Utrecht University Library
Partner in Science
Universiteit Utrecht

Rechtspraak op verzoekschriften

https://hdl.handle.net/1874/260414

1917

RECHTSPRAAK OP VERZOEKSCHRIFTEN

DOOR

J. H. J. ZUIDEMA



Met post. stz.

: RECHTSPRAAK OP :
VERZOEKSCHRIFTEN.

A 192 1917

RECHTSPRAAK OP VERZOEKSCHRIFTEN.

PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT, OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS DR. P. H. DAMSTÉ, HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER LETTEREN EN WIJSBEGEERTE, VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT TEGEN DE BEDENKINGEN VAN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID TE VERDEDIGEN OP DONDERDAG 1 FEBRUARI 1917 :: DES NAMIDDAGS TE 4 UUR, DOOR ::

JOHAN HENDRIK JAN ZUIDEMA,
:: GEBOREN TE NOORDWIJK-BINNEN. ::



ELECTRISCHE DRUKKERIJ L. E. BOSCH & ZOON
UTRECHT.

Gaarne maak ik van deze gelegenheid gebruik, om, bij het einde mijner academische studie, dank te brengen aan hen, die mij door hun goede leiding ten zeerste aan zich verplicht hebben.

U, Hooggeleerde MOLENGRAAFF, dank ik allereerst voor de groote bereidwilligheid, waarmee gij mij met goeden raad hebt bijgestaan bij de bewerking van dit proefschrift. Moge het iets er toe kunnen bijdragen, de door U voorgestane beginselen ook op het gebied van onze rechtspraak op verzoekschriften te doen doordringen.

Het verheugt mij, verder U, Hooggeleerde SUYLING, te kunnen danken voor de hulp, die ik gedurende mijn geheelen studietijd van U mocht ontvangen.

Verder zij U, Hoogleeraren der Juridische Faculteit, de betuiging gebracht mijner erkentelijkheid voor het van U ontvangen onderricht.

Eindigen wil ik met den wensch, dat het Utrechtsch Studenten-Corps, waar ik mijn vrienden heb gevonden, moge groeien en bloeien.

INHOUD.

Blz.

Inleiding 1

AFDEELING I.

GEVALLEN VAN VERZOEKSCHRIFTEN.

EERSTE HOOFDSTUK.

GEVALLEN IN ONZE WETTEN.

§ 1. Inleiding. Onzekerheid der terminologie . . . 3
§ 2. Gevallen van verzoekschriften. A. Benoemingen 6
§ 3. „ „ „ B. Machtigingen 10
§ 4. „ „ „ C. Andere gevallen uit onze wetboeken . 17
§ 5. „ „ „ D. Gevallen in speciale wetten 24
§ 6. Algemeene beschouwing dezer gevallen. Eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak 27

TWEEDE HOOFDSTUK.

EIGENLIJKE EN ONEIGENLIJKE RECHTSPRAAK.

§ 7. Inleiding 30
§ 8. Theorieën over eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak. A. Formeele theorieën . . 32
§ 9. B. Materieele theorieën . . 37
§ 10. Opvatting, dat geen onderscheid bestaat . . 46
§ 11. Schets van eigen opvatting. 46
§ 12. Toepassing van het gevonden criterium . . 54
§ 13. Samenvatting. Weerlegging van enkele bezwaren 59

DERDE HOOFDSTUK.

GEVALLEN VAN VERZOEKSCHRIFTEN.

ALGEMEENE REGELS.

§ 14. Verband tusschen vrijwillige rechtspraak en verzoekschriftprocedure 63
§ 15. Verzoekschriftprocedures buiten de in de wet genoemde gevallen 68
§ 16. Bespreking van twijfelachtige gevallen van verzoekschriftprocedures 72

AFDEELING II.

BEHANDELING VAN VERZOEKSCHRIFTEN.

EERSTE HOOFDSTUK.

§ 17. Behandeling in het algemeen. 80

TWEEDE HOOFDSTUK.

ALGEMEENE BEGINSELEN VAN PROCEDURE.

§ 18. Openbaarheid 85
§ 19. Verplichte vertegenwoordiging 88
§ 20. Lijdelijkheid van den rechter. Hooren van personen. Bewijsrecht. 91

DERDE HOOFDSTUK.

DE BEHANDELING IN EERSTEN AANLEG.

§ 21. Het inleidende verzoekschrift 97
§ 22. Verdere behandeling tot aan de beslissing . 99
§ 23. Incidenten. 100
§ 24. De beslissing 101
§ 25. Verplichte motiveering der uitspraak. . . . 102
§ 26. Veroordeeling in de kosten 105

VIERDE HOOFDSTUK.

RECHTSMIDDELEN.

§ 27. De rechtsmiddelen in het algemeen 109
§ 28. Hooger beroep 112
I. Toepasselijkheid van het rechtsmiddel van hooger beroep. 114
II. Instelling van het hooger beroep bij verzoekschrift (Art. 345[1] Rv.) 120
III. Wie kan het hooger beroep instellen? Art. 345[2] Rv. 125
IV. Behandeling van het hooger beroep. Verdere bepalingen 128
§ 29. Verzet 130
§ 30. Cassatie 133
§ 31. Derden-verzet 135
§ 32. Request-civiel 137

VIJFDE HOOFDSTUK.

SLOTBESCHOUWINGEN.

§ 33. Kracht van gewijsde 139
§ 34. Slotbeschouwingen 140
§ 35. Jus constituendum 141
§ 36. De ontwerpen 142

LIJST VAN ENKELE AFKORTINGEN EN VAN WERKEN, ALLEEN MET DEN NAAM VAN DEN SCHRIJVER AANGEHAALD.

---

bev.	bevestigd (bevestigend).
cass. verw.	cassatie verworpen.
vern.	vernietigd (vernietigend).
A. B.	Wet, houdende Algemeene Bepalingen.
B. W.	Burgerlijk Wetboek.
C. c.	Code civil.
F. W.	Faillissementswet.
K.	Wetboek van Koophandel.
R. O.	Wet op de Rechterlijke Organisatie.
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
v. d. H., B. R.	Van den Honert, Verzameling van Arresten enz., afdeeling: Burgerlijk Recht enz.
Ned. Jur.	Nederlandsche Jurisprudentie.
N. R.	Nederlandsche Rechtspraak.
P. v. J.	Paleis van Justitie.
R. B.	Regtsgeleerd Bijblad.
R. B. Arb.	Rechterlijke Beslissingen in zake de Wet op de Arbeidsovereenkomst.
R. M.	Rechtsgeleerd Magazijn.
W.	Weekblad van het Recht.
W. P. N. R.	Weekblad voor Privaatrecht. Notariaat en Registratie.

Faure	van Boneval Faure, Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht, dl. 1, 3de druk; dl. 2, 4de druk; dl. 5.
Garsonnet	Garsonnet, Traité de procédure civile, 1ste druk.
van Gelein Vitringa 1900.	van Gelein Vitringa, Rechtspraak of Bestuur? in R. M. 1900.
van Gelein Vitringa 1905.	van Gelein Vitringa, Rechtskracht in de administratieve rechtspraak, in Themis 1905.
Hellwig	Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts I.
Japiot	Japiot, La juridiction, in Revue critique de législation et de jurisprudence 1914 blz. 272 vlgg. en 342 vlgg.
Josef.	Josef, Die freiwillige Gerichtsbarkeit.
Léon R. O.	Léon's Rechtspraak enz., 3de druk, Rechterlijke organisatie, door van Praag, 1ste stuk.
Meijers	Meijers, Eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak volgens de Nederlandsche wet, in W. P. N. R. 2405 vlgg.
Molengraaff	Molengraaff, recensie van Parser, Het declaratoir vonnis, in R. M. 1905 blz. 216 vlgg.
du Mosch.	du Mosch, Rechtspraak krachtens de Artt. 9^2 en 10^1 der Merkenwet, in R. M. 1915 blz. 377 vlgg.

Parser	Parser, Het declaratoir vonnis, Prft. Amsterdam 1903.
van Rossem	van Rossem, Het Nederlandsch wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, 1ste druk.
Wach	Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts I.

INLEIDING.

Eén der voornaamste bepalingen van ons burgerlijk procesrecht is art. 1 Rv., dat bepaalt, dat in den regel een proces begint met een dagvaarding, d. w. z. een oproeping door den eischer van zijn tegenpartij, om op een bepaalden dag voor den rechter te verschijnen, welke oproeping door een deurwaarder wordt overgebracht.

Op dezen regel zijn echter enkele uitzonderingen. Herhaaldelijk vindt men in onze wetboeken procedures, die op andere wijze dan met een dagvaarding beginnen, b.v. met eene verwijzing door een rechter-commissaris (in alle gevallen, waar tijdens een rangregeling of verificatie geschillen rijzen, verwijst de rechter-commissaris partijen naar de rechtbank om hun geschil te laten beslissen, zie b.v. art. 486 en 558 Rv., 122 F. W.), of bij een conclusie in een reeds aanhangig geding, (b.v. een vordering in reconventie, art. 250 vlgg. Rv.) enz.

De voornaamste uitzondering echter vormt de rechtspraak op verzoekschrift. De voornaamste, niet alleen, omdat ze in veel meer gevallen voorkomt, maar ook, omdat de behandeling dier verzoekschriften in vele gewichtige opzichten afwijkt van de gewone. Voor die rechtspraak op verzoekschriften nu bevat de wet bijna geen bepalingen, zoodat de practijk dikwijls voor groote moeilijkheden staat bij de beantwoording van de vraag, of en hoe er bij verzoekschrift moet geprocedeerd worden.

Het doel van dit proefschrift is nu allereerst na te gaan, in welke gevallen de tusschenkomst des rechters bij verzoekschrift moet worden ingeroepen, en vervolgens

te beantwoorden de vraag, hoe die verzoekschriften verder moeten worden behandeld. Daarbij zal uit den aard der zaak veel aandacht moeten worden geschonken aan de jurisprudentie, daar die, bij de afwezigheid van voldoende wettelijke bepalingen, bijna geheel de vrijheid had zich te ontwikkelen, zooals dat met de eischen der practijk het meest overeenkomt. Daarbij zal dan kunnen blijken, in hoeverre ze van die vrijheid een juist gebruik heeft gemaakt.

