

De lijdelijkheid van de rechter

Henk Lemahieu

Dit artikel is ontstaan naar aanleiding van een globaal onderzoek naar «de beginselen van een behoorlijke rechtspraak in een moderne rechtstaat». Mij werd het beginsel «de lijdelijkheid van de rechter» toegewezen. Ik heb in een eerste — theoretisch — deel gepoogd de inhoud van het beginsel te schetsen en een begrippen-instrumentarium op te bouwen, om een efficiënt onderzoek mogelijk te maken. In een tweede deel toets ik dan het beginsel aan de realiteit van het rechtsleven. Ik probeer daaruit af te leiden in welke mate het beginsel nog geldt en geef dan telkens enkele beschouwingen over de grondslag(en) van het beginsel, en over de wenselijkheid van behoud of evolutie van het beginsel. In een derde deel besluit ik met enkele beschouwingen die in het verslag van het onderzoek niet voldoende aan bod kwamen.

DEEL I: THEORETISCHE INLEIDING

1. **A. DEFINITIE.** «'De lijdelijkheid van de rechter' is een beginsel van Belgisch gerechtelijk privaatrecht. Het beginsel verbiedt de leden van de zittende magistratuur initiatieven te nemen voor, tijdens en na het proces».

2. Een korte commentaar bij de elementen van de definitie. — 'Beginsel' wordt hier verstaan in de betekenis van belangrijke eigenschap; niet in de zin van «rechtvaardigheidsprincipe» (1). Ik meen dat de lijdelijkheid te indirect in relatie staat met rechtvaardigheid, om er een rechtvaardigheidsprincipe van te maken. Een procedure met een actieve rechter kan even (on)rechtvaardig zijn als een procedure met een lijdelijke rechter. Eventuele onrechtvaardigheden die voortvloeien uit de optie voor lijdelijkheid of aktiviteit kunnen door andere technieken gekorrigeerd worden. Daaruit vloeit voort dat het beginsel — theoretisch althans — vrij gemakkelijk kan evolueren. Er is keuzemogelijkheid. Die keuze wordt veeleer bepaald door factoren als efficiëntie, doel van het proces, staatsideologie.... dan door het rechtvaardigheidsgevoel (2).

3. Het beginsel is niet typisch *Belgisch*; toch verschilt de concrete inhoud ervan van land tot land (3). In dit artikel wordt alleen de Belgische situatie bestudeerd.

4. Aansluitend bij Rouard (4) gebruik ik de term *gerechtelijk privaatrecht*, die beoogt het 'gerechtelijk publiekrecht' (strafprocesrecht, administratief recht, militair procesrecht,...) uit te sluiten. Het beginsel geldt niet in die materie of heeft er een andere betekenis.

De begrenzing tot gerechtelijk privaatrecht beoogt ook het probleem van de 'rechtsvinding' uit te sluiten. (Hier gebruikt in de enge betekenis van 'het vinden van oplossing tijdens de beraadslaging'.) Die uitsluiting heeft o.a. volgende theoretische oorzaak: het lijdelijkheidsbeginsel heeft niet volledig vat op dat rechtvindingsproces. Enerzijds mag de rechter geen onderzoeksinitiatieven meer nemen; anderzijds moet hij toch nog 'wikken en wegen' om tot een oordeel te komen... De lijdelijkheid hoort meer thuis in het procesrecht; de rechtsvinding in de rechtstheorie (5).

5. B. Analoge begrippen. Bij de lektuur van de rechtsleer stelde ik vast dat de termen lijdelijkheid, neutraliteit, passiviteit, accusatoire procedure en partij-autonomie vaak in dezelfde context of zelfs door elkaar gebruikt werden. Men kan er impliciet vanuitgaan dat het onderscheid tussen die begrippen gekend is. Toch geeft het niet aflijnen ervan vaak aanleiding tot verwarring, vaagheid, nutteloze polemieken. Daarom een summier analyse van deze begrippen; die op zichzelf al enkele cruciale inzichten in de materie aan het licht brengt.

6. De 'accusatoire procedure' is een ideële *type* van procedure; de lijdelijkheid van de rechter is een *beginsel* van procedure, met betrekking tot de houding van de rechter. De lijdelijkheid van de rechter is een element van de accusatoire procedure. Ons gerechtelijk systeem is er een van het accusatoire type (7). Deze studie wil onderzoeken hoe '(on)zuiver' het stelsel bij ons nog is.

7. De 'partij-autonomie' is een beginsel van het Belgisch gerechtelijk privaatrecht (8), dat inhoudt dat de procespartijen het initiatief nemen tot, en de leiding hebben van het proces (9). De partij-autonomie is de logische tegenhanger van de lijdelijkheid van de rechter binnen de accusatoire procedure. Hoe autonomer de partijen, des te lijdelijker zal de rechter moeten zijn, en omgekeerd. Voorwerp van mijn onderzoek is dus «het krachtveld der spanningen tussen de bevoegdheid van partijen over hun rechten te beschikken en de plicht van de rechter een juiste beschikking te geven» (10)

8. De 'neutraliteit van de rechter' is een beginsel van gerechtelijk privaatrecht. Het eist van de rechter dat hij tijdens het proces 'on-zijdig' is. 'Onpartijdigheid' en 'onafhankelijkheid' zijn te beschouwen als elementen van die neutraliteit. De neutraliteit van de rechter is een rechtvaardigheidsprincipe (11), het geldt zowel in een accusatoire als in een inquisitoire procedure. De neutraliteit is een beginsel dat betrekking heeft op de inwendige gesteldheid van de rechter; de lijdelijkheid daarentegen regelt de formele (on)bevoegdheden van de rechter. Voor een lijdelijke rechter is het waarschijnlijk gemakkelijker om neutraal te zijn dan voor een actieve rechter. De lijdelijke rechter moet de feiten alleen constateren; enkel in zijn oordeel over die feiten zal hij moeten letten op zijn neutraliteit. De

aktieve rechter daartegen, moet op zoek gaan de feiten, hij moet de waarheid ervan onderzoeken, hij moet tal van initiatieven nemen. Telkens hij een van die handelingen stelt zal hij zijn neutraliteit moeten evalueren. Het risico voor partijdigheid is quantitatief groter (12). Vermoedelijk is dat een van de redenen waarom Storme bij zijn pleidooien voor een (meer) inquisitoir systeem schrijft dat dit systeem hoge eisen stelt aan de magistratuur (13).

9. In tegenstelling met de vorige begrippen, zou ik 'passiviteit' wél als synoniem van lijdelijkheid gebruiken. Ik steun me daarbij op het gewone taalgebruik, waar beide termen — althans volgens Van Dale — dezelfde betekenis hebben (14).

10. **C. Algemene nuancering van het beginsel.** Algemeen wordt aanvaard dat het beginsel van lijdelijkheid niet kan betekenen dat de rechter een machteloos of willoos werktuig in handen van partijen zou zijn (15). Voor deze algemene nuance kan men drie grondslagen aanduiden (16). 1) De rechter is verantwoordelijk voor een dienstverlening aan de rechtzoekenden. 2) Als orgaan van de staatsmacht moet hij de eerbiediging van de wet verzekeren. 3) Hij is verantwoordelijk voor een goede rechtsbedeling. Op deze drie grondslagen steunt het (fakultatieve of verplichte) *ambtshalve optreden* van de rechter (17); weliswaar binnen de door de partijen gestelde grenzen van het geschil en met het enige doel dit geschil op te lossen (18). Dit ambtshalve optreden kan ofwel uitdrukkelijk in de wet voorzien zijn, ofwel behoren tot de sfeer van de (algemene) beginselen, (die dan bevestigd worden door de rechtspraak).

11. Deze reeks van ambtshalve optredens is op te delen, min of meer korresponderend met de grondslagen, in drie kategoriën.

1. Als verantwoordelijke voor een dienstverlening aan de rechtzoekenden, zal de rechter moeten *voorzien in de tekortkomingen van partijen tijdens het proces*. B.v. ambtshalve bevelen van onderzoeksmaatregelen, bewijsmaatregelen, tegensprekelijkheid garanderen, verzoeningsrol, invloed op de debatten,...

2. Hij is orgaan van staatsmacht en moet dus de eerbiediging van de wet verzekeren. Daaruit volgt dat hij *de wetten van openbare orde zal moeten toepassen en de geschillen (zoveel mogelijk) oplossen volgens de wet*.

3. Als verantwoordelijke voor een goede rechtsbedeling zal hij zich moeten inzetten voor een «*gepast zoeken naar de waarheid*» (19).

De meeste van deze uitzonderingen worden besproken in deel II; 'de verzoeningsrol' en 'het toepassen van de wetten van openbare orde' worden hier behandeld omwille van hun algemener karakter.

12. 1. De verzoeningsrol van de rechter. Ondanks de indruk die artikel 731 Ger.W. zou kunnen wekken, heeft de wetgever zeker niet de traditio-

nele (20) verzoeningsrol aan de rechter willen ontnemen. (Artikel 731 Ger. W. (het tweede lid in het bijzonder) bedoelt alleen de door de rechter verplicht gestelde poging tot minnelijke schikking te verbieden (21)). Integendeel, het gerechtelijk wetboek heeft de verzoening voor alle rechtscolleges mogelijk gemaakt en technisch verbeterd (22).

