹⁰⁵ OG = Ontwerp-Gratama. Het ontwerp kent een nummering per paragraaf en een doorlopende nummering. Ik heb de doorlopende nummering aangehouden.

¹⁰⁶ Deze verschijningsplicht wordt uitgebreid besproken in *Toelichting-Gratama*, 106 e.v. Voor argumenten tegen een persoonlijke verschijningsplicht van partijen, zie o.a. J.G.L. Nolst Trenité, ‘Proceshervormings-plannen’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (1914), 272-274.

aantekening niet zou worden gevraagd, dan leverde het zittingsblad volstrekt bewijs op van hetgeen daarin vermeld stond (artikel 180 OG).

Ook tegenwoordig wordt het belang van een mondelinge behandeling onderstreept. Hoewel in dit kader belangrijke wijzigingen zijn ingevoerd op 1 januari 2002 (bijvoorbeeld wat betreft de comparitie na antwoord, vgl. artikel 131 Rv), zijn wij naar het oordeel van het driemanschap zeker niet op een eindpunt aanbeland. In het Interim-rapport wordt onderstreept dat de mondelinge behandeling een centrale plaats in het proces moet innemen.¹⁰⁷ Het driemanschap stelt: ‘Non-verbale communicatie als gebaren, houding en gelaatsuitdrukking, is meer dan eens een krachtiger vorm van communicatie dan het gesproken woord. De ervaren deelnemers aan het proces kennen de betekenis hiervan bij verhoren van getuigen en partijen’.¹⁰⁸

3.2.2 Rechterlijke bedrijvigheid

Het Ontwerp-Gratama schaarde zich, duidelijk anders dan de *Lex Hartogh*, in een traditie van regelgeving die verkorting van procedures tracht te bewerkstelligen door actief optreden van de rechter. Het Oostenrijkse procesrecht van 1898 vormde hier opnieuw het lichtende voorbeeld. Ook de NJV- en VDB-ontwerpen vertoonden reeds sporen van een dergelijke aanpak. Voor alle ontwerpen geldt dat de zeggenschap van de rechter is uitgebreid waar het betreft de termijnen, de mondelinge behandeling en de instructie. Ik zal het Ontwerp-Gratama op deze punten meer in detail bezien, waarbij ik me zal beperken tot bespreking van die momenten in de procedure waar een duidelijk verschil is te constateren met het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals dat destijds luidde.

In de eerste plaats is er de vaststelling van de termijnen voor het wisselen van conclusies (antwoord, repliek en dupliek; de aparte conclusie van eis verviel volgens het ontwerp). Aan partijen werd elke invloed op de duur van de termijnen ontnomen. Dit had, zo het Ontwerp-Gratama tot wet was verheven, tot een belangrijke trendbreuk geleid. Artikel 143 Rv, zoals dat door de *Lex Hartogh* was vastgesteld, bepaalde immers dat de termijnen voor het nemen van conclusies door de rechter dienden te worden bepaald in overeenstemming met het verlangen van partijen. Gratama voorzag een geheel andere aanpak, waar hij voorschreef dat termijnen door de rechter-commissaris dienden te worden bepaald met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Onder geen beding mocht een termijn langer zijn dan vier weken (artikel 153 OG), zelfs als het zich op voorhand liet aanzien dat deze maximale termijn van vier weken te kort was.¹⁰⁹ Als een termijn echter liep (en dit gold ook voor andere termijnen dan die voor het wisselen van conclusies), dan kon deze worden verlengd of verkort (dus ook zodanig dat zij vier weken overtrof). Hier werd de rechter eveneens een

¹⁰⁷ *Interim-rapport*, 85.

¹⁰⁸ *Interim-rapport*, 230.

¹⁰⁹ *Toelichting-Gratama*, 101.

grote vrijheid toegekend, aangezien verlenging of verkorting zelfs ambtshalve kon geschieden (artikel 209 OG). Bovendien werd de verlenging of verkorting overgelaten aan ‘het oordeel en de voorzichtigheid des rechters, die, lettende op het belang van de rechtsbedeeling en op dat van alle partijen, nauwkeurig onderzoekt, of de gronden gewichtig genoeg zijn om eene verlenging of verkorting te rechtvaardigen’ (artikel 210 OG). De mogelijkheid voor partijen om het proces ‘enige tijd te laten sluimeren’, zoals zij wel in Oostenrijk bestond, ontbrak.