Een der aantrekkelijkste eigenschappen van het onderwerp is wel deze, dat de vragen, die ermee in verband staan, van steeds toenemend practisch belang zijn, doordat steeds vaker de wetgever partijen voorschrijft, zich met een verzoekschrift tot den rechter te wenden. Juist in nieuwere wetten, als Merkenwet, Octrooiwet, wordt telkens weer aan deze procedure de voorkeur gegeven, en het is dus van het grootste belang, eens door een algemeen onderzoek uit te maken, welke gevallen die rechtspraak op verzoekschrift omvat en naar welke regelen ze wordt behandeld.

Een enkel woord nog over den titel van dit werk. We zullen zien, dat in verreweg de meeste gevallen van verzoekschriften geen sprake is van „rechtspraak" in den eigenlijken zin des woords. Toch heb ik gemeend alle gevallen onder dat begrip samen te mogen vatten, vooral ook in aansluiting aan het gewone spraakgebruik, dat onderscheidt tusschen eigenlijke en oneigenlijke of vrijwillige rechtspraak. Waar dus in het vervolg wordt gesproken van „rechtspraak" of van „procedures" moet men die uitdrukkingen, voor zoover niet anders blijkt, opvatten in den ruimsten zin [1]).

[1]) Voor nadere omschrijving der begrippen rechtspraak en proces zie verder § 11.

AFDEELING I.

GEVALLEN VAN VERZOEKSCHRIFTEN.

EERSTE HOOFDSTUK.

GEVALLEN IN ONZE WETTEN.

§ 1. Inleiding.

Onzekerheid der terminologie.

Wanneer we in onze wetboeken willen nagaan, in welke gevallen een verzoekschrift vereischt wordt, dan zien we reeds dadelijk, dat dit lang niet altijd met zekerheid te zeggen is.

Oorzaak van die onzekerheid is allereerst, dat in vele gevallen de wet zelve geen uitdrukkelijke beslissing geeft van de vraag, of in een bepaald geval de tusschenkomst des rechters moet worden ingeroepen door een verzoekschrift of door een dagvaarding. Zoo zegt de wet in art. 380 B. W.: „Wanneer hij, die onderhoud geeft of ontvangt, tot zoodanigen staat geraakt, dat de een hetzelve niet meer kan geven, of de ander hetzelve niet meer noodig heeft . . . ., zal de ontheffing of vermindering daarvan kunnen gevorderd worden." Met geen woord wordt ervan gerept, of dit zal moeten geschieden bij verzoekschrift of bij dagvaarding.

Daar komt nog bij, dat de wet op dit punt zeer onzeker is in haar terminologie. Gewoonlijk gebruikt de wet, waar een procedure bij dagvaarding is bedoeld, de termen: eisch, rechtsvordering, vonnis; daarentegen bij

procedures op verzoekschrift de termen: verzoek, beschikking. Deze terminologie staat echter geenszins vast, hetgeen kan blijken uit de volgende voorbeelden:

De wet spreekt van „verzoek", terwijl een dagvaarding is bedoeld, in art. 390 Rv., waar gesproken wordt van het verzoek tot request-civiel, dat bij dagvaarding gedaan wordt.

De uitdrukkingen „vonnis" en „beschikking" worden door elkaar gebruikt voor dezelfde rechterlijke beslissing in de artt. 153 en 159 F.W. Art. 153 spreekt van de met redenen omkleede „beschikking" op het verzoek tot homologatie van het akkoord; art. 159 zegt: „het in kracht van gewijsde gegane vonnis van homologatie".

Art. 496 B.W. spreekt van het „vonnis" op een „verzoek" om onder-curateelestelling, art. 505 van het „vonnis", waarbij een curator wordt benoemd. Evenzoo art. 4 F.W., dat spreekt van „vonnis van faillietverklaring". Daarentegen spreekt art. 16 F.W. in het geheel analoge geval van opheffing van het faillissement weer van „beschikking". Meer dergelijke voorbeelden zijn b.v. art. 185 j° 187 F.W.; art. 438*b*, laatste lid B.W. tegenover art. 439, 2de lid.

De woorden „verzoeken" en „vorderen" worden door elkaar gebruikt b.v. in art. 430 B.W.

Deze voorbeelden zijn nog met tal van andere te vermeerderen, maar deze zijn wel al voldoende om aan te toonen, dat de terminologie der wet nooit een heel vaste maatstaf kan zijn bij het beslissen der vraag: verzoekschrift of dagvaarding. Onze jurisprudentie huldigt vaak een andere meening en put nogal eens argumenten voor de eene of de andere oplossing uit het gebruik, dat de wet maakt van één der uitdrukkingen: „verzoeken" of „vorderen", „beschikking" of „vonnis" [1]).

[1]) Zie b.v. H. R. 16 Juni 1911 W. 9245. Naar aanleiding daarvan o.a. du Mosch blz. 397. Voor verdere voorbeelden zie o.a. H. R. 24 Jan. 1908 W. 8657.

Wanneer ik nu aanstonds een opsomming ga geven van de voornaamste gevallen van verzoekschriften in onze wetgeving, zullen dus alleen vermeld worden: 1°. die artt., waarin de wet zelf uitdrukkelijk spreekt van „verzoekschrift" of „request"; 2°. die, waarin de wet gebruikt het woord „verzoek", maar alleen, indien klaarblijkelijk een verzoekschrift wordt bedoeld; 3°. enkele gevallen, waarin de wet geheel zwijgt, maar waar uit vergelijking met andere gevallen of bij analogie blijkt, dat de handeling bij request moet geschieden [1]).

Alvorens nu over te gaan tot het geven van een lijst van gevallen van verzoekschriften in onze wetten, merk ik nog op, dat in deze opsomming zijn opgenomen alle gevallen van eenig belang uit onze wetboeken, maar dat uit speciale wetten slechts enkele der voornaamste zijn genoemd. Deze beperking vloeit voort, behalve uit de onmogelijkheid om op dit zoo uitgebreide en zich steeds meer uitbreidende terrein, volledigheid zelfs maar te benaderen, uit het doel, dat met deze opsomming bereikt moet worden. Dat doel immers is niet anders, dan een overzicht te geven van de grootte en belangrijkheid van het gebied der rechtspraak op verzoekschrift, en van de groote verscheidenheid van gevallen, die we hier aan treffen.

Bij die gevallen, waarin de wet niet uitdrukkelijk zegt, dat een „verzoekschrift" of „request" vereischt wordt, zal ik, voor zooveel noodig en mogelijk, een voorbeeld uit onze jurisprudentie aanhalen, ten bewijze, dat in de practijk werkelijk een verzoekschrift wordt gebezigd.

Eindelijk verdient nog vermelding, dat eerst zullen genoemd worden enkele groepen van bepalingen, waar van den rechter onderling overeenkomstige werkzaamheden gevraagd worden, zooals het doen van benoemingen,

[1]) Verg. Garsonnet VII blz. 207.

het geven van machtigingen. Deze indeeling heeft geen theoretische waarde, ze dient slechts ter vergemakkelijking van het overzicht.

§ 2. Gevallen van verzoekschriften.

A. Benoemingen.

Benoemingen door den rechter te doen op verzoekschrift van bepaalde personen:

1°. Benoeming van een voogd (artt. 407, 408, 408*a*[3], 408*b*, 413—417, 420 B.W.). Ze geschiedt als regel door den kantonrechter, tenzij ze door de wet aan de rechtbank is opgedragen (art. 413 B.W.). Wel wordt nergens uitdrukkelijk een verzoekschrift genoemd, maar uit het heele samenstel van bepalingen blijkt duidelijk, dat het verzoek tot voogdbenoeming geschiedt bij request. In de practijk gebeurt dit dan ook altijd. Verg. b.v. H. R. 16 Sept. 1892 W. 6241. Men lette ook op het voorschrift van art. 374*c*ter[1] B. W., dat spreekt over een verzoekschrift om met de voogdij te worden belast. Evenzoo in art. 438*b*[1] B. W.

2°. In verband hiermee moeten nog genoemd worden de bevestiging in de voogdij over een natuurlijk erkend kind (art. 408*a* B.W.), en de bekrachtiging van de voogdbenoeming in het geval van art. 412 B. W.

3°. Benoeming van een toezienden voogd (artt. 422—424*a* B. W.). Art. 422 zegt uitdrukkelijk, dat dit geschieden moet op dezelfde wijze als de voogdbenoeming.

4°. Benoeming van een curator en toezienden curator bij curateele (art. 503, 505 B. W.). Ze geschiedt door den kantonrechter, op de wijze, waarop voogden worden benoemd (art. 503).

5°. Benoeming van verschillende bijzondere vertegenwoordigers n.l.:

a. bij de ontkenning van de wettigheid van een kind wordt de rechtsvordering gericht tegen een bijzonderen, aan het kind toe te voegen voogd (art. 315 B. W.). Over de vraag, of die toevoeging door de rechtbank of den kantonrechter moet geschieden, zie Léon, aant. 4 op art. 315 en het 1ste supplement. Dat deze toevoeging bij request wordt gevraagd in de practijk, blijkt b.v. uit Hof den Haag 11 Aug. 1896 W. 6874.

b. bij de onderhoudsactie van natuurlijke, niet erkende kinderen, wordt het kind, en bij de actie tot vergoeding der kraamkosten de moeder vertegenwoordigd door een bijzonderen vertegenwoordiger, te benoemen door den kantonrechter op verzoekschrift van den voogd of den voogdijraad, resp. den voogdijraad alleen (art. 344*h*—*j* B. W.).

c. de z.g. curator ventris (art. 403 B. W.) wordt benoemd door den kantonrechter op de wijze, als voor voogden is bepaald.

d. indien de vader een tegenstrijdig belang heeft met zijn kind, wordt door den kantonrechter een bijzondere vertegenwoordiger benoemd (art. 365 B. W.). Verg. Rb. Amsterdam 22 Juni 1906 W. 8604, ten bewijze, dat het verzoek daartoe bij request moet worden gedaan.