De verzoeningsrol wordt zeer synthetisch beschreven in volgend citaat (uit 1806): «Le juge est un ange pacificateur, il s'efforce de calmer les passions, d'assoupir les haines, il éclaire les parties sur leur intérêt bien entendu ; il leur montre l'abîme profond dans lequel elles vont se plonger». Van Reepinghen wijst in zijn verslag op de gelukkige resultaten van de verzoening bij de kantonale rechtbanken (24); Rouard dringt aan dat alle rechters deze taak zouden opnemen (25).

13. 2. Het toepassen van de wetten van openbare orde.

Het lijkt evident dat de rechterlijke macht de wetten van openbare orde en dwingend recht kracht zou bijzetten. Zodat men tot de volgende formulering van een beginsel zou kunnen komen: «Lorsque l'ordre public est intéressé, le juge doit en invoquer le moyen, même étranger aux conclusions des parties» (26). Dit beginsel zou een diepe bres slaan in het beginsel van de partij-autonomie. Maar uit de konfrontatie van beide principes komt een genuanceerder antwoord te voorschijn. De voorstelling van zaken wordt fel vergemakkelijkt door het onderscheid tussen de negatieve en de positieve functie van de wetten van openbare orde en dwingend recht, zoals ik het vind bij Rigaux (27).

14. Want wat de negatieve functie betreft is er geen probleem:

- a. de rechter moet ambtshalve elke eis, elk verweer, en elke exceptie die tegen een dwingende wet of een wet van openbare orde indruist *onontvankelijk verklaren* (28).
- b. Ook zal hij de feiten waarvan de aanvoering verboden is *afwijzen* en is hij *niet gebonden door* de niet betwiste feiten indien het akkoord van partijen op dat punt tegen een bepaling van openbare orde is.
- c. En tenslotte is de rechter *niet gebonden aan* de door partijen voorgestelde rechtsregels inzake rechten waar zij niet vrij over beschikken (29).

15. Iets complexer is het voor de positieve functie. Vraagstelling: moet de rechter ambtshalve juridische *gevolgen toekennen* die voortvloeien uit wetten van openbare orde of van dwingend recht, indien deze door de belanghebbende partij niet werden gevorderd? Het antwoord is principiëel negatief. Verschillende grondslagen daarvoor kunnen aangegeven worden.

- a) «La force d'expansion des lois impératives et les exigences de l'ordre public ne peuvent faire éclater la structure (accusatoire) du droit judiciaire» (30).
- b) Vandermeersch toont aan dat de rechtszekerheid zou verstoord worden indien de eiser of zelfs de verweerder verrast kan worden door middelen die de rechter ambtshalve zou aanvoeren (31).
- c) Deleye

komt tot hetzelfde antwoord, maar langs een andere redenering — die duidelijk het verschil laat zien tussen de negatieve en de positieve functie van de wetten van openbare orde en dwingend recht —: in de eerste situatie (negatieve functie) volgt de rechter gewoon het dwingend karakter van die wetten (van materiëel recht). In de tweede situatie (positieve functie) ontstaat er echter een konflikt tussen twee wetten van openbare orde, namelijk de wet (van materiëelrechterlijke aard) die een juridisch gevolg aan een feitelijke toestand toekent en een wet (van formeelrechtelijke aard) die de rechter verbiedt buiten de grenzen van het geschil te gaan. Een konflikt dat door het Hof van Cassatie werd opgelost ten voordele van de formeelrechtelijke wet (32).

16. Deze redenering leidt meteen tot de juiste formulering van het beginsel in dit verband: «De rechter moet de wetten van openbare orde en dwingend recht toepassen zolang de gevolgen daarvan het gevorderde niet overschrijdt» (33).

Toch moet het probleem van de openbare orde in ieder deelgebied afzonderlijk nog onderzocht worden, dat gebeurt in deel II.

17. DEEL II: ONDERZOEK VAN DE GELDINGSKRACHT VAN HET BEGINSSEL IN ZIJN DOMEINEN.

Ik stel vast dat de rechtsleer de lijdelijkheid altijd slechts fragmentarisch behandelt (33bis). Sommige facetten worden zelfs nooit besproken. Nood dus aan een globale aanpak.

Anderzijds blijkt het beginsel een verschillende geldingskracht te hebben in onderscheiden aspecten van het proces. Bemoelijkijking van het onderzoek. Vandaar mijn poging om het hele toepassingsgebied van het beginsel (voor, tijdens en na het proces) op te delen in domeinen. Die indeling is grotendeels een inventarisatie van de discussiethema's in de rechtsleer (34).

Sommige aspecten horen in meerdere domeinen thuis. Ik heb ze min of meer arbitrair in een ervan ondergebracht. Dit wijst erop dat deze indeling vrij academisch is; zij werd alleen met dat doel gemaakt.

18. Eerste domein: de inleiding van de vordering.

Wie heeft het recht om een vorderingsrecht te effectueren? Kan de rechter ambtshalve een geding inleiden?

19. Het *beginsel* werd in dit domein op verschillende wijzen geformuleerd: «De rechter spreekt alleen recht als er hem om gevraagd wordt» (35), «De rechter mag niet op eigen gezag een zaak naar zich toe trekken.» (36), «De rechtspraak geschiedt niet van ambtswege; de rechter neemt alleen kennis van zaken die voor hem regelmatig aanhangig zijn

gemaakt» (37). Het initiatief tot het voeren van een proces moet van eisende of van beide partijen uitgaan (38).

20. Men vindt het beginsel terug in volgende *rechtsregels*:

1. Geen enkele rechtsregel laat de rechter toe ambtshalve een proces in te leiden (39). Ofwel geformuleerd vanuit het beginsel van de partijautonomie: alle vormen van rechtsingang gebeuren op initiatief van, ofwel de eisende partij (dagvaarding, verzoekschrift), ofwel beide partijen (vrijwillige verschijning) (40). Voor de *dagvaarding* en het *verzoekschrift* vinden we die rechtsregel niet letterlijk terug in de wet; wat erop wijst dat het hier gaat om een algemeen beginsel. Voor de *vrijwillige verschijning* zegt de wet (art. 706 Ger. W.) uitdrukkelijk «Partijen kunnen...».

2. De *inschrijving op de rol* «geschiedt op verzoek van de optredende gerechtsdeurwaarder, van de belanghebbende partijen, van hun advocaat of van een gemachtigde» (41).

3. Ook voor de proceshandelingen die het eigenlijke proces voorafgaan (rechtsbijstand en poging tot minnelijke schikking) laat de wet niet toe dat de rechter ambtshalve een initiatief zou nemen (42).

21. **Algemene beschouwingen.** In dit domein geldt het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter vrijwel absoluut. De enkele uitzonderingen (zie noten 39 en 42) komen slechts voor in bijzondere materies die de uitzondering toelaten. Zelfs voorstanders, in onze rechtsleer, van een (meer) inquisitoriale procedure denken er niet aan het beginsel in dit domein aan te vechten (43). Een juridische grond voor die absolute lijdelijkheid vind ik bij Solus & Perrot (44), zij karakteriseren het vorderingsrecht als 'fakultatief': «Dire de l'action en justice qu'elle possède un caractère facultatif, c'est poser en principe que le titulaire d'une action n'a pas l'obligation de l'exercer effectivement: sa liberté d'appréciation est entière.»

Uiteindelijk heeft het beginsel in dit domein zijn grondslag in het politiek-sociaal systeem. «Les réglementations des proces libéraux, qui complètent l'autonomie du droit matériel, laissent l'individu libre de faire valoir ou non ses droits par la voie judiciaire. Il en est autrement dans les droits socialistes. Partant de la conception que le proces civil est destiné en premier lieu à servir la réalisation du système légal socialiste, le Ministère Public possède en conséquence un droit propre d'action en justice, si les intérêts de l'Etat ou de la Société exigent un tel activité. (...)» (45).

22. Om een drietal redenen zou men de evidentie van het beginsel in dit domein toch in vraag kunnen stellen. Namelijk, wordt die keuze-vrijheid van de individuen (om al of niet het initiatief te nemen tot een rechtsvordering) niet belemmerd: door onkunde tegenover het processysteem, door de (vaak) grote financiële inspanningen en risico's die een rechtsvordering eist, en door de bestaande machtsverhoudingen waardoor sommigen afgeschrikt worden hun vorderingsrecht effectief uit te oefenen?

Deze belemmeringen zijn reëel, meen ik. Toch zou, mijn inziens, een

ambtshalve initiatief voor geen van deze belemmeringen de goede oplossing zijn. Want kreëert men de ambtshalve inleiding van rechtsgedingen, dan bouwt men meteen de mogelijkheid in dat processen worden ingeleid tegen de zin van de potentiële eisers. Het fakultatieve karakter van het vorderingsrecht wordt dan op de helling gezet. De oplossing voor de belemmeringen ligt in de tendenzen die in onze samenleving al, in min of meerdere mate leven. Onkunde en psychologische drempels zijn te overwinnen door (op korte termijn) de rechtshulp dichterbij de rechtzoekende te brengen, en (op langere termijn) het procesrecht nog doorzichtiger te maken en zoveel mogelijk te deformaliseren (45 bis). De financiële problemen kunnen verlicht worden door (op korte termijn) een proces-economie te hanteren (de middelen in verhouding met de oplossing) en de onnodige procedurekosten te drukken (vb. verzoekschrift i.p.v. dagvaarding). De machtsverhoudingen tenslotte kunnen door middel van wettelijke bescherming van de zwakkere partij gebroken worden (zoals in het individueel arbeidsrecht: bescherming van de werknemer als hij procedeert tegen zijn werkgever).