Het Ontwerp-Gratama volgde het NJV-ontwerp waar het vastlegde dat de rechter, zelfs als partijen eenparig recht op de stukken verlangden, een mondelinge behandeling kon bevelen (artikel 159 OG). Uit deze bepaling blijkt opnieuw de beoogde actieve rol van de rechter, zeker wanneer zij wordt afgezet tegen het VDB-ontwerp, dat in dit opzicht de partij-autonomie respecteert.¹¹⁰

Ook uit de regelgeving rond de mondelinge behandeling voor de kamer blijkt heel duidelijk dat de procesleiding aan de rechter is toevertrouwd. Anders dan het VDB-ontwerp en in navolging van het NJV-ontwerp, breekt het Ontwerp-Gratama met het stelsel waarbij de pleidooien in een vaste volgorde worden gehouden. Heel de regeling is gericht op een informele behandeling, waarbij de voorzitter van de kamer de volgorde bepaalt waarin aan partijen en hun advocaten gelegenheid wordt geboden hun zaak ‘toe te lichten’ (artikel 166 OG). De verweerder of zijn raadsman kan dus heel wel als eerste aan bod komen. De rechters en advocaten wordt tevens gelegenheid gegeven aan partijen vragen te stellen. Ook partijen zelf mogen hun wederpartij vragen voorleggen. Opnieuw bepaalt de voorzitter de in acht te nemen volgorde. De kamer kan, zelfs ambtshalve, beslissen dat een bepaalde vraag niet wordt toegelaten (artikel 167 OG). De Commissie-Gratama stelt in haar toelichting, dat de voorgestelde regeling ‘eene degelijke en tegelijk levendige behandeling’ garandeert.¹¹¹

Zoals ik hiervóór opmerkte, wordt in het ontwerp gestreefd naar het achterhalen van de materiële waarheid. Dit blijkt onder andere uit de actieve rol die de kamer vervult waar het betreft het horen van getuigen en deskundigen. Aan de kamer wordt immers de bevoegdheid gegeven dit horen te bevelen ‘zoodra zij zulks doelmatig acht’ (artikel 170 OG). Zelfs kan de kamer ambtshalve besluiten dat het horen van verdere getuigen nodig is (deze bevoegdheid werd de rechter ook in het NJV- en het VDB-ontwerp toegekend).¹¹² Zij kan daartoe naar eigen keuze getuigen oproepen. Ambtshalve opgeroepen getuigen kunnen overigens niet worden gehoord wanneer alle partijen zich hiertegen verzetten (artikel 265 OG). Ook deskundigen konden in het stelsel van het ontwerp ambtshalve worden

¹¹⁰ J.G.L. Nolst Trenité, a.w., 288.

¹¹¹ *Toelichting-Gratama*, 10 en 110.

¹¹² J.G.L. Nolst Trenité, a.w., 289-290.

gehoord (artikel 285 OG). Hiertegen konden partijen zich niet verzetten.¹¹³ Van rechterlijke activiteit is eveneens sprake waar het ontwerp de rechter de bevoegdheid geeft ambtshalve inlichtingen in te winnen bij ambtenaren en openbare lichamen (tenzij een partij zich hiertegen op redelijke gronden verzet) (artikel 133 OG).

Een laatste voorbeeld wat betreft de activiteit van de rechter in het Ontwerp-Gratama betreft artikel 165 OG. In dit artikel wordt bepaald dat de kamer kan bevelen dat een of meer punten van het geding afzonderlijk zullen worden behandeld. Dit bevel is volgens het ontwerp zelfs mogelijk tegen de wens van beide partijen en zonder dat partijen hierover zijn gehoord.¹¹⁴

Samenvattend kan worden gesteld dat invoering van het Ontwerp-Gratama zou hebben geleid tot een aanzienlijke uitbreiding van de bevoegdheden van de rechter. Van lijdelijkheid zou nog vooral sprake zijn geweest wat betreft het initiatief tot het starten van een procedure en de afbakening van het onderwerp van het geschil.¹¹⁵ Die handelingen bleven onderworpen aan de partij-autonomie. De procesleiding werd echter nadrukkelijk aan de rechter toevertrouwd. Zo ver kwam het echter niet; het ontwerp werd immers niet ingevoerd. Wel werd bij wet van 28 juli 1924 (Stbl. 372) door middel van een vernieuwd artikel 143 Rv de rechter meer greep op de termijnen voor het nemen van conclusies gegeven in die zin, dat de rechter voor onredelijke vertraging diende te waken. Desondanks bleef het uitgangspunt, dat de rechter partijen diende te volgen indien zij eenstemmig waren over de termijn van uitstel. In de jaren dertig van de twintigste eeuw merkte P. Lucas op dat van de bevoegdheid te waken voor onredelijke vertraging weinig gebruik wordt gemaakt. Volgens deze auteur kan men veilig constateren dat op dit punt na invoering van het vernieuwde artikel 143 Rv 'onze gedingvoering [...] in feite vrijwel niet veranderd is'.¹¹⁶ Ondanks artikel 143, zo stelt hij, wordt 'het tempo der procesvoering in de praktijk toch hoofdzakelijk door de raadslieden der partijen aangegeven'.¹¹⁷ Zoals bekend is de regeling van het oude artikel 143 Rv, zij het in iets andere bewoordingen, thans te vinden in het nieuwe artikel 133 leden 1 en 2 Rv. Het minste dat gezegd kan worden, is dat hierdoor op het vlak van de termijnen het uitgangspunt nog altijd een gematigd lijdelijke rechter is die slechts ingrijpt als partijen het al te bont maken. Een actief optreden van de rechter, zoals de samenstellers van het Interim-rapport voor ogen hebben, wordt er mijns inziens niet door gestimuleerd. In dit opzicht is artikel 20 lid 1 van het huidige wetboek beter geslaagd. In dit artikel, opgenomen in de derde afdeling van de eerste titel van het wetboek met als opschrift 'Algemene voorschriften voor procedures', wordt positief bepaald dat de