6°. Benoeming van verschillende soorten van bewindvoerders n.l.:

a. bij weigering of in gebreke blijven van den voogd (resp. toezienden voogd) om de voogdij (resp. toeziende voogdij) uit te oefenen. Benoeming door den kantonrechter (artt. 387, 425 B. W.). Zie bv. H. R. 15 Jan. 1896 W. 6772.

b. de koloniale bewindvoerders, te benoemen op dezelfde wijze als voogden (art. 418 B. W.).

c. als verschillende minderjarigen, die verschillende voogden hebben, goederen gemeen hebben

(art. 464*a* B. W.). Ze geschiedt door den kantonrechter of de rechtbank, die den voogd moet benoemen.

d. tijdens de procedure over een verzoek tot onder-curateelstelling kan de rechtbank een provisioneelen bewindvoerder benoemen (art. 495 B. W.). Dat dit een beschikking op verzoekschrift is, is uitdrukkelijk beslist door H. R. 26 Sept. 1890 W. 5983 e. a. Zie verder b.v. H. R. 29 Nov. 1907 W. 8628.

e. bij afwezigheid (art. 519 B. W.). Bevoegd is de arr. rechtbank. Zie b.v. Hof Amsterdam 8 Jan. 1902 P. v. J. 1902, 176.

f. bij erfstellingen over de hand, als de gestelde bewindvoerder overlijdt of ontbreekt, benoemt de rechtbank een nieuwen (art. 1026 B. W.). Zie b.v. Hof Amsterdam 26 Febr. 1892 W. 6152.

g. bij erfstellingen over de hand, indien de bezwaarde erfgenaam geen zekerheid wil stellen; door de arr. rechtbank te benoemen (art. 1030 B. W.).

h. indien bij de onderbewindstelling krachtens art. 1066 B. W., de erflater geen personen heeft aangewezen voor het geval de eerstbenoemde wegvalt, wordt daarin door de rechtbank voorzien (art. 1067 B. W.). Zie b.v. Rb. Amsterdam 10 Mei 1916 W. 9961.

7°. Benoeming van een curator over een onbeheerde nalatenschap door de rechtbank op verzoek van belanghebbenden (art. 1173 B. W.). Zie b.v. H. R. 14 Juli 1911 W. 9223.

8°. Benoeming van een curator over een onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap. Ze geschiedt op dezelfde wijze, als over een onbeheerde nalatenschap (art. 703 Rv., 1081² B. W. j° 702 Rv.). Ook deze benoeming zal dus bij verzoekschrift kunnen worden gevraagd. Dikwijls zal echter in de practijk, in het geval van art. 1081² B. W., de erfgenaam gedag-

vaard worden, alsnog de vereischte zekerheid te stellen, en anders een curator te hooren benoemen. Dan komt dus geen afzonderlijk verzoekschrift te pas. Aldus b.v. Rb. Arnhem 26 Oct. 1882 W. 4962.

9°. Benoeming van een onzijdig persoon bij boedelscheiding. Zij vindt plaats op het verzoekschrift der meest gereede belanghebbenden door de rechtbank (art. 1117 B.W.).

10°. Benoeming van een notaris bij boedelscheiding, indien partijen niet tot overeenstemming kunnen komen. Ook hier geschiedt de benoeming op verzoekschrift van belanghebbenden door de rechtbank (art. 1120 B. W.)[1]).

11°. Benoeming van deskundigen in verschillende gevallen n.l.:

a. bij afwezigheid, in het geval van art. 536 B. W., door de rechtbank.

b. bij boedelscheiding, als belanghebbenden het niet eens kunnen worden, door den kantonrechter (art. 1124 B.W.).

c. voor het onderzoek van schepen vóór de reis, door rechtbank of kantonrechter (art. 347 K.).

d. bij het opmaken der avarij-grosse-regeling, door de arr. rechtbank (art. 724[2] K. j°. 317 Rv.).

e. voor de begrooting van hulp- en bergloonen, „door den bevoegden rechter" (art. 564 K. j°. 757 K.).

12°. Benoeming van een bewaarder der algemeene boedelpapieren na boedelscheiding, door den kantonrechter (art. 1128 B. W.).

13°. Benoeming van een bewaarder over in beslag genomen onroerende goederen, door de rechtbank (art. 506[3] Rv.). Uit de woorden „met redenen

[1]) Hoewel de wet zelf uitdrukkelijk van een verzoekschrift spreekt, wordt het gebruik van een request nog eens verdedigd door den adv. gen. de Meijier in zijn conclusie bij het arrest van Hof Gelderland 23 Febr. 1870 W. 3338, met een beroep op het feit, dat al dergelijke benoemingen door den rechter op verzoekschrift geschieden.

omkleed verzoek" valt af te leiden, dat een verzoekschrift bedoeld is.

14°. Benoeming door den kantonrechter van een persoon, belast met bebouwing en inzameling van te velde staande vruchten bij executoriaal en pandbeslag (art. 451, 761 Rv.).

15°. Benoeming van een anderen deurwaarder in het geval van art. 16 Rv., door den kantonrechter.

16°. Benoeming van een rechter-commissaris door de rechtbank in alle gevallen, waarin een gerechtelijke rangregeling moet plaats hebben. Men zie de artt. 481 Rv. j^is^. 581[2], 583[3], 791 Rv., 1084, 1176 B. W. (voor roerende goederen) en 551, 552 Rv. j^is^. 581[1], 583[2], 791 Rv., 1254 vlg. B. W. (voor onroerende goederen). Voor voorbeelden vergelijke men o a. H. R. 27 Febr. 1902 W. 7715 (art. 1254 vlg. B. W.); Rb. Arnhem 4 Mrt. 1901 W. 7671 (art. 481 Rv.); Rb. den Haag 11 Dec. 1900 W. 7575 (art. 551 Rv.).

17°. Benoeming van een rechter-commissaris om getuigenverhoor af te nemen in een geding voor scheidslieden (art. 635 Rv.) wordt gevraagd „bij requeste" aan de arr. rechtbank.

18°. Benoeming van nieuwe bewindvoerders bij surséance van betaling, door het college, dat de eerste heeft benoemd (art. 229 F. W.).

§ 3. B. Machtigingen.

Gevallen, waarin den rechter bij verzoekschrift gevraagd wordt een machtiging, vergunning of toestemming voor bepaalde handelingen:

1°. Voor het sluiten van een huwelijk wordt soms de hulp van den kantonrechter ingeroepen, en wel:

a. in geval van weigering der vereischte toestemming door ouders, grootouders, voogden enz. in de gevallen en

onder de voorwaarden in art. 92 vlgg. B.W. genoemd, kan de kantonrechter verlof geven tot het huwelijk, op „verzoek" van het kind. Dat hier een verzoekschrift bedoeld is, kan blijken uit art. 97, waar het voor het hooger beroep uitdrukkelijk gezegd wordt.

b. in geval een kind, waaraan ouders hun toestemming weigeren, meerderjarig is, doch jonger dan 30 jaar, kan het „de tusschenkomst inroepen" van den kantonrechter. Ook dit geschiedt bij verzoekschrift, zie b.v. H.R. 12 April 1907 W. 8525.

2°. Indien de gehuwde vrouw machtiging noodig heeft van den rechter, vraagt zij dit bij verzoekschrift. Dit wordt uitdrukkelijk bepaald door de artt. 798—800 Rv. De gevallen, waarin de rechter die machtiging verleenen kan, vindt men in de artt. 169 en 180 B.W. (door den kantonrechter) en 167 B.W. (door de arr.-rechtbank). Ook wanneer de vrouw na scheiding van goederen of scheiding van tafel en bed een algemeene bewilliging tot beschikking over hare roerende goederen wil bekomen, kan ze dit den rechter vragen bij verzoekschrift (art. 249, 299 B.W.). Zie b.v. Hof den Bosch 6 Juni 1893 W. 6392.

3°. In tal van gevallen zijn ouders of voogden niet bevoegd, over de goederen en rechten van minderjarigen te beschikken of processueele handelingen voor hen te verrichten, zonder machtiging van den rechter [1]). Deze rechter is sinds de wet van 18 April 1874 Stbl. 68 steeds de kantonrechter. In slechts een enkel dezer gevallen is uitdrukkelijk bepaald, dat die machtiging bij verzoekschrift moet worden gevraagd (men zie art. 452 B.W.), doch uit de redactie van dat artikel valt al af te leiden, dat de wetgever het als iets van zelf sprekends beschouwt. Daar hier trouwens elke gedachte aan een tegenpartij

[1]) Soms zijn ze niet verplicht de machtiging te vragen, maar kunnen ze het doen, om van de verantwoordelijkheid af te zijn, b.v. art. 461 B.W.

ontbreekt, zou een dagvaarding eenvoudig onmogelijk zijn.

De hier bedoelde gevallen zijn:

a. vervreemding van onroerende goederen en effecten (artt. 451 vlgg. B.W.).

b. aanneming van giften, verwerping van erfenissen (artt. 459, 460, 1722 B.W.).

c. verrichten van processueele handelingen (artt. 461 vlgg. B.W.).

d. aangaan van dadingen of compromis (art. 465 B.W.).

e. bewaring van meubelen, huisraad enz. (art. 447 B.W.).

f. voortzetting van een bestaande gemeenschap met minderjarigen (art. 466 B.W.).

g. koopen, huren etc. van onroerende goederen van den minderjarige (artt. 457 vlg. B.W.).

Al deze regels worden door art. 364 B.W. ook van toepassing verklaard op het beheer van ouders, die de ouderlijke macht uitoefenen over hun kinderen, door art. 506 op curateele, door art. 520 op bewindvoerders bij afwezigheid en door art. 1030 op de daar bedoelde bewindvoerders.

4°. Behalve de onder het vorige n°. onder *a* genoemde vervreemdingen, komen in onze wetboeken nog zeer vele gevallen voor, waarin bepaalde personen de goederen, die ze onder zich hebben, niet kunnen vervreemden, zonder een voorafgaande machtiging van den rechter. Ook deze machtigingen zullen, gelijk soms uitdrukkelijk bepaald is, bij verzoekschrift door een belanghebbende moeten worden gevraagd. De bevoegde rechter is in deze gevallen de arr. rechtbank, met uitzondering echter van het onder *a* te noemen geval, waar de kantonrechter competent is.