23. Tweede domein: de behandeling van de vordering

Formulering van het *beginsel* in dit domein: «De behandeling van het geding is het werk van partijen, de rechter blijft in de regel lijdelijk» (46), «De voorbereidende handelingen (voor een geding) worden zonder tussenkomst van de rechter gedaan.» (47), «De passiviteit van de rechter dient in die zin te verstaan dat de rechter ten aanzien van de gedingvoering geen initiatieven mag nemen die aan partijen toekomen.» (48).

24. Onderzoek van de *wettelijke bepalingen* ter zake (49): Het ligt buiten de bedoeling van deze beginsel-studie de hele positiefrechtelijke regeling in dit verband uiteen te zetten. Toch wil ik verwijzen naar enkele artikelen die het beginsel uitdrukkelijk bevestigen; en anderzijds een opsomming geven van de bepalingen die uitzonderingen vormen op het beginsel in dit domein (50).

Bevestiging van het beginsel: a) Tal van artikelen (51) kennen het initiatief voor de proceshandelingen tijdens de behandeling toe aan «partijen», «de meest gereede partij», «eiser» of «verweerder». b) Artikel 811 Ger.W. verbiedt uitdrukkelijk dat de rechter zou bevelen dat een derde in de zaak zou worden betrokken (52). c) Artikel 876 Ger.W. (berechting van het geschil volgens de bewijsregels die van toepassing zijn op de aard van het geschil) is een belangrijke beperking op het initiatief van de rechter inzake bewijs.

Wettelijke uitzonderingen op het beginsel. Vooreerst uitzonderingen die het opsporen van de waarheid bevorderen: mondelinge opheldering vragen of bevelen bij schriftelijke procedure (artt. 755 en 756, lid 4 Ger.W.), voor bepaalde materies kan de rechter het O.M. verzoeken (of vorderen) inlichtingen in te winnen (artt. 817 en 872 Ger.W.), de rechter kan overleg-

ging van het bewijsmateriaal bevelen (artt. 871 en 877 Ger.W.), ambtshalve bevelen van bewijsmaatregelen (artt. 916, 962, 992, 1007 Ger.W.)(52bis). Ten tweede uitzonderingen die de procesgang moeten bevorderen: indien bij de behandeling blijkt dat een zaak abnormaal lang aansleept, kan de zaak ambtshalve op de zittingsrol worden weggelaten (art. 739, lid 2 Ger.W.), ambtshalve shorsing van de rechtspleging bij niet overlegging van stukken (artt. 736, lid 1 en 738 Ger.W.), wijziging door de rechter der termijnen voor het nemen van conclusies (art. 748, lid 4), de rechter kan partijen verbieden hun conclusies voor te dragen (758, lid 2 Ger.W.), ambtshalve heropening van de debatten (art. 774 Ger.W.), afzonderlijke berechting van de tegenvordering, indien deze de berechting van de hoofdvordering te zeer zou vertragen (810 Ger.W.), onthouding indien er redenen van wraking zijn (art. 831 Ger.W.), ambtshalve voeging van samenhangende zaken (art. 856, lid 2 Ger.W.), de rechter bepaalt de termijn voor de oproeping in vrijwaring (art. 857 Ger.W.). Ten derde, ambtshalve nietigheid uitspreken (art. 862, § 2 Ger.W.) Tenslotte, ambtshalve bevelen van mededeling aan het O.M. (art. 764, laatste lid Ger.W.), ingeval van betwisting bij afstand van geding beslist de rechter (art. 825, lid 2 Ger.W.), de ambtshalve opgelegde eed, hetzij om de beslissing van de zaak daarvan te doen afhangen, hetzij enkel om het bedrag van de veroordeling te bepalen.

Al deze uitzonderingen kan de rechter ook combineren, waardoor zijn handelingsvrijheid als het ware nog groter wordt. Bijvoorbeeld: om een tegensprekelijkheidsgebrek in een deskundigenonderzoek te herstellen kan de rechter de debatten heropenen; of hij kan partijen met een deskundige (wiens advies hij inwint) confronteren door een persoonlijke verschijning te gelasten; of hij kan bevelen de koopmansboeken over te leggen en daarbij het advies van een deskundige vragen; enz.

26. *Algemene*, niet letterlijk in de wet opgenomen *uitzonderingen* op het lijdelijkheidsbeginsel in dit domein zijn de volgende:

a. *Ontvankelijkheidsoordeel*: de rechter houdt toezicht op de ontvankelijkheidsvereisten van de vordering (belang, hoedanigheid, vormen, termijnen,...) en mag in bepaalde gevallen ambtshalve optreden (nietigheid, openbare orde, termijnen)(53).

b. *Kontrolle op de toelaatbaarheid van de aangevoerde feiten en de te leveren bewijzen* (54).

c. *Onderzoek ingeval van verstek*. Ingeval van verstek (van de verweerder) heeft de rechter het recht/de plicht de stukken waarover hij beschikt te onderzoeken en eventueel ambtshalve verweermiddelen of excepties op te werpen. Deze materie is echter nog sterk in discussie en vraagt een hele studie op zichzelf(55).

d. *Verzoeningstaak* (zie hoger nr. 12).

e. *Invloed op het debat*: Men zou de passiviteit die aan de rechter wordt toegeschreven tijdens de debatten, overdrijven indien men meende dat hij in de loop van het geding tot onbewogenheid en stilzwijgen gedoemd zou

zijn. De rechter kan door gepaste opmerkingen het debat richten en een gunstige invloed uitoefenen op de afwikkeling ervan. Iedereen geeft echter toe dat overtollige onderbrekingen wellicht erger zouden zijn dan een stilzwijgen — dat getuigt van omzichtigheid. De rechter kan nochtans zijn taak niet volledig vervullen wanneer hij niet verder gaat dan wat prokureur-generaal Aydalot heeft genoemd «une figuration intellectuelle, marquée de phrases rituelles». (56) Van Reepinghen wijst er in zijn verslag ook op dat lijdelijkheid niet betekent dat rechters onverschillig mogen zijn op de terechtzittingen (57). Zonderland zegt in dezelfde zin dat het zinvol is naast de theoretisch zo uitgeputte onderscheiding van lijdelijkheid en niet-lijdelijkheid, het verschil te stellen tussen de rechter die alles uit een zitting haalt wat erin zit en de rechter die — ook buiten de zitting — voorkeur heeft voor de gemakkelijke, geen risico's opgeleverde houding (58).

f. Een «gepast zoeken naar de waarheid» (59). Naargelang de inhoud die men hecht aan het begrip waarheid kan men verschillende grondslagen voor deze uitzondering aangeven. Ik som er enkele op: het gezag dat de wet wet toekent aan het gewijsde, het vertrouwen dat de rechtzoekenden in de rechter stellen, het feit dat het recht eerst ethiek is en dan techniek (60), de rechten van het individu of de eisen van de samenleving (61). Deze grondslagenstudie behoort echter tot het domein van de rechtsfilosofie. Laten we er daarom — op onwetenschappelijke wijze — vanuitgaan dat er in ons rechtsstelsel een postulaat van de waarheid leeft. Op grond van dat postulaat heeft de rechtsleer de uitzondering geponeerd dat de rechter niet lijdelijk hoeft te zijn ten aanzien van het zoeken naar de waarheid. Sommigen formuleren de uitzondering nogal streng, zoals «de lijdelijkheid geldt niet ten aanzien van de instructie» (62), of «De rechter is op zijn minst bevoegd zelfstandig mee te werken tot opheldering van de feitelijke grondslag van het geding. Ook zonder aandrang van de partijen mag hij maatregelen nemen, nodig om tegenstrijdige beweringen tot klaarheid te brengen.» (63). Op het eerste gezicht zou men inderdaad geneigd zijn te bevestigen dat de rechter alle bevoegdheden moet hebben om de waarheid te ontdekken (63bis). Toch moet omwille van het accusatoir karakter van onze procedure die stellingname genuanceerd worden. De zuivere inquisitoire tendens sluit immers het oordeel van partijen over hun belangen uit. Het kan dat partijen opportuniteitsredenen hebben om, wettig, niet alle middelen aan te wenden waarop zij normaal recht hebben (64)(65).

Twee mogelijkheden: ofwel wordt de rechter opgelegd 'met omzichtigheid' te handelen, ofwel worden alle bevoegdheden voor het zoeken naar de waarheid vastgelegd in gedetailleerde en strenge reglementeringen (66). Ik meen dat we de eerste oplossing moeten verkiezen. Een gedetailleerde regeling van het onderzoek van oneindig gevarieerde feitenkwesties zal immers steeds gebreken vertonen, ten koste van de waarheid (Summunus, summa iniuria). Zo'n regeling zou trouwens ingaan tegen de algemene deformaliserende tendens van ons gerechtelijk privaatrecht.