¹¹³ *Toelichting-Gratama*, 91.

¹¹⁴ *Toelichting-Gratama*, 18.

¹¹⁵ Zie over dit laatste artikel 79 OG en *Toelichting-Gratama*, 67.

¹¹⁶ P. Lucas, a.w., 2.

¹¹⁷ P. Lucas, a.w., 135.

rechter waakt voor onredelijke vertraging van de procedure en ambtshalve maatregelen kan treffen mocht er van zodanige vertraging sprake zijn.

De slagvaardigheid die uit artikel 20 lid 1 Rv spreekt, vormde aanleiding voor discussie bij de totstandkoming van de wetswijzigingen van 1 januari 2002. Evenals in het kader van het Ontwerp-Gratama kwam de vraag aan de orde of partijen tijdens de procedure konden besluiten hun zaak enige tijd te laten rusten. Zoals wij zagen, was het antwoord op deze vraag in het Ontwerp-Gratama negatief. Het huidige artikel 20 lid 1 kan zo gelezen worden, dat de rechter in een dergelijk geval ambtshalve de voortgang van de procedure kan bevelen. Dit artikel, dat ook reeds in het Voorontwerp Burgerlijke Rechtsvordering was te vinden, gaf Van Nispen in 1993 aanleiding op te merken dat het ‘niet te rechtvaardigen [is] dat de rechter, ondanks de wil van beide partijen de procedure “even te bevriezen”, voortgang zou kunnen gelasten’. [M]en vergeet dan’, aldus Van Nispen, ‘dat het proces van partijen is, en niet van de rechter’.¹¹⁸ In de memorie van toelichting bij het op 1 januari 2002 ingevoerde wetsontwerp 26 855 wordt hierover het volgende opgemerkt: ‘Wanneer partijen om hen moverende redenen de procedure wensen te bevriezen, brengt de gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen en rechter voor de duur van de procedure, zoals voortvloeiend uit artikel 6 EVRM, mee dat de rechter met een gemotiveerd verzoek daartoe in de regel wel, maar niet onder alle omstandigheden zal mogen instemmen’.¹¹⁹ Terughoudendheid van de rechter is, kortom, volgens de parlementaire geschiedenis op haar plaats.

3.2.3 *Informatieplicht van partijen*

Een efficiënte procesgang is mede afhankelijk van de vraag welke instrumenten de rechter ten dienste staan om spoedig tot de kern van het geschil door te dringen. Een bekende klacht is, en ik merkte het al eerder op, dat partijen de mogelijkheid wordt geboden ‘hun kruut droog te houden’. Daam Fockema schetste, zoals wij zagen, reeds in de vroege negentiende eeuw het resultaat hiervan, namelijk dat men gaat pleiten ‘met gedekte schotels’. Het huidige wetboek bevat dan ook de regeling dat de eiser reeds in zijn dagvaarding verplicht is zijn zaak duidelijk te omlijnen en zelfs, voor zover mogelijk, het standpunt van de wederpartij te verwerken. Deze substantiëringsplicht wordt vergezeld van een bewijsaandragplicht (artikel 111 lid 3 Rv). Gelijkaardige eisen worden ook gesteld aan het antwoord van verweerder (artikel 128 Rv). Deze benadering is niet die van de Commissie-Gratama. Dit houdt verband met het feit dat het zwaartepunt van de procedure volgens het ontwerp van deze commissie bij de mondelinge behandeling ligt (dus bij het tweede gedeelte van het proces, dat een aanvang neemt nadat de zaak is afgeconcludeerd). Dit diende volgens Gratama c.s. met zich te brengen dat hoewel de dagvaarding een duidelijk petitum moest bevatten, de feitelijke grondslag van het geding in de initiële

¹¹⁸ C.J.J.C. van Nispen, a.w., 20.