De voornaamste dezer gevallen zijn de volgende:

a. vervreemding van onroerende goederen

door een meerderjarigverklaarde, indien dit uitdrukkelijk in de brieven van meerderjarigverklaring bepaald is (art. 479 B.W.).

b. vervreemding van vaste goederen van een afwezige (art. 537 B.W.).

c. vervreemding van onroerende goederen tot een fideicommis behoorende (art. 1032 B.W.). Zie b.v. Hof Amsterdam 31 Jan. 1916 W. 9996.

d. verkoop van vaste goederen uit de nalatenschap door executeurs-testamentair om de legaten te voldoen (art. 1059 B.W.).

e. verkoop van moeilijk te bewaren goederen tijdens de periode van beraad (art. 1073 B.W. j°. 700 Rv.). Aldus b.v. in het bekende geval van de nalatenschap van Willem II, de Rb. den Haag 14 Dec. 1849 W. 1100.

f. openbare verkoop van bederfelijke waren, die zijn opgeslagen ingevolge art. 94 K. De wet spreekt hier uitdrukkelijk van een „eenvoudig verzoekschrift" (art. 94^2 j°. 94^1 K.).

g. verkoop van bederfelijke waren, ingeval de goederen zijn opgeslagen bij geschil tusschen verschillende houders van cognossementen van hetzelfde goed (art. 519 K.).

h. vervreemding of bezwaring van de onder conservatoir beslag liggende goederen (art. $808h^2$ Rv.).

5°. Behalve deze groep van machtigingen tot vervreemding, wordt nog op enkele plaatsen een machtiging tot verkoop genoemd. Die verkoop is dan echter meer van executorialen aard, (dienend tot verhaal van bepaalde vorderingen). Ook hier is de competente rechter de arr. rechtbank. Deze gevallen zijn:

a. verkoop van goederen, die de commissionnair onder zich heeft, om daarop zijn vorderingen te verhalen (artt.

82, 83 K.). De wet spreekt hier uitdrukkelijk van „verzoekschrift".

b. verkoop van vervoerde goederen voor vracht enz. (art 489 K.).

6°. Verder komen in het transportrecht nog vele bepalingen voor, waar de rechterlijke machtiging gevraagd moet worden, om tot gerechtelijke bezichtiging, opslag, deskundigen-onderzoek, enz. te geraken. Men zie de artt. 93, 94, 471², 486 vlg., 493 vlgg., 511, 517 vlg. K. Evenzoo ten behoeve van geldopneming ten bate van het schip: art. 342 K. Ten bewijze, dat al deze machtigingen en bevelen bij verzoekschrift gevraagd worden, zie men b.v. H. R. 30 Juni 1911 W. 9254.

7°. In verband met de executie moet vaak de tusschenkomst van een rechterlijk ambtenaar ingeroepen worden, om machtiging te verkrijgen tot een bepaalde handeling:

a. in de gevallen, waarin executie van buitenlandsche vonnissen is toegelaten, kan die eerst geschieden na een op verzoekschrift verkregen verlof van de arr. rechtbank (art. 431 Rv.).

b. verlof tot dadelijke tenuitvoerlegging van lijfsdwang, te geven door den president van de arr. rechtbank (art. 599 Rv.). Men zie b.v. Rb. Maastricht 24 Jan. 1851 W. 1225.

c. bevelschrift tot executie van de acte van borgstelling, te geven door den president der arr. rechtbank (art. 619 Rv.).

d. bevelschrift tot executie van de beslissing van scheidsmannen, eveneens door den president af te geven (art. 642 Rv.). Zie b.v. Rb. den Haag 28 Juli 1916 W. 10022.

e. bevel tot gijzeling van vreemdelingen; president van de arr. rechtbank (art. 768 Rv.). Zie b.v. Pres. Rb. den Haag 6 Sept. 1906 W. 8420.

f. bij verkoop van goederen eener nalatenschap, kan de kantonrechter (voor roerende) of de arr. rechtbank (voor onroerende) verlof geven, op een andere wijze te verkoopen als in het openbaar (art. 685, 691 Rv.). Zie b.v. Hof Arnhem 18 Juli 1892 W. 6837.

g. verlof tot inbeslagneming van schepen zonder voorafgaand bevel, te geven door den president (art. 563^3 j°. 583^5 Rv.).

h. machtiging tot afgifte van uitgiften van vonnissen in strafzaken aan niet-partijen, door den president van het college, dat het vonnis of arrest geveld heeft (art. 838 Rv.).

i. bevelschrift tot afgifte van tweede of verdere grossen van notarieele acten (door de rechtbank) en vonnissen (door den president van het college). Het wordt afgegeven „op verzoekschrift" (art. 841, 843 Rv.).

8°. Een afzonderlijke groep vormen de verloven tot conservatoire beslagen. Als regel is voor het leggen van conservatoir beslag noodig rechterlijke vergunning (uitzondering b.v. art 735^1 Rv.). Voor zoover niet uitdrukkelijk anders wordt vermeld, moet in de volgende gevallen het verlof steeds gegeven worden door den president der arr. rechtbank. Dat deze verloven bij verzoekschrift gevraagd moeten worden, is bij enkele uitdrukkelijk bepaald, en deze bepalingen moeten analogisch worden toegepast, ook op die gevallen, waarin de wet zwijgt.

a. conservatoir beslag in zaken van koophandel (art. 303—308 Rv.). Dit is één der gevallen, waar uitdrukkelijk van „verzoekschrift" wordt gesproken, zie art. 308.

b. revindicatoir beslag (art. 722 vlg. Rv.). Ook hier spreekt de wet van „verzoekschrift".

c. arrest onder den debiteur (art. 727—729, 733 Rv.).

d. arrest onder derden (art. 735 vlg. Rv.). „Verzoekschrift".

e. arrest onder zich zelf (art. 757*a*, *b* Rv.). „Verzoekschrift".

f. pandbeslag (art. 758 Rv.).

g. beslag tegen schuldenaren zonder bekende woonplaats (art. 764 vlg. Rv.). Bevoegd is hier de president van de arr.-rechtbank, maar in plaatsen, waar geen rechtbank is, de kantonrechter.

h. beslag op onroerend goed (art. 770*a*, *b*, *d* Rv.).

i. beslag van de gehuwde vrouw (art. 808*a*, *b*, *f*, jis. 825, 826 Rv.). „Verzoekschrift".

9°. In tal van gevallen is, voor men tot dagvaarding over kan gaan, een voorafgaand verlof tot dagvaarding noodig, welk verlof dan bij request gevraagd moet worden:

a. Zoo moet de arr.-rechtbank verlof geven tot de drie openbare dagvaardingen, die vereischt zijn, om te komen tot de verklaring van vermoedelijk overlijden (art. 523, 526 B.W.) of de vergunning tot een nieuw huwelijk (art. 549 B.W.).

b. verlof tot het oproepen bij openbare dagvaarding van alle belanghebbenden bij een rekening en verantwoording (art. 784—786 Rv.), te geven door de arr. rechtbank, op verzoekschrift.

c. de president van de rechtbank moet verlof geven, om over te gaan tot dagvaarding in de procedures tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed en scheiding van goederen (art. 804 vlgg., 816 vlgg., 826 Rv.).

10°. Nog op andere wijze kan vóór het begin der procedure een verzoekschrift aan een rechterlijke autoriteit te pas komen, n.l. daar, waar het exploit op abnormale wijze gedaan zal worden of waar gedagvaard

wordt op verkorten termijn. Daartoe is verlof noodig van den kantonrechter (artt. 14, 15, 302 Rv.) of van den president der rechtbank (artt. 7, 14, 15, 302, 609 Rv.). Voor voorbeelden vergelijke men b.v. Pres. Rb. Alkmaar 17 Jan. 1899 W. 7263 (art. 7), en Rb. Zwolle 27 Juni 1879 W. 4595 (art. 14) enz.

11°. Ten slotte noem ik nog enkele op zich zelf staande gevallen, waarin een machtiging enz. van den rechter gevraagd wordt op verzoekschrift:

a. vergunning tot inbezitneming van nalatenschappen of legaten, aan een afwezige opgekomen. Bevoegd is de arr. rechtbank (art. 546 B. W.). Zie b.v. Hof Amsterdam 8 Jan. 1896 W. 6796; Rb. Dordrecht 10 Mrt. 1900 W. 7534.

b. vergunning tot aanvaarding van een nalatenschap door de schuldeischers in plaats van den debiteur (art. 1107 B. W.). Zie b.v. Rb. den Haag 1 Sept. 1885, geciteerd in Hof den Haag 19 Mrt. 1888 W. 5543).

c. machtiging door den kantonrechter tot terugvordering van spaarbankinlagen, krachtens art. 1637*s* B. W.).

d. verlof aan den bewaarnemer, om de goederen op een andere plaats in bewaring te stellen (art. 1763 B. W.).

§ 4. C. Andere gevallen uit onze wetboeken.

Naast deze twee groote groepen van gevallen, waarin de rechterlijke hulp wordt ingeroepen door een verzoekschrift, staan nu nog tal van andere gevallen, die echter moeilijk in grootere rubrieken zijn onder te brengen. De voornaamste soorten worden hier dus gegeven in een, zooals van zelf spreekt, vrij willekeurige volgorde.