Dus optie voor de bevoegdheid met een algemene plicht van behoedzaamheid. Vraag blijft a) welke bevoegdheden, en b) wat zijn de grenzen van die behoedzaamheid?

Probleem a) stelt zich minder scherp omdat belangrijke van die bevoegdheden al in de wet, het Gerechtelijk Wetboek, zijn opgenomen (67). Wat de omzichtigheid betreft zou ik willen wijzen op twee criteria: de rechter moet rekening houden met de wil van de partijen (68), en de aangewende middelen moeten (qua kostprijs, tijd en eventuele schendingen van rechten en vrijheden) in verhouding zijn met het voorwerp van de vordering.

27. *Besluit*. Vooreerst kunnen we vaststellen dat dit domein van ons procesrecht wel nog een accusatoire basis heeft. Traditioneel kende het echter al belangrijke algemene uitzonderingen. En er is verder een inquisitoriale tendens merkbaar.

Bij dat alles enkele persoonlijke beschouwingen. Tijdens de behandeling van de vordering wordt de oplossing van het geschil bevochten. Twee partijen staan tegenover elkaar. Ik meen dat de rechter in dat debat een belangrijke inbreng kan hebben. Hij heeft immers zijn ervaring in het oplossen van geschillen (juridisch en psychologisch), en als buitenstaander kan hij geacht worden beter aan te voelen wie 'gelijk' heeft. Daarom acht ik het gunstig dat de rechter tal van bevoegdheden heeft om 'tussen te komen' tijdens de behandeling. A priori is echter niet vast te stellen met welke middelen en in welke mate de rechter moet tussenkomen. Daarvoor zijn de konkrete omstandigheden van elk geschil te verschillend. De rechter zal moeten 'oordelen'. Dat oordeel is cruciaal. Het is belangrijk een degelijk criterium te hebben om dat oordeel op te baseren. De wet zegt niets. Ik zou het als volgt expliciteren, en ik beschouw dat meteen als een herformulering van het beginsel in dit domein: «De rechter mag zich tijdens de behandeling van de vordering slechts lijdelijk of actief opstellen in de mate dat dit een adequate oplossing ten goede komt.». Met 'adequaat' bedoel ik dan een oplossing die zo weinig mogelijk indruist tegen het rechtsgevoel van de justiciabele (69), een oplossing die tijdig is, én een oplossing waarvan de totale kost in verhouding is met het voorwerp ervan (70).

De lege lata kan ik alleen maar wensen dat de rechters dit criterium zouden hanteren bij hun ambtshalve tussenkomsten in de behandeling van de vordering.

De lege ferenda zou men het beginsel ondermeer als volgt kunnen konkretiseren. Men zou de rechters wettelijk kunnen verplichten dat zij in hun motivatie voor een tussenkomst aantonen dat die tussenkomst een 'adequate oplossing' ten goede komt. Ik meen dat het ook erg nuttig zou zijn dat partijen inspraak zouden hebben in dat 'beoordelingsproces' (71). Zij moeten hun intenties, hun belangen en hun bezwaren kunnen kenbaar maken; de rechter zou dan ook verplicht moeten zijn erop te antwoorden.

28. Derde domein: Het voorwerp van de vordering.

Het voorwerp van de vordering is 'wat geëist' wordt (72), «La chose demandée» (73).

29. Het *beginsel* in dit domein luidt: «Het is de rechter verboden het voorwerp van de vordering te wijzigen».

30. *Geldingskracht* van het beginsel.

Het beginsel wordt bekrachtigd door art. 1138, 2^o en 3^o Ger. W., dat bepaalt dat er voorziening in cassatie is tegen de beslissing in laatste aanleg (...) indien er uitspraak werd gedaan over niet gevorderde zaken, of indien er meer werd toegekend dan er gevraagd was; of indien er werd nagelaten uitspraak te doen over een van de punten van de vordering. Het Hof van Cassatie heeft het beginsel bevestigd (74). De rechtsleer erkent algemeen het beginsel (75).

31. *Uitzonderingen*.

1. Art. 1017, lid 1 Ger. W., dat toelaat dat de rechter de in het ongelijk gestelde partij zelfs ambtshalve in de kosten verwijst, kan men beschouwen als een uitzondering op het beginsel (76). Soms wordt zelfs gepleit ten voordele van een actief beleid, dat de rechter moet toelaten de kostenverdeling aan te wenden of aldus te verdelen ten nadele van de partij die zich weinig diligent of 'procesconomisch' heeft gedragen (77). Hieruit volgt dan een — weze het een indirecte — mogelijkheid van ingrijpen door de rechter in de procesvoering».

2. Het toepassen van bepalingen van Openbare orde en dwingend recht. Zoals hoger (nr. 16) werd geformuleerd luidt het beginsel in deze context: «De rechter moet de wetten van openbare orde en dwingend recht toepassen zolang de gevolgen daarvan het gevorderde niet overschrijdt.' Dus principiëel alleen de negatieve functie van die bepalingen (zie nr. 14), *in casu* de eis die indruist tegen zo een bepaling onontvankelijk verklaren (78).

32. Ik meen dat de *grondslag* van het beginsel in dit domein moet gezocht worden in de fundamentele optie voor een accusatoire procedure met haar partij-autonomie: individuen zijn in onze samenleving vrij hun vorderingsrechten al of niet uit te oefenen (zoals uiteengezet onder nr. 21); daarmee hangt samen dat zij vrij zijn te bepalen 'wat' en 'hoeveel' zij van hun tegenpartij zullen vorderen. Deze vrijheid heeft zijn wortels in de algemene liberale sfeer, die onze samenleving nog min of meer beheerst.

33. *Beschouwingen*. Doordat het beginsel zijn wortels heeft in de liberale opvatting van onze maatschappij, blijft het vrij onaangetast en wordt het sterk bekrachtigd door onze rechtspraak.

Tóch is het beginsel soms een hinderpaal voor de adequate oplossing van

geschillen (zoals uiteengezet onder nr. 27). Namelijk het geval waar de rechter een oplossing voor het geschil ziet, maar deze niet kan opleggen, omdat de eisende partij dié oplossing niet gevorderd heeft (79). *De lege lata* kan men slechts adviseren dat eiser zijn dagvaarding zodanig moet opstellen dat zij de rechter niet te erg beperkt in het toekennen van de vordering. Maar omdat in die beredenering wel eens fouten gebeuren ontstaan er moeilijkheden. Hoe deze moeilijkheden — *de lege ferenda* — oplossen?

Als men de rechter de bevoegdheid geeft om ambtshalve het voorwerp van de vordering te wijzigen, kreëert men (weer) het gevaar dat zulks gebeurt tegen de wil van de eisende partij; en dat is tegen de structuur van ons procesrecht en kan de rechtszekerheid in gevaar brengen (cfr. nr. 15). Die handicap kan echter opgelost worden door de rechter slechts de bevoegdheid te geven om ambtshalve een wijziging van het voorwerp *voor te stellen* (tijdens de debatten of na de heropening ervan); de eisende partij moet dan het voorstel al of niet *aanvaarden*. Ook moeten de rechten van de verdediging gerespecteerd worden: verweerder moet de kans krijgen zijn *bezwaren* te formuleren tegen een eventuele wijziging van het voorwerp. En indien de wijziging doorgevoerd wordt moet hij zijn *verweer* ertegen kunnen formuleren.

Ik meen dat op die manier in sommige gevallen tot een 'adequater' oplossing van het geschil (cfr. nr. 27) kan gekomen worden, in andere gevallen zal het gunstiger zijn het proces te herbeginnen — als dat nog mogelijk is.

Vierde domein: De grondslag van de vordering

34. Dit domein wordt opgedeeld in twee delen: 'oorzaak' en 'middelen'. De bevoegdheid van de rechter is er verschillend.

A. De oorzaak van de vordering

35. De oorzaak is de juridische grondslag van de eis (80). Zij kan bestaan uit:

1. «l'acte juridique et tout fait quelconque qui, ne dérivant pas d'un contrat, est la source d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit» (81).

2. de wet zelf (82).

36. Het *beginsel* in dit deeldomein: «Het is de rechter verboden de oorzaak van de vordering te wijzigen».

Het beginsel wordt niet uitdrukkelijk door de wet bekrachtigd. Het Hof van Cassatie (83) en de rechtsleer (84) erkennen het beginsel.

37. *Uitzondering*: de negatieve functie van de bepalingen van Openbare Orde en dwingend recht (84bis). De rechter zal bijgevolg elke vordering

die steunt op een oorzaak die indruist tegen een wet van openbare orde of van dwingend recht onontvankelijk verklaren; of zal hij niet gebonden zijn aan door partijen voorgestelde rechtsregels inzake rechten waarover zij niet vrij beschikken.