¹¹⁹ Vgl. TK 1999/2000, 26 855, nr. 3 (memorie van toelichting), 51-52.

fase van het proces niet uitputtend behoefde te worden behandeld.¹²⁰ De nadruk op de mondelinge behandeling in het tweede deel van het proces, brengt ook met zich dat het ontwerp zeer ruimhartig is waar het de mogelijkheden betreft tot wijziging van de eis en de opgave der feiten (artikel 181 en 182 OG).

Een belangrijk middel dat de Commissie-Gratama de rechter verschafte om door te dringen tot de materiële waarheid, vertoont grote gelijkens met het Oostenrijkse procesrecht. Evenals in Oostenrijk mocht de rechter volgens het Ontwerp-Gratama, indien de medewerking van partijen te wensen overliet, hieruit de gevolgtrekkingen maken die hem geraden voorkwamen (artikel 169 OG).

Concluderend kan worden gesteld dat de huidige aanpak duidelijk afwijkt van het model dat door Gratama c.s. werd voorgesteld. Dit geldt zowel voor het bestaande wetboek als voor de aanbevelingen van het Interim-rapport. Hoewel ook in het Interim-rapport groot belang wordt gehecht aan een mondelinge behandeling, is het uitgangspunt dat deze mondelinge behandeling in het kader van de conclusiewisseling reeds zodanig wordt voorbereid, dat het geschil bij aanvang van de mondelinge behandeling duidelijk is omljnd. Sterker nog, hiervan zou eigenlijk reeds sprake moeten zijn alvorens partijen de zaak voor de rechter brengen, dat wil zeggen in de pre-processuele fase, zodat de kansen op een minnelijke schikking toenemen en een proces wordt voorkomen.

3.2.4 Deformalisering

Deformalisering is reeds lange tijd het devies waar gesproken wordt over versnelling van de procesgang en reductie van kosten.¹²¹ Ook het driemanschap heeft aandacht voor deformalisering.¹²² Het Ontwerp-Gratama is doortrokken van de deformaliseringgedachte, en hierin lijkt dit ontwerp zeer op de Oostenrijkse procesrechtelijke wetgeving. Artikel 183 van het ontwerp vormt het beste bewijs van de deformaliseringstendens. Het eerste lid van dit artikel luidt: 'Gebreken in schrifturen en andere verzuimen in het geding kunnen worden hersteld, indien zonder dat herstel eene der partijen op onredelijke wijze zou worden benadeeld'. Soepelheid blijkt tevens uit de bepaling, dat vergissingen die in het vonnis zijn geslopen, voor zover zij uit het vonnis zelf of de vroegere processtukken blijken, ambtshalve of op verzoek van partijen kunnen worden hersteld (artikel 83 OG; vgl. thans artikel 31 Rv). Een belangrijke uitzondering op deze soepele houding vormt artikel 184 OG. Dit artikel bepaalt namelijk dat verzuimen met betrekking tot de wettelijke of door de rechter bepaalde termijnen niet

¹²⁰ *Toelichting-Gratama*, 11, 14, 94-95, 102-103.

¹²¹ Zie ook Th.A. Fruin, *Geschiedenis van de wetenschap van het Nederlandsch burgerlijk procesrecht na 1811*, Amsterdam 1937, 281 e.v.

¹²² *Interim-rapport*, 16.

kunnen worden hersteld, tenzij wordt aangetoond, dat het verzuim het gevolg is van overmacht.

3.2.5 Overige vernieuwingen

Het ontwerp van de Commissie-Gratama bevat naast hetgeen hiervóór is genoemd een aantal verdere interessante afwijkingen ten opzichte van het bestaande procesrecht. In de eerste plaats is een verandering te constateren wat betreft de deurwaarder. Het ontwerp ging niet zo ver als de Oostenrijkse wetgever, die de deurwaarder geheel had afgeschaft. Wel veranderde de functie van de deurwaarder in de visie van de Commissie-Gratama. Exploiten konden naar het ontwerp immers nog wel door een deurwaarder worden betekend, maar anderzijds konden zij ook via de post worden gedaan (de deurwaarder diende dan het exploit te posten).¹²³ Deze laatste wijze van handelen werd door het ontwerp aangemoedigd door de bepaling dat indien van de post geen gebruik werd gemaakt, de rechter de meerdere kosten die met een betekening door de deurwaarder waren gemoeid voorodeloos aangewend mocht houden (artikelen 53-58, 135-138 OG). Overigens bevatte ook de NJV- en VDB-ontwerpen reeds wijzigingen wat betreft de rol van de deurwaarder.