1°. Gevallen van ontzetting, ontslag uit bepaalde functies (als het ware dus een tegenhanger van rubriek A, de benoemingen, door den rechter te doen):

a. ontzetting en ontheffing uit de ouderlijke macht. Ze wordt bij verzoekschrift gevraagd aan de arr. rechtbank (art. 374*a* en vlgg. B. W.). Zie ook nog H. R. 24 Jan. 1908 W. 8637.

b. ontslag van den voogd, die weigert de beschrijving op te maken, bedoeld in art. 407[1] B. W. (art. 407[2] B. W.).

c. ontslag van den voogd, indien de vader of moeder van een natuurlijk kind het kind erkent, en vraagt om tot voogd te worden benoemd (art. 408*b* B.W.).

d. ontslag van den tijdelijken voogd (art. 413 B.W.).

e. ontslag tengevolge van verschooning van voogdij of toeziende voogdij (art. 435 B.W.). Zie b.v. H.R. 1 Mei 1908 W. 8749.

f. ontzetting en ontheffing uit de voogdij (artt. 430, 438, 438*a* en vlgg. B.W.). Art. 440*d* spreekt uitdrukkelijk van een „verzoekschrift".

g. ontslag van een curator, indien hij na 8 jaren daartoe een verzoekschrift indient (art. 515 B.W.).

h. de krachtens art. 519 B.W. benoemde bewindvoerder zal ook weer kunnen worden ontslagen en door een ander vervangen. Zie b.v. Hof den Haag 7 Mrt. 1892 W. 6185.

i. afzetting van de bewindvoerders over een nalatenschap en bij vruchtgebruik (verg. art. 1069, 838 B.W.). Een voorbeeld van de afzetting op verzoekschrift vindt men in H.R. 22 Mrt. 1900 W. 7413 (art. 1069).

j. ontslag van den curator in een faillissement, te vragen „bij een met redenen omkleed verzoek" (art. 73 F.W.).

k. ontslag van de bewindvoerders bij surséance van betaling (art. 229 F.W.).

2°. Gevallen, waarin iemand na ontslag uit zijn functie, daarin door den rechter hersteld wordt:

a. herstel in de ouderlijke macht (art. 374*e* B.W.). De procedure is geheel analoog met die tot ontzetting. Zie b.v. H.R. 29 Oct. 1909 W. 8917.

b. herstel van den vader of de moeder in de voogdij (art. 440*b* B.W.).

3°. Gevallen, waarin de rechter een uitkeering tot onderhoud vaststelt of het bedrag wijzigt:

a. bevel tot het doen van een geregelde uitkeering, als dat bij het vonnis van echtscheiding nog niet gebeurd is, door den kantonrechter (art. 285*c* B.W. j^is^. 261*a* en 374*g* B.W.). Voor een voorbeeld van de toepassing van dit art. verg. H.R. 31 Aug. 1910 W. 9060.

b. vaststelling, al of niet voorloopig, van een uitkeering tot onderhoud van natuurlijke, niet-erkende kinderen, door den kantonrechter tijdens de eerste periode van de onderhoudsprocedure der artt. 344*a* en vlgg. B.W. (zie art. 344*k* en vlgg. B.W.). Deze uitkeering geschiedt op het verzoekschrift tot benoeming van een bijzonderen vertegenwoordiger, bedoeld in art. 344*h* vlgg. (Zie boven onder A 5°*b*.).

c. wijziging van het bedrag der uitkeering door de arr. rechtbank, op grond van gewijzigde omstandigheden (art. 344*d* B.W.).

d. vaststelling van de uitkeering tot onderhoud na ontheffing of ontzetting door den kantonrechter (art. 374*g*, *i* B.W.) [1]).

e. ook de vorderingen tot uitkeering van den voogdijraad, krachtens de bepalingen van art. 374*h*, geschieden bij verzoekschrift, immers op de wijze van procedeeren in zaken, betrekkelijk tot een arbeidsovereenkomst, zie art. 125*b* Rv. (art. 374*h*^8^ B.W.) [1]).

[1]) Deze bepalingen zijn ook toepasselijk bij de ontzetting en ontheffing uit de voogdij, zie art. 440*c* B.W.

f. toekenning van een uitkeering ten behoeve der opvoeding hunner kinderen aan ouders, die krachtens art. 370 het vruchtgenot hebben verloren, door den kantonrechter (art. 373 B. W.). Zie b.v. Rb. Leeuwarden 17 Mrt. 1911 W. 9053.

4°. Verschillende quaesties in verband met den burgerlijken stand:

a. verandering van voornamen, alleen krachtens beschikking der arr. rechtbank (art. 68 B. W.). Zie b.v. Rb. Arnhem 19 Dec. 1895 W. 6816.

b. verbetering of aanvulling van de acten van den burgerlijken stand (artt. 70, 73 B. W. j^is^. 829—831 Rv.). Ze geschiedt krachtens uitspraak van de arr. rechtbank en moet gevraagd worden bij verzoekschrift, zie art. 829 Rv.

c. ingeval van weigering van den ambtenaar van den burgerlijken stand, om een huwelijk te voltrekken, op grond van ongenoegzaamheid der stukken of verklaringen, kunnen partijen zich bij verzoekschrift wenden tot de arr. rechtbank (art. 129 B.W.).

5°. Gevallen, waarin de rechter beveelt de vastzetting van bepaalde personen:

a. vastzetting van minderjarigen wegens wangedrag, op verzoek van dengene, die de ouderlijke macht uitoefent, (art. 357 vlg. B.W.), of van den voogd (art. 442 B. W.). Ze geschiedt krachtens beschikking der arr. rechtbank. Ook verlenging moet weer bij request gevraagd worden, (artt. 359, 442*a* B.W.). Voor voorbeelden zie men Rb. Rotterdam 27 Mrt. 1903 W. 7918 en Rb. Middelburg 21 Jan. 1906 W. 8353.

b. vastzetting van verkwisters, ook krachtens uitspraak der arr. rechtbank, in een verbeterhuis (art. 512 vlg. B.W.).

6°. Verschillende maatregelen in het belang van minderjarigen:

a. in verband met de door den voogd te stellen zekerheid, moet de kantonrechter het bedrag bepalen (art. 390 B.W.), kan hij vervanging of aanvulling gelasten (artt. 392, 394[1], 397 B.W.), of vermindering toestaan (art. 394[2] B.W.), en eindelijk beslist hij alle geschillen over de waarde der tot hypotheek aangeboden goederen (art. 395 B.W.); alles behoudens beroep op de arr. rechtbank (art. 393 B.W.). Dat deze maatregelen bij verzoekschrift moeten worden gevraagd, blijkt uit art. 393, waar het voor hooger beroep uitdrukkelijk gezegd wordt. Voorbeelden vindt men o.a. in H.R. 13 Sept. 1889 W. 5803 (art. 390) en H.R. 16 Aug. 1898 W. 7168 (art. 394).

b. bevel tot inbewaringstelling van effecten aan toonder van den minderjarige, door den kantonrechter te geven (art. 391 j°. 393 B.W.). Zie b.v. H.R. 27 Nov. 1903 W. 7999.

c. bepaling door den kantonrechter van het bedrag der jaarlijksche verteringen en der kosten van beheer (art. 446 B.W.), en of de voogd van bewindvoerders zal mogen gebruik maken (art. 446[2] B.W.). Zie b.v. Rb. Zwolle 26 Sept. 1877 W. 4158 (onder Mengelwerk).

7°. Het verleenen van handlichting aan minderjarigen, en wel:

a. de gewone handlichting of venia aetatis, te verleenen door den Hoogen Raad op een verzoekschrift van den minderjarige (artt. 474—477 B.W.).

b. de beperkte handlichting, te verleenen door den kantonrechter, op verzoek van den minderjarige (artt. 480 vlg. B.W.).

Ook de intrekking van de beperkte handlichting moet bij verzoekschrift aan de arr.rechtbank gevraagd worden (art. 485 B.W.).

8°. Verleening van curateele over krankzinnigen, verkwisters en zwakken van vermogens, in de eerste twee

gevallen te vragen door personen, aangewezen in de artt. 488[1–3] en 489, in het derde geval door den persoon zelf (art. 488[4]). De procedure is er een op verzoekschrift (zie o.a. art. 491). Zie verder de artt. 487—499 B.W.

Ook de opheffing der curateele moet bij verzoekschrift gevraagd worden (art. 516 B.W.).

9°. Opening van testamenten door den kantonrechter in de gevallen van de artt. 983, 984, 989 B.W. Zie b.v. Kgt. Kampen 30 April 1890 W. 5895 (verzoekschrift van den notaris).

10°. Bemoeiingen in verband met de boedelscheiding:

a. goedkeuring van de boedelscheiding door den kantonrechter (artt. 1020, 1021[1] B.W.). Zie b.v. H. R. 16 Febr. 1893 W. 6301.

b. beslissing van zwarigheden tegen de boedelscheiding door de arr. rechtbank op verzoekschrift (art. 1121[4] B.W.).

c. toestemming tot verkoop, op andere dan de gewone wijze, van roerende, resp. onroerende goederen (art. 686 resp. 692 Rv.).

11°. Procedures in verband met de arbeidsovereenkomst:

a. alle gedingen, betrekkelijk tot een aanneming van werk, waarvan de kantonrechter zonder hooger beroep kennis neemt, tot een arbeidsovereenkomst of tot een collectieve arbeidsovereenkomst, beginnen met een verzoekschrift aan den kantonrechter, om een datum voor de behandeling vast te stellen (artt. 125*b* en vlgg. Rv.).

b. ontbondenverklaring van een arbeidsovereenkomst van een minderjarige door den kantonrechter op „schriftelijk verzoek" van den wettelijken vertegenwoordiger (art. 1639*m*, *n* B.W.).

c. ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens

gewichtige redenen, ook door den kantonrechter op verzoek van één der partijen (art. 1639*w* B.W.).

12°. Gevallen in verband met faillissement:

a. de faillietverklaring zelf geschiedt op verzoekschrift van den debiteur of van één der crediteuren (of op vordering van het O. M.). Evenzoo geschiedt de instelling van alle rechtsmiddelen tegen de faillietverklaring bij verzoekschrift. Zie verder de artt. 1, 4, 6—12, 198, 199, 201 F. W.

b. de crediteuren, de commissie uit de schuldeischers en ook de failliet kunnen tegen handelingen van den curator bij verzoekschrift opkomen bij den rechter-commissaris (art. 69 F. W.).

c. verzoek tot bijeenroeping van een buitengewone vergadering (art. 84 F. W.).

d. in verzekerde bewaring stellen van den failliet (art. 87—89 F. W.).

e. verzoek tot verbetering van het proces-verbaal ingevolge art. 149 F.W.

f. hooger beroep en cassatie tegen de beschikking aangaande de homologatie van een akkoord (art. 154 vlgg. F.W.).

g. ontbinding van het akkoord (art. 165 vlgg. F.W.).

h. verzet tegen de uitdeelingslijst (art. 184 vlgg. F. W.).

i. rehabilitatie na afloop van het faillissement (art. 206—212 F. W.).

j. de verleening van surséance van betaling en de aanwending van rechtsmiddelen daartegen (art. 214 en vlgg. F.W.).

k. intrekking der verleende surséance van betaling (artt. 239 vlg. F.W.).