38. *Grondslag* van het beginsel in dit deeldomein. Dit beginsel is mijn inziens een *gevolg* van het accusatoir karakter van onze procedure: aangezien het in die procedure principiëel verboden is dat de rechter op zoek gaat naar de feiten of een onderzoek instelt naar de waarheid ervan, kan hij ook de oorzaak van een vordering niet bepalen of wijzigen. (De oorzaak bestaat immers uit of steunt op de betreffende feiten). In het domein 'behandeling van de vordering' is echter een inquisitoire tendens ontstaan (zie nr. 24 e.v.), zodat deze grondslag aan waarde inboet. Het beginsel is, naar mijn aanvoelen, niet zozeer uitdrukking van een individueel vrijheidsrecht, zoals dit gold voor 'de inleiding van de vordering' en voor 'het bepalen van het voorwerp van de vordering'. Men vindt het beginsel trouwens niet uitdrukkelijk bekrachtigd in de wet. En is het voor de eisende partij niet eender of haar vordering wordt toegekend op grond van niet-uitvoering van het pacht-kontrakt of op grond van de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken(85)?

B. Middelen

39. *Begrip*. «C'est le soutien nécessaire d'une demande ou d'une défense devant le juge de fond» (86). «Les divers moyens consistent à dissocier les éléments constitutifs de la cause de manière à faire apparaître qu'une condition légale de l'effet de droit réclamé fait défaut (ou non)» (87). «Les moyens peuvent être constitués d'éléments de fait ou de droit, ou les deux» (88). Een voor onze materie belangrijk verschil met de oorzaak is dat de middelen ook door de verweerder gebruikt worden, om aan te tonen dat de vordering ongegrond is.

40. *Beginsel* in dit deeldomein: «De rechter kan ambtshalve een *middel in rechte* vervangen of toevoegen». Deze bevoegdheid van de rechter is echter niet onttrokken aan het beginsel van de partij-autonomie. Het ambtshalve optreden moet aan volgende voorwaarden voldoen:

- a) een ingeroepen middel mag niet ingaan tegen een akkoord van partijen (89).
- b) het ingeroepen middel moet steunen op de feiten die op regelmatige wijze aan de rechter werden voorgelegd (90).
- c) het ingeroepen middel mag er geen zijn dat absoluut aan partijen is voorbehouden (91).
- d) de rechter moet de heropening van de debatten bevelen alvorens de vordering geheel of gedeeltelijk af te wijzen, op grond van een exceptie die de partijen niet voor hem hadden in geroepen, (art. 774, lid 2 Ger.W.). Indien het middel de openbare orde aanbelangt, moet hij het ambtshalve inroepen. Bijgevolg vervallen dan de voorwaarden a) en c).

41. *Geldingskracht* van het beginsel in dit deeldomein.

Het beginsel wordt niet uitdrukkelijk bekrachtigd door de wet.

Het Hof van Cassatie heeft het beginsel bevestigd (94).

Omdat niet elk auteur het onderscheid oorzaak/middelen maakt, vindt men het beginsel slechts bij enkele auteurs bevestigd (95).

42. Als *grondslagen* van het beginsel kan men aangeven:

1. De rechter moet als orgaan van de staatsmacht het naleven van de wetten verzekeren (96).

2. het adagium 'Jura novit curia' — de rechter wordt geacht het recht te kennen en het toe te passen (97).

43. C. Beschouwingen over de twee deeldomeinen

Het onderscheid tussen oorzaak en middelen lijkt *prima facie* dé oplossing te geven op de vraag wanneer de rechter ambtshalve mag optreden ten aanzien van de grondslag van de vordering. *In concreto* echter is het onderscheid tussen die begrippen soms moeilijk te maken. En omdat met die respectievelijke begrippen beginselen korresponderen met tegenovergestelde gevolgen, kan die moeilijkheid leiden tot onbillijke uitspraken. Namelijk in het geval waar de rechter zijn oordeel moet steunen op een juridische qualificatie van de feiten, die niet door partijen voorzien werd. Dan kan de rechter beslissen dat die qualificatie als 'oorzaak' van de vordering beschouwd wordt, zodat hij de vordering niet kan toekennen; of hij kan beslissen dat die qualificatie slechts een 'middel' is, zodat hij de vordering wel kan toekennen... *De lege lata* kan men dan adviseren dat de partijen de grondslag van hun vordering 'feitelijk' goed moeten omschrijven; maar 'juridisch' zo weinig mogelijk moeten preciseren (98). Dat kan de rechter wat meer armslag bieden, maar het is geen oplossing voor ons probleem. Twee beginselen zijn met elkaar in conflict, aan een ervan moet de voorkeur gegeven worden. *De lege ferenda* meen ik dan ook, dat we het beginsel dat verbiedt de oorzaak van de vordering te wijzigen zonder meer over boord moeten gooien. Die afwijzing steun ik op volgende gronden:

1. het beginsel zorgt voor veel nodeloze verwarring.

2. de grondslag van het beginsel is zeer wankel (zie nr. 47).

3. Ik meen dat het zijn sterke handhaving tot nu toe, alleen te danken heeft enerzijds aan het feit dat het steeds samen gebruikt werd met het — wél valabele — beginsel dat verbiedt dat de rechter het *voorwerp* van de vordering wijzigt (100) en anderzijds aan het feit dat het beginsel impliciet andere rechten van partijen beschermt, zoals de tegensprekelijkheid.

4. ik meen dat het tegenovergestelde beginsel, nl. dat de rechter toelaat een 'middel in rechte' te vervangen of toe te voegen voldoende is om de hele problematiek op te lossen: het beantwoordt aan een noodzaak in de procedure om tot 'adequate' oplossingen (101) te komen, het heeft voldoende grondslag en het wordt genuanceerd door de eisen van de partij-autonomie (zie nr. 49). Wel is er dan nog het probleem van de tegensprekelijkheid.

44. Namelijk buiten de gevallen die voorzien zijn in art. 774, lid 2 Ger.W. (102) is de rechter niet verplicht de debatten te heropenen als hij ambtshalve een middel inroept. Artikel 774, lid 1 Ger.W. is slechts fakultatief: «De rechter kan de heropening van de debatten ambtshalve bevelen». Doet de rechter het niet, dan krijgt de (benadeelde) partij niet de kans zich te verweren. Er bestaat immers het gevaar dat de rechter feiten foutief interpreteert (103) of een foutieve juridische redenering opbouwt. De benadeelde partij zal dan daartegen in beroep moeten gaan (als het nog kan of als het de moeite nog loont...). Die procedurele vertraging en belasting kan vermeden worden door een heropening van de debatten.

Bijgevolg zou het — *de lege ferenda* — gunstig zijn de heropening van de debatten te verplichten zodra de rechter ambtshalve een middel inroept dat tijdens de debatten niet ter sprake kwam. *De lege lata* kan ik maar wensen dat de rechters slechts ambtshalve middelen aanwenden om een 'adequate' oplossing (zie nr. 27) na te streven; en indien zij ambtshalve een nieuw middel introduceren zoveel mogelijk de tegensprekelijkheid garanderen.

45. Vijfde domein: Het verloop van het geding

Mag de rechter initiatieven nemen om de *duur* van het proces te verkorten of te verlengen? Kan hij partijen verplichten sneller of trager te handelen?

46. *Beginsel*: «Het is de rechter verboden initiatieven te nemen om het verloop van het geding te beïnvloeden».

47. *Geldingskracht* van het beginsel. De wet bevestigt het beginsel door art. 730,1 Ger.W. (toestemming van partijen voor doorhaling op de algemene rol) en art. 751 en volgende Ger.W. (aanmaningsprocedure gebeurt op initiatief van partij(en)).

In de rechtsleer wordt het beginsel *in se* (nog) erg weinig expliciet behandeld. Meestal spreekt men slechts algemeen over 'de leiding van het geding' (104). Afgezien van de beginsel-studie zijn er wel al de talrijkere studies hoe in het algemeen de procedure kan versneld worden (105).

48. Uitzonderingen op het beginsel in dit domein:

1. Wettelijke uitzonderingen: ambtshalve weglating van de zittingsrol (art. 730,2 Ger.W.), afzonderlijke berechting van de tegenvordering indien deze de berechting van de hoofdvordering teveel zou vertragen (820 Ger.W.), ambtshalve voeging van samenhangende zaken (art. 856,2 Ger.W.), de rechter bepaalt de termijn voor de oproeping tot vrijwaring (art. 857,1 Ger.W.), de rechter kan in bepaalde omstandigheden de termijnen voor het nemen van conclusies wijzigen (art. 784,4 Ger.W.).

2. Algemene uitzonderingen: De rechter kan vanuit zijn verzoeningsrol (zie nr. 12) proberen een verzoening of een *accordandum* tot stand te brengen zodat eindeloze (juridische) vitterij vermeden wordt en/of de procedure gevoelig verkort wordt.

Indirekt kan de rechter een invloed op het verloop van het proces uitoefenen door: 1) voor langgerokken betwistingen ambtshalve onderzoeks- of bewijsmaatregelen te bevelen, die een snellere oplossing van de betwisting kunnen bevorderen; 2) door de formele eisen van de procedure slechts aan te wenden in het belang van de partijen, (temperen van het formalisme).