Evenals de ontwerpen van NJV en VDB¹²⁴ schaft het Ontwerp-Gratama de procureur af. Zijn taken werden toebedeeld aan de advocaat. Deze wijziging zou in de praktijk weinig verandering met zich hebben gebracht, omdat reeds sinds 1879 de functies van advocaat en procureur in één persoon verenigd konden worden. Hiervan werd aan het begin van de 20^e eeuw reeds daadwerkelijk gebruik gemaakt. Bovendien bleef volgens het Ontwerp-Gratama het correspondentenstelsel noodzakelijk. Artikel 60 van het ontwerp luidt immers als volgt: ‘Als vertegenwoordigers van partijen worden alleen toegelaten advocaten, ingeschreven bij het rechterlijk college, voor hetwelk het geding wordt gevoerd, of bij eenig ander rechterlijk college in dezelfde gemeente gevestigd’.¹²⁵

Wat betreft de conclusie van eis werd (evenals in de ontwerpen van NJV en VDB)¹²⁶ eveneens een modernisering voorgestaan: zij diende te vervallen; de dagvaarding volstond.¹²⁷ Verder werd beoogd de onderscheiding in het toenmalige artikel 141 lid 2 Rv (thans artikel 128 lid 3 Rv) tussen verweer ten principale en excepties te schrappen. De Commissie-Gratama was van oordeel dat dit onderscheid tot te veel verschil van gevoelen aanleiding gaf.¹²⁸ Artikel 155 van het ontwerp bevat een dergelijk onderscheid dan ook

¹²³ Zie hierover *Toelichting-Gratama*, 56-57 e.v. Het ontwerp van de VDB laat de dagvaarding inleveren ter griffie. De griffier verzendt de dagvaarding vervolgens per post (vgl. J.G.L. Nolst Trenité, a.w., 257).

¹²⁴ Vgl. J.G.L. Nolst Trenité, a.w., 268.

¹²⁵ Zie over dit onderwerp meer uitgebreid *Toelichting-Gratama*, 62-63.

¹²⁶ J.G.L. Nolst Trenité, a.w., 266.

¹²⁷ *Toelichting-Gratama*, 11.

¹²⁸ *Toelichting-Gratama*, 103.

niet. Het door het ontwerp voorgestane systeem was dat behalve de exceptie van relatieve onbevoegdheid (artikel 156 OG) ieder verweer op elk moment in de procedure kon worden gevoerd, hetgeen een aanzienlijke versoepeling zou hebben betekend ten opzichte van het stelsel dat door de *Lex Hartogh* was ingevoerd. Echter, hierop gold de beperking dat het aan de rechter was te beoordelen, of het verweer niet vroeger had kunnen worden gevoerd. Indien de rechter tot deze overtuiging kwam, diende hij het verweer te weigeren, ‘teneinde onredelijke vertraging en benadeeling der tegenpartij te voorkomen’.¹²⁹ Voor informatie omtrent de huidige situatie verwijs ik naar de behandeling van excepties in het kader van de *Lex Hartogh (supra)*.

Anders dan het Oostenrijkse wetboek en eveneens in afwijking van het ontwerp van de NJV,¹³⁰ werd in het Ontwerp-Gratama de rolzitting gehandhaafd.¹³¹ Nieuw voor die tijd was, dat de rolzitting zou moeten worden geleid door een enkele rechter-commissaris, terwijl volgens de in de jaren twintig in Nederland bestaande praktijk de rolzitting voor een meervoudige kamer plaatsvond.¹³²

Veranderingen die hier ten slotte nog vermelding verdienen, zijn de volgende. Op het vlak van het zo veel mogelijk verder zetten van de hoofdzaak ondanks incidenten bepaalt artikel 207 van het ontwerp: ‘Een incidenteel verzoek [het ontwerp spreekt van ‘incidenteel verzoek’ waar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van ‘incidentele vordering’ spreekt, CHvR] houdt den loop van het geding niet op, tenzij de rechter om gewichtige redenen anders bepaalt’. Daarnaast bepaalt artikel 132 van het ontwerp dat voorziening tegen tussenvonnissen slechts openstaat ‘gelijktijdig met die tegen het eindvonnis, voor zoover de wet niet anders bepaalt’. Ten slotte verdient het ook vermelding dat het bewijsrecht volgens het ontwerp geheel naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt overgebracht (artikel 233 e.v.).

Wanneer wij genoemde voorstellen van de Commissie-Gratama ruim 80 jaar na dato bezien, kan worden geconstateerd dat de afzonderlijke conclusie van eis reeds is vervallen met het inwerking treden van wetsontwerp 26 855 op 1 januari 2002 (zie het nieuwe artikel 111 lid 3 Rv). Ook is het bewijsrecht sinds lange tijd in zijn geheel in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te vinden. Er wordt, daarentegen, nog altijd nagedacht over het afschaffen van het onderscheid tussen de functies van advocaat en procureur (er zijn thans opnieuw concrete voorstellen), hetgeen dan tevens, anders dan in het Ontwerp-Gratama, zou betekenen dat het correspondentenstelsel tot het verleden gaat behoren. De rol van de deurwaarder krijgt in het *Interim-rapport* de nodige aandacht waar wordt

¹²⁹ *Toelichting-Gratama*, 103.