13°. Bepaling van een dag voor de behandeling van een revisie-aanvrage moet bij verzoekschrift aan den

Hoogen Raad gevraagd worden. Daarop volgt dan een appointement en dan kan tegen den bepaalden dag gedagvaard worden (artt. 362, 363 Rv.).

14°. Enkele maatregelen met executie in verband staande:

a. bepaling van een andere plaats van verkoop van roerende goederen dan de plaats der inbeslagneming (art. 463 Rv.).

b. bevel tot verkoop voor een notaris, in plaats van ter terechtzitting, te geven door de rechtbank op verzoek van de eerstgereede of van iederen ingeschreven schuldeischer (art. 537 *a*, *b*, *c* Rv.).

c. tusschenkomst van den eigenaar van een inbeslaggenomen goed tot opvordering van zijn eigendom bij verzoekschrift (art. 538, 539, 541, 542 Rv.).

15°. De procedure, ingeval van rechtsweigering geschiedt bij verzoekschrift, gericht aan het Hof, subsidiair den Hoogen Raad (art. 847—852 Rv.).

16°. De toelating om kosteloos te procedeeren wordt verleend op request. Zie de artt. 856 vlgg. Rv. voor de procedures voor het Hof en de arr. rechtbank, art. 871 Rv. voor den kantonrechter en art. 872 vlg. Rv. voor handelingen buiten eigenlijk rechtsgeding, als rechterlijke machtigingen, enz.

17°. Verzoek tot het houden van een voorloopig getuigenverhoor, gericht tot de arr. rechtbank (artt. 876—878 Rv.).

§ 5. D. Gevallen in speciale wetten.

Ook in speciale wetten vindt men tal van voorbeelden van rechtspraak op verzoekschriften. Enkele der voornaamste voorbeelden zullen hieronder genoemd worden, echter, zooals reeds gezegd is, zonder eenige aanspraak te maken op volledigheid.

1°. Enkele zeer voorname bepalingen vindt men in dezen zin in de Merkenwet (Wet van 30 Sept. 1893 Stbl. 146). Ingeval van weigering door het Bureau voor den industrieelen eigendom van de inschrijving van een volgens art. 4 of art. 8 ingezonden merk, kan de inzender zich bij verzoekschrift wenden tot de arr. rechtbank te 's Gravenhage, met het verzoek, dat de inschrijving worde bevolen (art. 9^2). Voorts kan, wanneer een krachtens art. 5 of art. 8 ingeschreven merk geheel of gedeeltelijk overeenstemt met een merk, waarop een ander een uitsluitend recht heeft, die ander zich met een verzoekschrift tot diezelfde rechtbank wenden, met verzoek, die laatste inschrijving nietig te verklaren. De behandeling dezer verzoekschriften geschiedt verder in raadkamer, en ook hooger beroep en cassatie worden ingesteld bij verzoekschrift. Zie de artt. 9^2, 10—13 van de Merkenwet. Verg. hierover verder du Mosch, vooral blz. 383 vlg. en 414 vlg.

2°. De Onteigeningswet (Wet van 28 Aug. 1851 Stbl. 125) bepaalt o. a. in art. 66 (bij de onteigening ten behoeve van vestingbouw of aanleg van dijken), dat bij gebreke van minnelijke schikking, de benoeming van deskundigen ter begrooting van de schadeloosstelling gevraagd kan worden aan de arr. rechtbank, en wel bij verzoekschrift. Art. 70 dierzelfde wet draagt bij besmetting het uitspreken der onteigening en de bepaling der schadeloosstelling op aan den kantonrechter, en bepaalt, dat die zal gevraagd worden bij verzoekschrift.

3°. Ook bij de toepassing van de Krankzinnigenwet (Wet van 27 April 1884, Stbl. 96) komen enkele verzoekschriften aan de rechterlijke macht te pas. Men zie b.v. de artt. 22 en vlgg. (verzoekschrift, aan de arr. rechtbank om verblijf gedurende een jaar te bevelen) en 33, (over de benoeming van een provisioneelen bewindvoerder).

4°. Art. 66 der Armenwet 1912 (Wet van 27 April

1912 Stbl. 165) bepaalt, dat B. en W., op een verzoekschrift aan den kantonrechter, analoge bevoegdheden kunnen krijgen ten aanzien van het verhaal van een uitkeering op iemand, die daartoe verplicht is, als de voogdijraad heeft voor de uitkeering aan minderjarigen, n.l. tegenover den werkgever. Verder bepaalt art. 77, dat geschillen over verhaal van kosten van armverzorging voor den rechter aanhangig worden gemaakt door een verzoekschrift en regelt dan verder de behandeling daarvan.

5°. In art. 8 der Wet van 23 April 1880 Stbl. 67 (op de openbare middelen van vervoer), en in art. 2 der Wet van 9 Juli 1900 Stbl. 118 (vervoer op spoorwegen met beperkte snelheid), wordt de bepaling der schadeloosstelling voor het vervoer der brievenmalen, bij gebreke van minnelijke schikking, opgedragen aan den kantonrechter en gezegd, dat dit geschiedt op een verzoekschrift.

6°. Zeer belangrijk is de bepaling van de artt. 48 vlgg. der Consulaire Wet (Wet van 25 Juli 1871 Stbl. 91), dat alle procedures, die een uitvloeisel zijn van de rechtsmacht der consulaire ambtenaren, bij verzoekschrift worden aangebracht.

7°. Volgens art. 26 van de Auteurswet 1912 (Wet van 23 Sept. 1912 Stbl. 308) geschiedt de aanwijzing van dengene, die het auteursrecht, wanneer dit aan twee of meer personen toekomt, zal uitoefenen, door de rechtbank op verzoek van den meestgereeden belanghebbende.

8°. Art. 55 van de Octrooiwet (Wet van 7 Nov. 1910 Stbl. 213) laat het beroep tegen de weigering van de inschrijving van een ander stuk dan een octrooi, en het beroep tegen zoo'n inschrijving zelf, geschieden voor de arr. rechtbank te 's-Gravenhage, en wel op verzoekschrift.

§ 6. Algemeene beschouwing dezer gevallen.

Eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak.

Naast deze, reeds zeer lange, reeks van gevallen, waarin de wet min of meer uitdrukkelijk zegt, dat een bepaald verzoek aan den rechter moet geschieden bij request, zijn er echter nog tal van voorbeelden aan te wijzen, waar het zeer onzeker is, wat de wetgever bedoeld heeft. Reeds in het begin van dit hoofdstuk wees ik op de oorzaken dier onzekerheid, eenerzijds n l. de verwarde terminologie van de wet, anderzijds het feit, dat de wet zich dikwijls in het geheel niet uitlaat over deze quaestie. Hoe moet nu in al die gevallen gehandeld worden? De jurisprudentie is op dit punt zeer casuïstisch en geeft geen enkel houvast voor een algemeene beantwoording der vraag [1]).

Daarnaast rijst dan nog een tweede vraag: kunnen personen zich nog in andere, niet in de wet genoemde, gevallen tot den rechter wenden met een verzoekschrift?

Om deze beide vragen te kunnen beantwoorden, zullen we eerst hebben na te sporen, of aan de gevallen, die in de wet genoemd worden, een algemeen beginsel ten grondslag ligt. Of m.a.w. een algemeene regel is te vinden, waardoor de wetgever zich, al of niet geheel bewust, heeft laten leiden bij het bepalen, in welke gevallen een dagvaarding vereischt wordt, in welke een verzoekschrift. Zou het gelukken zulk een regel te vinden, dan is daarin ook een criterium te vinden, om die gevallen te beslissen, waarin de wetgever ons zijn wil niet uitdrukkelijk te kennen geeft, en misschien ook een antwoord op de tweede der gestelde vragen.

Wanneer we nu de bovengegeven lijst van wetsartikelen

[1]) Zie verder de bespreking der jurisprudentie in het derde hoofdstuk dezer afdeeling.

eens nagaan, dan valt dadelijk een zeer groote verscheidenheid op. Naast de groote groepen van benoemingen door den rechter te doen en machtigingen tot verschillende handelingen, door hem te geven, wordt een verzoekschrift vereischt in tal van, min of meer op zichzelf staande, en onderling zeer heterogene gevallen.

Toch kan, bij eenigszins nadere beschouwing, een algemeene opmerking omtrent den aard dier gevallen gemaakt worden. Bijna alle behooren ze n.l. tot het gebied der zoogenaamde vrijwillige rechtspraak. Ongelukkig is echter dit begrip vrij vaag, en zijn de meeningen over zijn begrenzing en omschrijving zóó verschillend, dat niet dadelijk met zekerheid te zeggen valt, welke gevallen daar wèl, welke niet toe behooren. Wèl kan men echter zeggen, dat de zeer groote meerderheid tot de vrijwillige rechtspraak gerekend kan worden.

Ook in jurisprudentie en literatuur vinden we die opmerking terug. Zeer vaak worden de twee onderscheidingen: verzoekschrift tegenover dagvaarding, en vrijwillige tegenover eigenlijke rechtspraak met elkander in verband gebracht, ja zelfs met elkaar vereenzelvigd. Reeds de oude Commentatoren verwarden de onderscheidingen. Zie daarover en over de oorzaak dier verwarring Meijers blz. 58. Verder du Mosch blz. 383 en de aldaar in noot 3) geciteerde schrijvers.

Om nu na te kunnen gaan, in hoeverre de opvatting, dat de twee genoemde onderscheidingen samenvallen, juist is, en, mocht ze onjuist blijken, in hoeverre er dan toch misschien verband bestaat tusschen de twee tegenstellingen, zullen we eerst moeten vaststellen, wat onder vrijwillige en eigenlijke rechtspraak te verstaan is. Over deze quaestie bestaat een zeer groote literatuur, zoodat een volledige bespreking van alle theorieën, met wat er vóór en tegen is gezegd, voor het bestek van dit proefschrift veel te

uitgebreid zou worden. Ik zal slechts pogen, een overzicht te geven van de voornaamste meeningen en een korte uiteenzetting van het standpunt, dat men, naar mijn meening, voor ons recht zal hebben te aanvaarden.