49. *Beschouwingen.* Deze materie is nog vrij onontgonnen door rechtsleer, rechtspraak en wet. Nochtans is het een belangrijk element in de procedure. Door de aanslepende vertraging in bepaalde niveau's van de rechtspraak komt het probleem wel meer in de belangstelling. Er wordt de eis gesteld van de redelijke termijn.

Men moet er zich wel voor hoeden het hele probleem te willen oplossen met een uitbreiding van de bevoegdheid van de rechter met betrekking tot het verloop van het geding. Er zijn verschillende oorzaken voor de vertraging die elk hun oplossing vragen. Zo is, mijn inziens, een uitbreiding van die bevoegdheid alleen te verantwoorden voor vertragingen die veroorzaakt worden door de partijen. En ook hier zou de eventuele bevoegdheidsuitbreiding niet ongenueanceerd mogen zijn. Dwangmiddelen tegen de tekortkomingen of misbruiken van de tegenpartij, zouden slechts mogen toegepast worden op verzoek van de benadeelde partij; en dan nog zou ik de rechter verplichten tot een adequaatheids-oordeel (in de zin van nr. 27).

50. *Zesde domein: Na het vonnis*

In welke mate geldt de lijdelijkheid van de rechter eens het proces voorbij is? Kan hij initiatieven nemen om een vonnis te wijzigen? Quid met de rechtsmiddelen?

51. *Beginsel:* Eens het vonnis uitgesproken neemt de rechter geen initiatieven».

52. Rechtsregels waar men het beginsel terugvindt: uitlegging of verbetering van het vonnis kunnen niet ambtshalve geschieden (art. 797 Ger. W.), vooraleer een vonnis kracht van gewijsde heeft moet het betekend worden door een partij (art. 1495 Ger. W.), de rechter heeft geen initiatief inzake rechtsmiddelen (artt. 1042-1147)(106).

53. *Grondslag* van het beginsel in dit domein. Als juridische grondslag kan men aangeven dat eens het vonnis is uitgesproken, de rechter geen rechtsmacht meer heeft voor het (opgeloste) geschil.

Algemener kan men zeggen dat er nogal wat rechtsonzekerheid zou bestaan indien de rechter op eigen initiatief zijn eigen vonnis zou kunnen wijzigen of ertegen in beroep gaan.

54. *Beschouwingen.* Het beginsel in dit domein is zeer aanvaardbaar. Als

partijen tevreden zijn met de oplossing van hun geschil hoeft geen andere instantie nog de bevoegdheid te hebben tegen oplossing op te komen; tenzij de openbare orde in het gedrang is (zie noot 106).

55. DEEL III. SLOTBESCHOUWINGEN

Na alle gemaakte onderscheidingen acht ik het weinig zinvol hier nog 'algemene' besluiten over de materie te maken; daarvoor is ieder 'domein' te verschillend. Toch enkele beschouwingen.

Het onderzoeksgebied van deze studie is vrij groot. Daardoor is het werk op sommige plaatsen nog te oppervlakkig, te weinig gestaafd, te weinig doordacht. De tijd ontbrak.

Ik pleit ervoor dat het beginsel van lijdelijkheid — of bedrijvigheid — van de rechter geen doel op zichzelf zou zijn. Het moet steeds gezien worden in functie van de 'adequate oplossing' van geschillen.

Na al dit eerder theoretisch geschrijf is het van belang de aandacht te vestigen op de méns in die structuren. Zelfs het meest volmaakte procesrecht leidt niet tot goede oplossingen van geschillen, indien de mensen die ermee werken die goede oplossingen niet nastreven. In casu de rechter. De rechter zou steeds voor ogen moeten hebben dat mensen op hem beroep doen om hun geschillen op te lossen. Hij moet zich geheel inzetten om de meest 'adequate oplossing' van die geschillen te bekommen.

(1) HABSCHIEDT, W.J., *Les principes fondamentaux du droit judiciaire privé*, in: *Towards a justice with an human face*, Antwerpen, 1978, nr. 8, 60.

TAMELO, I., *Theorie der gerechtigheid*, Antwerpen, 1979, o.a. 77 e.v.

(2) In dezelfde zin, maar anders geargumenteed: HABSCHIEDT, W.J., *ibidem*; HUGENHOLTZ, W., Hoofddlijnen van Nederlands Burgerlijk procesrecht, 11de druk, 's Gravenhage, 1976, nr. 5, 7.

(3) Voor een synthetische rechtsvergelijking, zie o.a.: VAN REEPINGHEN, C., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel 1964, 269-270; FERLAND, P., *Rôle du juge dans les proces civils, Rapports Généraux au VII^{me} Congres International de Droit Comparé*, Brussel, 1962, 449; HABSCHIEDT, W.J., *o.c.*, blz. 60-63.

(4) ROUARD, P., *Traité Élémentaire de droit judiciaire privé, Tome préliminaire, Volume I, principes Généraux*, Brussel, 1979, nr. 13.

(5) In dit verband zie o.a.: VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel, Beginnselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, 1973, 15 e.v.

(6) a.d.h.v. ROUARD, P., *o.c.*, Tome préliminaire, Volume II, Organisation Judiciaire, compétence, éléments de procedure, Brussel, 1979, nr. 1176-1177.

(7) CAMBIER, C., *Droit Judiciaire Civil, Tome I*, Brussel, 1974, blz. 105; DECORTE, R., *Sociale zekerheid en procesrecht*, in: *Raakvlakken tussen Sociale zekerheid en andere rechtstakken, Tweede Deel*, Brussel, 1975, blz. 188; ROUARD, P., *o.c.*, Tome préliminaire, Volume II, blz. 850; VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 266.

(8) Sommige Nederlandse rechtsleer ziet, onder invloed van Boneval Faure, de lijdelijkheid als verlengstuk van de partijautonomie uit het privaatrecht. Ik vind die voorstelling minder duidelijk en trouwens niet zo evident; partijautonomie in het privaatrecht impliceert niet automatisch partijautonomie in het procesrecht (cfr. Frankrijk). Voor deze rechtsleer, zie: BONEVAL FAURE, R., *Het Nederlandse Burgerlijk Procesrecht*, Deel I, 3de druk, 1893, blz. 113; HAARDT, W.L., *Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht*, in *Honderd Jaar rechtsleven*, Zwolle, 1970, blz. 141; STEIN, P.A., *Imperdium voor burgerlijk procesrecht*, Amsterdam, 1970, blz. 45. *Contra*: HUGEN-

- HOLTZ, W., *o.c.*, blz. 8.
- (9) CAMBIER, C., *o.c.*, blz. 93, nr. 103-105; VAN DIEVOET, G., *Gerechtelijk Privaatrecht*, Leuven, 1978, blz. 152; VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 266.
- (10) Noot onder HR. 14 december 1951, *N.J.*, 1953, 2; geciteerd door HAARDT, W.L., *o.c.*, blz. 141.
- (11) TAMELO, I., *o.c.*, blz. 103.
- (12) Het probleem van de neutraliteit is echter veel complexer dan dit quantitative aspect; het valt echter buiten het kader van deze studie.
- (13) STORME, M., Het ontwerp van Ger. W., *R.W.*, 1963-'64, kol. 1852; *De actieve rol van de rechter*, in *Liber amicorum Jean van Houtte, Dl. II*, Brussel, 1975, nr. 16, blz. 975; Een procesrecht voor deze tijd? *R.W.*, 1964-'65., kol. 661.
- (14) VAN DALE, *Nieuw Handwoordenboek der Nederlandse Taal*, zevende druk, 's Gravenhage, 1973, blz. 497.
- (15) CAMBIER, C., *o.c.*, blz. 92; DECORTE, R., *o.c.*, blz. 188; DE LEYE, O., Het beroep tegen een administratieve rechtshandeling en de lijdelijkheid van de rechter, *R.W.*, 1974-'75, kol. 2640; ROUARD, P., *Tome Prél., Vol. II*, nr. 1136, blz. 863; STAR BUSMAN, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem, 1972, nr. 248, blz. 219; STEIN, P.A., *o.c.*, blz. 45; VAN LENNEP, R., nr. 61, blz. 397; VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 267.
- (16) Ik neem ze hier gewoon over van Cambier; maar eigenlijk verdienen ze een studie op zichzelf. CAMBIER, C., *o.c.*, blz. 92.
- (17) Het 'ambtshalve optreden' is mijn inziens de enige werkelijke uitzondering op het beginsel van lijdelijkheid. Deze uitzonderingen mogen in deze studie niet verward worden met elementen uit de procedure die er zouden kunnen op wijzen dat de rechter «actief» is. (cfr. STORME, M. *De actieve rol van de rechter*, *o.c.*, nr. 9 en 10, blz. 972 en 973). Het gaat er in deze studie niet om de 'aktiviteitsgraad' van de rechter te meten; de bedoeling is na te gaan waar de rechter *initiatief* neemt, dat 'normaal' aan partijen toekomt.
- (18) Deze belangrijke beperking is alweer uiting van het accusatoir karakter van onze procedure. Cfr.: CAMBIER, C., *o.c.*, blz. 92 en 93; DECORTE, R., *o.c.*, nr. 13, blz. 188; STAR BUSMAN, C.W., *o.c.*, nr. 248, blz. 219.
- (19) VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 271.
- (20) *cfr.*: «Il a toujours été admis que les tribunaux conservaient un rôle de 'consiliateurs' qu'ils exerçaient par la voie de la computation personnelle des parties». ROUARD, P., *o.c.*, Tome I, nr. 23, blz. 93.
- (21) voor de *ratio* daarvan zie: VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 268.
- (22) STORME, M., *De actieve rol van de rechter*, *o.c.*, nr. 13, blz. 974.
- (23) L'orateur du Conseil d'Etat', geciteerd door VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 268, in noot 6.
- (24) VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 268.
- (25) ROUARD, P., *o.c.*, Tome III, L'instruction de la demande, Brussel, 1977, nr. 19, blz. 32.
- (26) MALAURIE, P., geciteerd door RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la cour de Cassation*, Brussel, 1966, nr. 36, blz. 54, noot 26.
- (27) RIGAUX, F., *o.c.*, nr. 36, blz. 54-55.
- (28) Cfr.: VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 267.
- (29) RIGAUX, F., *o.c.*, nr. 36, blz. 55.
- (30) RIGAUX, F., *o.c.*, nr. 38, blz. 58.
- (31) VANDERMEERSCH, W., Het voorwerp van de vordering in de geschillen betreffende de sociale zekerheid, *R.W.*, 1973-'74, nr. 12, kol. 521.
- (32) DELEYE, O., *o.c.*, kol. 2645-2646; en citeert in noot 38: Cass., 13 oktober 1966, *R.W.*, 1966-'67, 1423.
- (33) RIGAUX, F., *o.c.*, nr. 38, blz. 54-55.
- (33bis) Uitzondering, die vrijwel alle facetten behandelt: STORME, M., *De actieve rol van de rechter*, *o.c.*
- (34) Ik vind deze indeling gedeeltelijk bij ROUARD, P., *o.c.*, Tome préliminaire, volume II, nr. 1174, blz. 850. Anderen maken een andere indeling. Cfr. HABSCHIEDT, W.J., *o.c.*, blz. 60; ZONDERLAND, P., *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Zwolle, 1977, blz. 136.