¹³⁰ J.G.L. Nolst Trenité, a.w., 260.

¹³¹ *Toelichting-Gratama*, 12-13.

¹³² J.G.L. Nolst Trenité, a.w., 262.

gesteld dat het driemanschap wat betreft het procesinleidende document vooralsnog kiest voor de indiening van een schriftelijk stuk ter griffie, met toezending per post door de griffie aan de wederpartij, dan wel de belanghebbende.¹³³ Het staat namelijk volgens het driemanschap niet vast dat betekening een betere vorm van mededeling is dan toezending door de griffie.¹³⁴ Hiermee sluit het driemanschap aan bij gevoelens die al langer leven. Reeds in de jaren dertig van de twintigste eeuw werd openlijk getwijfeld aan de toegevoegde waarde van de deurwaarder bij de procesinleiding.¹³⁵ Ook op het vlak van de rolzitting bevat het *Interim-rapport* behartigenswaardige opmerkingen. ‘Communicatie via een centrale rol zonder dat de zaaksrechter daar direct zicht op heeft, belemmert’, aldus het driemanschap, ‘de verwezenlijking van een voortvarend, efficiënt en effectief gevoerd proces. Een centraal punt waar alle gegevens over de lopende zaken worden bijgehouden - noodzakelijk voor het beheer van het rechterlijk apparaat - is niet vanzelfsprekend de meest geschikte plaats voor communicatie tussen partijen en rechter in de individuele zaak’.¹³⁶ Kortom, de rol dient te worden gehandhaafd, maar de functie ervan moet worden herzien. Het driemanschap gaat dus niet zo ver als bijvoorbeeld het Oostenrijkse procesrecht uit 1898, dat de rol afschafte. Hier is het feit dat de rol tegenwoordig geheel elektronisch kan worden afgedaan van belang. Immers, van een ‘dwaze vertoning’, zoals de rolzitting ooit werd gekenschetst,¹³⁷ is momenteel in veel mindere mate sprake dan in het verleden. Vervolgens is er het in de dagvaardingsprocedure bestaande systeem van incidenten. Op dit vlak gaan de voorstellen van het driemanschap nog een stap verder dan die van de Commissie-Gratama. Immers, gesteld wordt dat dit systeem zal moeten worden vervangen door een systeem waarin processuele complicaties in het overleg tussen partijen en rechter aan de orde worden gesteld, dus niet meer in afzonderlijke ‘miniprocedures’.¹³⁸ Uiteindelijk is er bij het driemanschap aandacht voor het hoger beroep tegen tussenvonnissen. Er wordt een iets minder vergaand voorstel gedaan dan dat van de Commissie-Gratama. Immers, Gratama wilde hoger beroep slechts toelaten indien dit door de wet werd bepaald, terwijl het driemanschap dit over de gehele linie, dus ook waar het provisionele vonnissen betreft, wil laten afhangen van het oordeel van de rechter in eerste aanleg.¹³⁹

4. De periode 1920-1938

¹³³ *Interim-rapport*, 153.

¹³⁴ *Interim-rapport*, 245.

¹³⁵ P. Lucas, a.w., 176-180.

¹³⁶ *Interim-rapport*, 85.

¹³⁷ P. Lucas, a.w., 3.

¹³⁸ *Interim-rapport*, 86.

¹³⁹ *Interim-rapport*, 210.

Hoewel het Ontwerp-Gratama zich in de jaren twintig van de twintigste eeuw nog mocht verheugen in enige belangstelling, bijvoorbeeld in die van de Advocatenvereniging, stierf het uiteindelijk een zachte dood.¹⁴⁰

Ingrijpende hervormingsvoorstellen op het gebied van het burgerlijk procesrecht werden in de periode tussen de twee wereldoorlogen niet meer gedaan; pas na de Tweede Wereldoorlog werd het Ontwerp weer ter hand genomen, zoals blijkt uit de voorstellen van de Staatscommissie Dorhout-Mees uit 1948. In het interbellum bleef het daarentegen bij enig lap- en stopwerk. De belangrijkste wetswijziging¹⁴¹ werd in die periode gerealiseerd bij wet van 5 mei 1923 (Stbl. 189). Deze wet voerde artikel 19a oud Rv in. Het artikel bood de rechter uitdrukkelijk de mogelijkheid om partijen persoonlijk voor zich te doen verschijnen voor het geven van inlichtingen. Van de door het artikel verschaftte mogelijkheid wordt in de hier besproken periode echter weinig gebruik gemaakt,¹⁴² wellicht ook omdat het artikel bij nadere beschouwing geen wezenlijke verandering bracht. Immers, reeds voor invoering van artikel 19a Rv werd algemeen aangenomen dat de rechter de bevoegdheid had om een inlichtingencomparitie te bevelen op basis van het toenmalige artikel 49 Rv¹⁴³ en ook van deze mogelijkheid werd maar mondjesmaat gebruik gemaakt.