TWEEDE HOOFDSTUK.

EIGENLIJKE EN ONEIGENLIJKE RECHTSPRAAK.

§ 7. Inleiding.

Deze onderscheiding is al zeer oud. Behalve van eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak spreekt men wel van voluntaire (vrijwillige) en contentieuse jurisdictie, van rechtspraak buiten en in een eigenlijk rechtsgeding, enz.

Men vindt de onderscheiding reeds in het Corpus Juris, doch slechts op één plaats, nl. l. 2 D. 1, 16 (Omnes). Daar wordt gesproken van jurisdictio contentiosa en jurisdictio voluntaria, en Accursius geeft in zijn glosse de volgende definities daarvan, waarin tevens de verklaring ligt, hoe men aan die woorden gekomen is: „.....contentiosa dicitur quae redditur in invitum, voluntaria vero dicitur quae inter volentes tantum"; d. w. z.: Men noemt contentieuse rechtspraak degene, die tegen onwilligen wordt gegeven, vrijwillig daarentegen noemt men degene, die slechts tusschen hen, die haar verlangen, wordt gegeven.

Bij deze vrij eenvoudige verklaring zou het ondertusschen niet blijven. Zooals Meijers terecht opmerkt in zijn artikel (in W. P. N. R. 1916, N°s. 2405 en vlgg.), over de eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak, is reeds vroeg deze onderscheiding verward met een andere, ook in het Corpus Juris voorkomende, n.l. die tusschen sententia en decretum: de sententia, steunende op het subjectieve

recht, de actio van den eischer, het decretum, door den rechter gegeven krachtens zijn overheids- of bestuursmacht, dus steunende op het z.g. officium judicis[1]).

En sinds dien tijd is over deze onderscheiding een reusachtige literatuur ontstaan, heeft men steeds nieuwe pogingen gedaan om een criterium te vinden, dat een scherp tegenover elkaar stellen mogelijk zou maken. En dat alles, zonder dat men kan zeggen, dat ook maar eenigszins overeenstemming bereikt is.

Welke zijn nu de oorzaken van die onzekerheid? Vooreerst zijn de uitdrukkingen zelf vrij vaag en weinigzeggend. Verder wordt dikwijls vergeten, van te voren duidelijk het uitgangspunt te bepalen van het onderzoek. Men begint over rechtspraak te praten zonder precies te zeggen, wat men er onder verstaat, men verdiept zich in nuttelooze woordenquaesties, men verliest zich in theoretische beschouwingen, die ongetwijfeld zeer fraai zijn, doch alle verband met het positieve recht en de werkelijkheid missen. En dit alles ware nog niet zoo erg, als men nu maar op het terrein der theorie bleef, en niet uit die dikwijls vrij willekeurig getrokken grenzen der twee begrippen practische consequenties trok van het grootste gewicht[2]).

We zullen nu eerst de verschillende theorieën bespreken en daarna een korte schets geven van eigen opvatting, waarbij we ons dan, om de bovenomschreven fouten te vermijden, zooveel mogelijk zullen stellen op het standpunt van onze positieve wet, en trachten een duidelijke omschrijving te geven van de gebruikte begrippen.

---

[1]) Zie Meijers blz. 58, vooral noot 3). Toch valt op te merken, dat ook over de beteekenis van deze onderscheiding andere opvattingen mogelijk zijn, zie b.v. Meijers zelf blz. 115.

[2]) Verg. over de groote moeilijkheden der quaestie Japiot blz. 343; A. Henry, Juridiction gracieuse, thèse, Nancy 1913.

§ 8. Theorieën over oneigenlijke rechtspraak.

A. Formeele theorieën.

We kunnen de theorieën over het onderscheid tusschen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak in hoofdzaak verdeelen in twee groepen n.l. formeele theorieën, die in het aanwenden van bepaalde vormen het beslissende onderscheid zien, en aan den anderen kant materieele, die een onderscheid zoeken in den aard der verrichtingen van den rechter.

1°. Soms zoekt men het onderscheid in de wijze van begin der actie: als de procedure met een dagvaarding begint, is het eigenlijke, met een verzoekschrift, oneigenlijke rechtspraak.

Tegen deze opvatting zijn tal van voor de hand liggende bezwaren aan te voeren. Ik noem er slechts enkele:

a. Tal van procedures, die zonder eenigen twijfel een voorbeeld zijn of kunnen zijn van eigenlijke rechtspraak, beginnen bij verzoekschrift, b.v. alle procedures over een arbeidscontract (art. 125*b* vlg. Rv.), alle gevallen, die berecht worden door consulaire ambtenaren (art. 48 Consulaire wet). Ze beginnen met een verzoekschrift, onverschillig, welke hun aard is [1]).

b. In tal van gevallen treedt de rechter op zonder dagvaarding of verzoekschrift, b.v. krachtens verwijzing door een rechter-commissaris (renvooi-proces, bij rangregeling enz.). Voor die gevallen geeft ons dit criterium eenvoudig geen oplossing.

c. Behalve dat in vele gevallen zeker noch een dagvaarding, noch een verzoekschrift te pas komt, is het

[1]) Cf. Meijers blz. 102; Faure II blz. 187; Japiot blz. 347. Voor verdere voorbeelden van eigenlijke rechtspraak op verzoekschrift, zie du Mosch blz. 383 vlg. (De daar geciteerde plaatsen van Garsonnet bewijzen niet veel, daar G., zooals we hieronder zien zullen, een van de gangbare opinie afwijkende meening heeft aangaande den omvang der vrijwillige rechtspraak)

vaak onzeker of de wet een verzoekschrift of dagvaarding bedoelt. Dan zou dus ook niet uit te maken zijn of er is vrijwillige of eigenlijke rechtspraak.

d. Bovendien zou, bij een consequent doorvoeren van dit criterium, de eischer het in zijn macht hebben uit te maken, of een bepaalde verrichting van den rechter zou zijn vrijwillige of eigenlijke rechtspraak, al naar hij diens tusschenkomst zou inroepen bij verzoekschrift of dagvaarding [1]).

2°. Een tweede opvatting zoekt het onderscheid niet in de wijze van begin der actie, maar in de wijze van behandeling: bij de eigenlijke rechtspraak kent men twee gelijkgerechtigde partijen, van wie het initiatief uitgaat; bij de oneigenlijke mist men gelijkgerechtigde partijen en rust de zorg voor den voortgang van de behandeling op den rechter.

In dien zin schrijven vooral Fransche schrijvers b.v. Chauveau op Carré, Lois de la procédure civile dl. I. Qu. 378 blz. 465; J. D. Meyer, Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires, dl. VI blz. 218, die van de rechters in zaken van vrijwillige rechtspraak zegt: „ils n' ont rien à examiner, ils ne peuvent pas délibérer, mais ils doivent se prêter aveuglément aux demandes de ceux qui requièrent leur assistance".

In ons land is het vooral de Hooge Raad, die deze opvatting schijnt te huldigen. Ik zeg opzettelijk „schijnt", omdat het dikwijls lang niet duidelijk is, welke meening de Hooge Raad toegedaan is, daar hij er zich nergens uitdrukkelijk over uitlaat. Vandaar ook, dat naar aanleiding van vele dier arresten groot verschil van meening is gerezen over de vraag, welk criterium ze aannemen. Men zie daarvoor de noot van Meijers onder het arrest van 25 Juli 1911 W. 9250, de bestrijding daarvan door du Mosch blz. 405 vlg. en het antwoord daarop van Meijers

[1]) Cf. Garsonnet VII blz. 205.

in noot 5) bij blz. 102 van zijn artikel in W. P. N. R. 1916. [1]

Van de vele arresten van den H. R., door Meijers geciteerd, is misschien nog één der duidelijkste dat van 29 Juli 1904 W. 8097, dat vrij duidelijk het hier behandelde criterium stelt. De H. R. overweegt daar als volgt: „O. dat, hoewel de ontzetting van een voogd, ingeval de rechter over feiten, die gesteld en door de tegenpartij bestreden worden onder andere ook na gehouden getuigenverhoor heeft te beslissen, als een rechtsgeding op de openbare terechtzitting kan worden aangemerkt, dit in deze niet het geval is, vermits zoowel de arr. rechtbank in eersten aanleg, als het gerechtshof in hooger beroep, op het verzoek van de bloedverwanten, na verhoor bij de rechtbank van den voogd en den toezienden voogd, volgens art. 437 tot en met 439 B. W. over de ontzetting heeft beslist, zonder een op „de openbare terechtzitting gevoerd rechtsgeding" ".

De redeneering is dus ongeveer aldus: Bij ontzetting van een voogd heeft de rechter te beslissen over feiten, die door de ééne partij gesteld en door de andere bestreden worden, mede na onderzoek der zaak door een gewoon getuigenverhoor. Het is dus een gewoon rechtsgeding. Maar in dit bijzondere geval is dit niet geschied, er is geen contradictoir geding gevoerd en dus gelden de bepalingen van eigenlijke rechtspraak niet.

Men vergel. verder de arresten, ook door Meijers geciteerd, van 16 Sept. 1881 N. R. dl. 128 blz. 384; 20 Sept. 1883 N. R. dl. 134 blz. 284; 25 Febr. 1896 W. 6778; 29 Juli 1904 W. 8097; 8 April 1909 W. 8856; 24 Jan. 1908 W. 8657; 17 Aug. 1909 N. R. dl. 212 blz. 357 en 16 Juni 1911 W. 9245.

---

[1]) Ik kan hier niet op al die quaesties ingaan, doch meen ten aanzien van de afzetting van den voogd, dat du Mosch in hoofdzaak gelijk heeft. Zie hieronder blz. 57 vlg.

Ook in de Fransche rechtspraak vindt men deze opvatting, zie b.v. Cour de Cassation 25 Oct. 1905 Dalloz, Recueil périodique 1906 I blz. 337. Dit arrest overweegt o.a.: „attendu.... que l'instance .... a été introduite par voie de requête et suivie sans contradicteur ....; que la demanderesse .... y a seule figuré, aucune autre partie n'ayant été mise en cause ....; attendu que la décision intervenue sur une semblable procédure est un acte de la juridiction gracieuse."