(35) VAN BAUWEL, L., *Handboek voor het burgerlijk procesrecht*, deel I, Leuven, 1934, blz. 95.

(36) VAN LENNEP, R., *Belgisch burgerlijk procesrecht*, deel IX, Antwerpen, 1953-'59, nr. 61, blz. 397.

(37) VAN DIEVOET, G., *o.c.*, blz. 13.

(38) CAMBIER, C., *o.c.*, blz. 91; DECORTE R., *o.c.*, nr. 14 blz. 188; HABSCHIEDT, W.J., *o.c.*, blz. 60; HUGENHOLTZ, W., *o.c.*, blz. 8; STAR BUSMAN, C.W., *o.c.*, blz. 219; STEIN, P.A., *o.c.*, blz. 44; VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 266.

(39) Uitzondering: de ambtshalve failliet verklaring (art. 442, lid 1, W.Kh.). Nemen 'partijen (schuldenaar of schuldeiser(s)) niet het initiatief tot de aangifte van of het verzoek tot de faillissementsverklaring, dan kan de rechtbank dat ambtshalve. Deze rechtsregel vormt een wettelijke uitzondering op het beginsel van lijdelijkheid van de rechter. Deze uitzondering kan voldoende verantwoord worden; zodat zij niet als een 'aantasting van de rechten en vrijheden van partijen' moet beschouwd worden. Het betreft hier immers geen 'geding' in de enge zin van het woord; maar veeleer een officiële verklaring, een vorm van publiciteit ter bescherming van de financiële belangen van derden. Anderzijds kan het 'initiatief door partijen' uitblijven door: de kwade trouw of de nalatigheid van de schuldenaar(s), of door onderlinge verdeeldheid tussen de schuldenaars-vennoten over de noodzaak van aangifte van het faillissement, of door de achteloosheid of het verzuim van de schuldeisers, of doordat vaak de moeite, de risico's en de kosten niet opwegen tegenover de resterende boedel of doordat sommige schuldeisers de financiële toestand van de schuldenaar niet (kunnen) kennen,... In al deze gevallen kan een ambtshalve faillietverklaring de oplossing brengen, zowel ter bescherming van de belangen van de schuldeisers of de potentiële kredietverleners, als de sanktie tegen de nalatigheid van de schuldenaar(s). CLOQUET, A., *Les concordats et la faillite, Les Nouvelles, Droit Commercial*, Tome IV, Brussel, 1975, nr. 1123, blz. 330; VAN RYN, J. & HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, Tome IV, Brussel, 1965, nr. 2654.

(40) *Cfr.*: artt. 700-705, Ger.W.

(41) Art. 716, lid 4, Ger.W.

(42) Voor rechtsbijstand, zie: artt. 664-699 Ger.W.; voor poging tot minnelijke schikking, zie: art. 731 Ger.W. Wat de rechtsbijstand betreft moet gewezen worden op twee UITZONDERINGEN: 1: art. 666 Ger.W. (ambtshalve bevel tot kosteloze rechtspleging, wanneer vermoed wordt dat het actief van een faillissement ontoereikend zal zijn om de eerste vereffeningskosten te dekken). Het is opvallend dat ook deze uitzondering zich situeert in de sfeer van het faillissement. 2: art. 678,1 Ger.W. (verzoeningspoging voor het Bureau van rechtsbijstand). De poging tot verzoening gaat uit van het Bureau. Daarbij moet opgemerkt worden dat die verzoeningspoging ook op de grond van de zaak moet slaan. Zie: ROUARD, P., *o.c.*, Tome I, nr. 37, blz. 37; nr. 126, blz. 178. Ook in verband met de voorafgaande poging tot minnelijke schikking dienen enkele opmerkingen gemaakt: Voor de fakultatieve pogingen geldt het beginsel van lijdelijkheid bijzonder streng en werd zelfs uitdrukkelijk in de wet opgenomen. (Art. 731 Ger.W.: «... kan op verzoek van een partij of met beider instemming ter minnelijke schikking worden voorgelegd aan de rechter...»). Ook de verplichte gevallen van poging tot minnelijke schikking (1) vormen eigenlijk geen uitzondering op het beginsel: in geen van die gevallen bepaalt de wet dat *de rechter* het *initiatief* moet nemen tot de verzoeningspoging. Ofwel moet dat initiatief uitgaan van partijen (in de meeste gevallen), ofwel is het een element van de procedure en gebeurt zij automatisch (vb. door de griffier in bepaalde arbeidsgeschillen). Met andere woorden de beslissing om een voorafgaandelijke poging tot minnelijke schikking te organiseren mag niet uitgaan van de rechter, zij gebeurt ofwel door partijen ofwel door de wet. Het feit dat de wet dit initiatief-recht aan de rechter ontnemt betekent niet dat, eens partijen voor hem staan, de rechter geen verzoenende rol zou kunnen spelen. *Cfr. supra*, nr. 12).

(43) KOHL, A., *pouvoirs et devoirs du juge statuant par défaut, J.T.*, 1972, blz. 329; STORME, M., *o.c.*, zie noot 13; Een procesnoodrecht, *T.P.R.*, 1980, blz. 504.

(44) SOLUS, H., & PERROT, R., *Droit Judiciaire privé*, Tome I, Paris, 1961, nr. 112, blz. 110.

(45) HABSCHIEDT, W.J., *o.c.*, blz. 61.

(45 bis): zie o.a. 'Naar een vernieuwende rechtspositie van de verbruiker: de voorstellen van Test-Aankoop', Brussel, 1981, p. 55-74.