Voor het overige was eigenlijk vooral sprake van een verslechtering, bijvoorbeeld op het vlak van de onmiddellijkheid bij het getuigenverhoor. Volgens de *Lex Hartogh* diende het getuigenverhoor namelijk in principe voor die rechters plaats te vinden die ook het eindvonnis wezen. Bij behandeling van de wet had Hartogh reeds getwijfeld aan de haalbaarheid van zijn voorstel in het licht van de bezettingsgraad van de rechterlijke colleges. Hij was echter over de streep gehaald toen het er bij behandeling van het wetsvoorstel op leek dat de Kamer geen bezwaar zou maken tegen personeelsuitbreiding bij de voornaamste rechtbanken.¹⁴⁴ In de praktijk bleken er toch problemen te ontstaan. Bij wet van 14 februari 1905 (Stbl. 71) was daarom reeds een nieuw artikel 200A in het wetboek opgenomen, dat een getuigenverhoor voor een rechter-commissaris toestond als partijen hiertoe eenstemmig de wens uitten. Om vertraging te voorkomen, uitten partijen die wens inderdaad veelvuldig. In de praktijk werd het verhoor voor een rechter-commissaris regel,¹⁴⁵ zodat in de hier besproken periode de rechters die het eindvonnis wezen, evenals voor de introductie van de *Lex*

¹⁴⁰ J.E. Bosch-Boesjes, a.w., 37 en noten 85, 86 en 87, 88.

¹⁴¹ Ik zie af van bespreking van invoering van de dwangsom in 1932.

¹⁴² P. Lucas, a.w., 2.

¹⁴³ *Interim-rapport*, 74. Artikel 49 Rv luidde: De regter zal, indien hij eene verschijning van partijen beveelt, den dag en het uur daartoe bij het vonnis bepalen.

¹⁴⁴ *Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van Mr A.F.K. Hartogh. Deel I: Voorstel van wet, memorie van toelichting, verslag der commissie van voorbereiding, gewijzigd voorstel van wet. Met een inleidend woord van Mr A.A. de Pinto*, 's-Gravenhage 1895, 59.

¹⁴⁵ P. Lucas, a.w., 143-144.

Hartogh, waren aangewezen op het door een rechter-commissaris opgesteld proces-verbaal van het getuigenverhoor.

Ook op andere vlakken bleek in de hier besproken periode dat de *Lex Hartogh* in de praktijk geen ommekeer had betekend. Zo kwam de bepaling van artikel 143, dat de rechter ambtshalve de termijnen voor het nemen van conclusies kan vaststellen indien sprake is van onredelijke vertraging, zoals wij zagen, niet uit de verf. P. Lucas stelt in zijn proefschrift de lakse houding van de rechter aan de kaak, wanneer hij concludeert ‘dat in de praktijk door den rechter uitstel om te concluderen ook verleend wordt, wanneer dit wél tot onredelijke vertraging leidt’.¹⁴⁶

Uiteindelijk krijgt men de indruk dat de problemen op procesrechtelijk vlak niet zozeer aan de wettelijke regels kunnen worden geweten,¹⁴⁷ maar vooral aan de wijze waarop van deze regels gebruik wordt gemaakt. Onwillekeurig denkt men aan de volgende woorden van Gratama: ‘[H]et wetboek op zich zelf is nog niet zoo slecht, maar wat de praktijk er van heeft gemaakt, deugt niet’.¹⁴⁸ Het is zonder meer gelukkig te noemen, dat het driemanschap voor deze problematiek, getuige het *Interim*-rapport, voldoende aandacht heeft. Het gaat het driemanschap uiteindelijk niet in de eerste plaats om wijziging van de bestaande wettelijke regels, maar om een cultuuromslag.

5. Conclusie

In de onderhavige bijdrage heb ik in vogelvlucht ruim 100 jaar denken over en sleutelen aan het burgerlijk procesrecht, in het licht van het Interim-rapport, de revue laten passeren. Wij zagen dat er in de besproken periode aandacht was voor een veelheid van onderwerpen die ook momenteel nog in de belangstelling staan. Hoe kunnen procedures worden voorkomen? En, als het dan toch tot een procedure komt: Hoe kunnen de duur en daarmee de kostbaarheid van procedures omlaag worden gebracht? Moet hier worden ingezet op het wegnemen van de mogelijkheid van misbruik van wettelijke regels of dient de rechter als procesbewaker te worden aangesteld? Vooral de rechter als procesbewaker stuitte op weerstand, hoewel het opvallend is dat reeds tijdens de beraadslagingen over het Wetboek van 1838 in de Kamers der Staten-Generaal in de jaren twintig van de negentiende eeuw stemmen te horen waren die duiden in de richting van een actiever optreden van de rechter. In het bijzonder de opvattingen van het Kamerlid

¹⁴⁶ P. Lucas, a.w., 138.

¹⁴⁷ Zo bevatte het Wetboek van 1838 reeds een aanzienlijk aantal bepalingen die de rechter de mogelijkheid verschafte tot actief optreden, een mogelijkheid waarvan weinig gebruik werd gemaakt. Men vergelijkte het oorspronkelijke artikel 19 (ambtshalve bevelen van schikkingscomparitie), de artikelen 103 en 199 Rv (ambtshalve gelasten van getuigenverhoor), artikel 219 (ambtshalve houden van descente), en artikel 222 (ambtshalve gelasten van deskundigenbericht).

¹⁴⁸ *Ontwerp-Gratama*, VII.

Daam Fockema kunnen als een voorloper worden beschouwd van de gedachte, dat het burgerlijk procesrecht vanuit een publiekrechtelijk perspectief moet worden gezien en dat dit beperkingen met zich brengt wat betreft de partij-autonomie. De praktijk is echter huiverig voor een dergelijke aanpak, zeker wanneer hij ver wordt doorgevoerd en de rechter voorschrijft actief op te treden. Zo was bijvoorbeeld de oppositie tegen het Ontwerp-Gratama dusdanig krachtig, dat het ontwerp uiteindelijk niet is ingevoerd. Op minder oppositie konden voorstellen rekenen, die inzetten op het beperken van misbruik van procesrecht en slechts geringe wijzigingen brachten wat betreft de autonomie van procespartijen. De *Lex Hartogh* haalde het bijvoorbeeld wel. Kleine stappen voorwaarts zijn voor het veld beter te verteren dan een fundamentele verandering. Daarbij moet echter worden aangetekend, dat na het zetten van een kleine stap voorwaarts op het vlak van wetgeving niet onmiddellijk reden is voor blijdschap. Immers, door de *Lex Hartogh* werden dan wel wijzigingen in het wetboek ingevoerd, de praktijk bleek zich hieraan slechts in beperkte mate te conformeren. Mogelijkerwijze was dit mede een gevolg van de vrijblijvende formulering van het beperkte aantal bepalingen in de *Lex Hartogh* die het voor de rechter mogelijk maakten meer actief op te treden. Ook het in 1838 ingevoerde wetboek kende reeds een aantal van deze bepalingen, maar de rechter maakte er geen gebruik van, hetgeen samenhangt met de opvatting dat hij zich vooral lijdelijk diende op te stellen. Misschien moet de conclusie wel zijn, dat een actieve opstelling van de rechter enerzijds een cultuuromslag vereist, namelijk het definitief verlaten van het standpunt dat het burgerlijk proces in de eerste plaats van partijen is, en anderzijds wetsbepalingen die de rechter dwingend voorschrijven actief op te treden. Dit is, zo het zich laat aanzien, ook de conclusie van het driemanschap. Over de vraag in welke mate een actief optreden van de rechter wenselijk is, kan men twisten. Duidelijk is wel dat actief optreden kan leiden tot sneller procederen en lagere kosten, althans wanneer tegelijkertijd wordt ingezet op een voldoende bemensing van onze rechterlijke instanties. Dit laatste verdient het te worden benadrukt. Mijn Oostenrijkse collega Oberhammer (thans werkzaam in Zürich) merkte ooit op dat nieuwe wetgeving op procesrechtelijk vlak die inzet op snelheid en lage kosten vaak kan worden gekenschetst als een afleidingsmanoeuvre. De overheid, die de indruk wil wekken dat het burgerlijk proces haar ter harte gaat maar tegelijkertijd niet wil investeren in de rechtsbedeling, zal volgens Oberhammer grijpen naar het wetgevingsinstrument. Dit kost immers veel minder dan het uitbreiden van de capaciteit van de rechterlijke instanties. Echter, dat deze eenzijdige aanpak niet effectief is, leert ons de geschiedenis van het burgerlijk procesrecht, aan de geschiedschrijving waarvan het onderhavige artikel in het licht van het Interim-rapport van het driemanschap Asser-Groen-Vranken een bijdrage heeft willen leveren.