- (46) VAN DIEVOET, G., *o.c.*, blz. 180.
- (47) VAN BAUWEL, L., *o.c.*, blz. 95.
- (48) VAN LENNEP, R., *Handboek van het burgerlijk procesrecht*, Leuven, 1959, blz. 36.
- (49) Vooral de artikelen 726 tot 1034 Ger.W.
- (50) Voor een uiteenzetting van de positiefrechtelijke regeling van de hele materie, zie: ROUARD, P., *o.c.*, Tome III (L'instruction) en Tome IV (Les preuves).
- (51) artt. 436-439 Ger.W.: inzake de overlegging van de stukken; artt. 741-748 Ger.W.: inzake het nemen, het neerleggen en uitwisselen van conclusies; art. 750 Ger.W.: «de meest gereede partij verzoekt de rechtdag te bepalen. (...)»; artt. 751-753 Ger.W.: inzake de aanmaningsprocedure; artt. 755-756 Ger.W.: inzake schriftelijke procedure.
- (52) De wetgever heeft echter al een uitzondering gemaakt door art. 1371 bis Ger.W. (procedure 'recht van uitweg').
- (52bis) art. 916: ambtshalve gelasten van getuigenverhoor; art. 962: ambtshalve gelasten van deskundigen onderzoek of advies; art. 992: bevel tot persoonlijke verschijning; art. 1007: ambtshalve bevel tot plaatsopneming.
- (53) VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 267; STORME, M., *De actieve rol van de rechter*, *o.c.*, nr. 4, blz. 969-970; *cfr. supra* blz. 14.
- (54) *Cfr. Supra*, nr. 14; STORME, M., *De actieve rol van de rechten*, *o.c.*, nr. 6 en 7.
- (55) DE CORTE R., & LAENENS, J., De verstek procedure en de taak van de rechter bij verstek, *T.P.R.*, 1980, blz. 447; KOHL, A., Pouvoirs et devoirs du juge statuant par défaut *J.T.*, 1972, blz. 329.
- (56) VAN REEPINGHEN, *o.c.*, blz. 268-269.
- (57) VAN REEPINGHEN, *O.C.*, BLZ. 273.
- (58) ZONDERLAND, P., *o.c.*, blz. 139.
- (59) VAN REEPINGHEN, *o.c.*, blz. 271-273.
- (60) SAVATIER, R., *Les métamorphoses du droit privé*; geciteerd door *idem sub* (59), in noot 19.
- (61) *Cfr. STORME, M.*, Een procesrecht voor deze tijd? *o.c.*, nr. 25, kol. 260-261.
- (62) VAN LENNEP, R., *Belgisch burgerlijk procesrecht*, *o.c.*, nr. 61, blz. 397.
- (63) STAR BUSMAN, C.W., *o.c.*, nr. 248, blz. 219.
- (63bis) ROUARD, P., *o.c.*, Tome Prél., Volume II, nr. 1174, blz. 851, (63bis).
- (64) VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 274.
- (65) Deze redenering wijst op het belangrijk onderscheid tussen ambtshalve maatregelen tegen de wil van beide partijen en deze tegen de wil van slechts een partij. *cfr.*: ZONDERLAND, P., *o.c.*, blz. 135 en 139-140.
- (66) *Idem* (63bis)
- (67) *Cfr. supra*: nr. 24
- (68) *Idem* (64)
- (69) In dit verband, zie: LANGEMEYER, G.E., *De taak van de rechter*, in: *Taak en opleiding van de magistratuur — randbedenkingen bij een colloquium*, Gent, 1973, ihb. blz. 16 ev.
- (70) STORME, M., Pleidooi voor een procesnoodrecht, *T.P.R.*, 1980, nr. 4, blz. 506; WIJCKERHELD BISDOM, C.R.C., Ontwikkeling van het procesrecht in Nederland, *T.P.R.*, 1980, nr. 1, blz. 426.
- (71) Eventueel in de aard van het laatste lid van art. 748 Ger.W.: «... wanneer de omstandigheden van de zaak dit rechtvaardigen kunnen de termijnen (...), in der minne of, de partijen gehoord of opgeroepen zijnde, door de rechter gewijzigd worden.»
- (72) VANDERMEERSCH, W., *o.c.*, kol. 517.
- (73) ROUARD, P., *o.c.*, Tome II, nr. 160, blz. 152, Tome Prél., Vol. I, nr. 169
- (74) Cass. 10 februari 1975, *R.W.*, 1974-1975, kol. 221; Cass. 14 januari 1965, *Pas.*, 1965, I, 474; Cass. 13 oktober 1966, *R.W.*, 1966-'67, 1424; Cass. 27 januari 1972, *Pas.*, 1972, I, 510; Cass. 13 april 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 758.
- (75) DECORTE, R., *o.c.*, nr. 13 en 14, blz. 188-189; DELEYE, O., *o.c.*, kol. 2640; RIGAUX, F., La nature du contrôle (...), *o.c.*, nr. 32, blz. 47; L'objet et la cause (...), *o.c.*, nr. 10, 11, 15, 17; ROUARD, P., *idem sub* (2); VANDERMEERSCH, W., Kol. 518; VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, Blz. 266.
- (76) ROUARD, P., *o.c.*, Tome préliminaire, Volume II, nr. 188, blz. 299.
- (77) Zie o.a. CEREXHE, E., La condamnation aux dépens: une sanction au refus de

collaboration à l'administration de la preuve, noot sub kph. Luik dd. 3 februari 1978, *R.C.J.B.*, 1979, blz. 455 e.v.

(78) RIGAUX, F., L'objet et la cause (...) *o.c.*, nr. 18, blz. 23-24; *cf.* *supra* nr. 14.

(79) Voor bijzondere moeilijkheden in het sociaal recht, zie: DECORTE, R., *o.c.*, nr. 14, blz. 188-189; DE LEYE, O., *o.c.*, kol. 2640 ev.; VANDERMEERSCH, W., *o.c.*, kol. 522 ev.

(80) Advies van Prok. Gen. GANSHOF van der Meersch, voor cass., 4 mei 1972, *Pas.*, 1972, I, 819; geciteerd door ROUARD, P., *o.c.*, Tome II, nr. 161, blz. 153, in noot 5.

(81) Cass. 24 december 1965, *Pas.*, 1965, I., 569; geciteerd door *idem sub* (80) in noot 6.

(82) ROUARD, P., *o.c.*, Tome II, nr. 161, blz. 153.

(83) Recentste arrest: Cass. 10 januari 1980, *R.W.*, 1980-'81, kol. 1340; voor andere arresten zie rechtsleer *sub* (84).

(84) DELEYE, O., *o.c.*, kol. 2639-2640; RIGAUX, F., L'objet et la cause (...) *o.c.*, nr. 20, blz. 248; VANDERMEERSCH, W., *o.c.*, nr. 5, kol. 518; VAN REEPINGHEN, C., *o.c.*, blz. 266.

(84bis) Cass. 13 april 1972, *Arr.Cass.* 1972, 758; *cf.* *supra* nr. 14.

(85) *Cfr.* Cass. 10 januari 1980, *R.W.*, 1980-'81, kol. 1340; Voor verdere beschouwingen *cf.* *infra*, nr. 43.

(86) RIGAUX, F., L'objet et la cause (...), *o.c.*, nr. 24, blz. 251; VANDERMEERSCH, W., *o.c.*, nr. 5, kol. 517.

(87) RIGAUX, F., L'objet et la cause (...), *o.c.*, nr. 27, blz. 252.

(88) ROUARD, P., *o.c.*, Tome II, nr. 162, blz. 155.

(89) RIGAUX, F., L'objet et la cause (...), *o.c.*, nr. 28, blz. 252; verwijst naar Cass., 11 maart 1960, *Pas.*, 1960, I, 808.

(90) RIGAUX, F., L'objet et la cause (...) *o.c.*, nr. 29, blz. 252; verwijst naar Cass., 27 september 1963, *Pas.*, 1964, I, 93; RIGAUX, F., La nature de la contrôle (...) *o.c.*, nr. 32, blz. 18, en nr. 34, blz. 51.

(91) RIGAUX, F., L'objet et la cause (...), *o.c.*, nr. 29, blz. 253; geeft als voorbeelden: exceptie van kracht van gewijsde (art. 27,2 Ger.W.), putatief huwelijk (artt. 201-202 B.W.) gebreken in de publiciteit vereist door de Hypotheekwet; met bijhorende rechtspraak.

(92) RIGAUX, F., L'objet et la cause (...), *o.c.*, nr. 31, blz. 253. ROUARD, P., *o.c.*, Tome II, nr. 162, blz. 156-157.

(93) RIGAUX, F., L'objet et la cause (...), *o.c.*, nr. 30, blz. 253.

(94) O.a.: Cass., 22 december 1972, *Arr. Cass.* 1973, blz. 445; Cass., 3 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, blz. 1035.

(95) RIGAUX, F., L'objet et la cause (...), *o.c.*, nr. 25, blz. 251; ROUARD, P., nr. 162, blz. 156-157; *o.c.*, Tome II, VANDERMEERSCH, W., *o.c.*, kol. 518.

(96) CAMBIER, C., *o.c.*, blz. 92; zie ook *supra*, nr. 10.

(97) RIGAUX, F., La nature du contrôle (...), *o.c.*, nr. 34, blz. 50-51.

(98) RIGAUX, F., L'objet et la cause (...), *o.c.*, nr. 20, blz. 248.

(99) *Cfr. supra*: nr. 38.

(100) RIGAUX, F., L'objet et la cause (...), *o.c.*, nr. 13, blz. 244; zie ook *supra* nr. 32.

(101) In de betekenis uiteengezet in nr. 27.

(102) = het geheel of gedeeltelijk afwijzen van de vordering op grond van een exceptie die partijen niet hadden ingeroepen.

(103) RIGAUX, F., L'objet de la cause (...), *o.c.*, nr. 33, blz. 254.

(104) Uitzondering: STORME, M., De actieve rol van de rechter, *o.c.*, nr. 12, blz. 973: «Zelfs na een nauwlettend onderzoek van het Belgisch rechtssysteem kan moeilijk staande worden gehouden dat de rechter het verloop van het geding kan beïnvloeden».

(105) o.a. in: *10 jaar gerechtelijk wetboek, I.U.S.*, 1981, nr. 1.

(106) De aandacht dient gevestigd op artikel 138, lid 2 Ger.W. Uit dat artikel wordt immers afgeleid dat het Openbaar Ministerie hoger beroep kan instellen of zich in Cassatie voorzien ook als het geen partij was bij het geschil (VAN DIEVOET, G., *o.c.*, blz. 238-248). Deze norm is geen uitzondering op het beginsel van lijdelijkheid van de rechter; het is wel een uitzondering op de partij-autonomie.