Deze opvattingen staan in nauw verband met één der materieele theorieën, n.l. diegene, welke het kenmerk der eigenlijke rechtspraak meent te kunnen vinden in het beslissen van rechtsgeschillen. Immers om uit te maken of er is een rechtsgeschil, zal dikwijls naar formeele kenmerken gezocht moeten worden. Zoo vloeien ze dus gedeeltelijk ineen. Vandaar dan ook, dat b.v. du Mosch op blz. 386 vlgg. citaten geeft ter toelichting en ondersteuning van zijn eigen meening (de geschil-opvatting), waaronder er ook voorkomen, die eigenlijk een vrijwel zuiver formeel kenmerk aangeven, b. v. Chauveau, Meijer en het arrest van de Cour de Cassation. Zie verder hieronder blz. 45.

Het meest consequent wordt de formeele opvatting gehuldigd door Garsonnet. Hij zegt o. a.: „Il faut ... 1°. voir le caractère essentiel de cette dernière juridiction dans ce fait qu'elle s'exerce sur des demandes qui, ne paraissant pas devoir soulever de contradiction, ... n'ont pas d'adversaire connu ou présumé; 2°. conclure de ce principe que si, contre toute prévision, un contradicteur surgit, le tribunal est tenu de renvoyer l'affaire à son audience ordinaire pour y faire, ce contradicteur préalablement assigné, oeuvre de juridiction contentieuse" [1]). En elders zegt hij iets dergelijks: „La juridiction gracieuse cesse de

[1]) dl. VII blz. 206.

s'exercer et le demandeur doit être renvoyé devant la juridiction contentieuse, dès qu'il apparaît que des tiers sont intéressés à contester sa 'prétention" [1]).

Hij komt dus tot deze conclusie, dat een geding, eenmaal begonnen als vrijwillige rechtspraak, nog weer kan veranderen van karakter, als een tegenpartij opduikt; dat een procedure, in raadkamer begonnen, in zoo'n geval naar de openbare terechtzitting moet worden verwezen.

Deze opvatting, hoe eenvoudig ook, is toch op den duur onhoudbaar. Wanneer een vrouw machtiging vraagt aan den rechter volgens art. 798 Rv., is dat een daad van vrijwillige rechtspraak. Wanneer nu echter de rechter besluit, den man te hooren op dat verzoek, zou plotseling het heele karakter veranderen, zou dus het gewone bewijsrecht van Boek IV B. W. toepasselijk worden, zou de uitspraak een gemotiveerd vonnis ter terechtzitting moeten zijn enz. Daar komt nog bij, dat een verwijzing, zooals Garsonnet ze, misschien terecht, voor Frankrijk verdedigt, zeer zeker in strijd zou zijn met de practijk van ons recht, zelfs met de uitdrukkelijke wetsbepalingen, men zie b.v. art. 12 Merkenwet en tal van andere.

Meijers richt zich in zijn bestrijding van de formeele opvatting[2]) juist tegen deze uiterste consequentie er van. Voor verdere uitwerking van bovenstaand betoog, zie ook aldaar. Toch komt ook Meijers tot een soortgelijke opvatting, als hij in het slot van zijn artikel elk beslissend materieel onderscheid verwerpt, en eenvoudig zegt: er is oneigenlijke rechtspraak, als bepaalde kenmerken van den gewonen procesgang afwezig zijn. „Vandaar dat," zegt hij op blz. 115, „waar het recht verschillende soorten van rechtsgang kent, de wet in ieder geval aangeeft, welke rechtsgang gevolgd moet worden, of daartoe een eenvou-

[1]) dl. I noot 6) bij blz. 112.

[2]) blz. 113 vlg.

dig herkenningsteeken van formeelen aard vaststelt. Daarachter moge wellicht een materieel verschil verscholen liggen, dit zij echter alleen een baken voor den wetgever, niet voor dengene, die bij den rechter recht zoekt".

Van die kenmerken geeft hij in het begin van zijn artikel een opsomming [1]) (twee gelijkgerechtigde partijen, toepasselijkheid der bewijsvoorschriften, lijdelijkheid van den rechter enz).

3°. Behalve de reeds genoemde worden nog wel eens andere formeele criteria genoemd, doch de weerlegging daarvan valt met de reeds aangegeven argumenten gemakkelijk. Zoo heeft men gemeend het onderscheid te moeten zoeken in de uitspraak, al of niet in het openbaar, in het woord, dat de wet gebruikt, om de beslissing aan te duiden: „vonnis" of „beschikking". Voor dergelijke opvattingen en de weerlegging er van, die trouwens ook reeds te vinden is in het gezegde over de terminologie der wet, zie hierboven blz. 3 vlg., en du Mosch blz. 385, 393.

Over al deze formeele theorieën valt ten slotte nog een algemeene opmerking te maken: als men het criterium zoekt in een uiterlijke vorm der procedure, dan vervalt vrijwel het practisch nut der onderscheiding, daar eenige conclusie over de wijze van behandeling onmogelijk wordt. Immers de vraag is juist, hoe deze verschillende gevallen behandeld moeten worden en daarvoor zoeken we een oplossing in het onderscheid tusschen vrijwillige en eigenlijke rechtspraak. Wanneer dus een formeel criterium juist zou blijken, verliest het daardoor meteen zijn waarde voor ons onderwerp.

§ 9. B. Materieele theorieën.

1°. Sommigen zoeken het onderscheid in het middel,

[1]) Zie blz. 58, 59.

dat de rechter gebruikt, om tot een beslissing te komen. Dit is de theorie, die zegt, dat bij de eigenlijke rechtspraak de rechter alleen strikt de wet heeft toe te passen, bij oneigenlijke naar eigen inzicht en doelmatigheid vrijelijk kan beslissen.

Deze opvatting, vooral door beoefenaars van het administratiefrecht ter sprake gebracht, als ze het onderscheid willen aangeven tusschen rechtspraak en bestuur (zie b.v. Reuyll in R.M. 1895 blz. 22; van Gelein Vitringa in R.M. 1900 blz. 534 vlg.), heeft ook onder schrijvers over privaatrecht aanhangers.

Ze is gebaseerd op de ongetwijfeld juiste opmerking, dat zeer vaak bij vrijwillige rechtspraak den rechter veel meer vrijheid wordt gelaten dan bij eigenlijke, b.v. bij de benoeming van een voogd. Er is geen sprake van, dat iemand recht zou hebben, tot voogd te worden benoemd. Het beste bewijs daarvoor is, dat al zijn alle bloedverwanten het eens over een bepaald persoon, toch de kantonrechter, als het hem goed dunkt, een ander kan benoemen. Zie art. 415 B.W. Beslissend is voor hem alleen het belang van het kind, en hij is vrij in de waardeering daarvan.

Daarentegen, wanneer iemand vordert de nakoming van een verbintenis en zijn recht behoorlijk vaststaat, dan heeft hij recht op toewijzing van den eisch en blijft den rechter in het geheel geen vrijheid over. Op deze wijze hangt deze theorie samen met het beginsel van de lijdelijkheid van den rechter[1]).

---

[1]) Zie Japiot blz. 285, die het beginsel als volgt formuleert: „(Le juge) procède suivant un syllogisme: la loi impose telle solution si telles conditions sont remplies; or, le tribunal constate que ces conditions sont remplies; donc le tribunal par ces motifs, décide que cette solution sera appliquée. La décision ne dépent pas de la volonté du juge. C'est une première manifestation de ce qu'on appelle le rôle passif du juge; les observations qui suivent peuvent être aussi rattachées à l'idée du rôle passif du juge."

Daar tegenover kan men echter opmerken, dat dit wel als regel zoo moge zijn, maar dat die regel niet absoluut opgaat. Immers ook bij de toepassing van de wet op de vordering tot nakoming van een verbintenis, heeft de rechter wel eenige vrijheid. Zoo zal de toepassing der uitlegregelen, en vooral van art. 1374 en 1375 B.W., die uitdrukkelijk verwijzen naar goede trouw en billijkheid, den rechter een vrij groote speelruimte laten. En wil men zeggen, dat hier dan toch regels van ongeschreven recht of van billijkheid moeten worden toegepast[1]), — een opmerking, die formeel juist moge zijn, maar die vergeet, dat feitelijk toch alles aan den rechter overgelaten wordt, daar begrippen als goede trouw en billijkheid bij uitstek subjectief zijn, — dan verwijs ik naar gevallen, als die van art. 1638*x* of van art. 1345 B.W., waar de wet zelf den rechter zekere vrijheid uitdrukkelijk toekent.

En anderzijds, als den rechter b.v. wordt aangetoond de aanwezigheid van één der gevallen, waarin executie van een buitenlandsch vonnis hier te lande mogelijk is, dan zal hij volgens art. 431[3] Rv. het verlof tot executie moeten geven. Wat voor vrijheid van beslissing wordt hem hier gelaten? Een ander voorbeeld is dat van den voogd, die zich verschoonen wil, en die den rechter zijn ontslag vraagt (art. 435 B. W.) enz. En toch zal wel niemand betwisten, dat het hier gevallen van vrijwillige rechtspraak geldt.

Zoo zien we dus, dat het beweerde onderscheid niet geschikt is, om een criterium op te leveren voor onze onderscheiding. Altijd heeft de rechter de wet toe te passen en het verschil in de mate van vrijheid, die de wetgever hem daarbij laat, is ten hoogste een verschil in

---

[1]) Aldus b.v. Meijers, noot 1) ad pag. 95; zie verder Boasson, De rechter tegenover de vrijheid der administratie. Prft. Leiden.

graad en dus ongeschikt, om een theoretische en principieele tegenstelling op te baseeren[1]).

2°. Anderen trachten een onderscheid op te stellen met het oog op het effect van de uitspraak des rechters. Hiertoe behooren zij, die het criterium zoeken in de kracht van gewijsde van het vonnis (1954 B.W.). Ze beweren dus, dat de uitspraken van vrijwillige rechtspraak die kracht missen.

Deze theorie wordt vooral verkondigd door Schultze in het Zeitschrift für Zivilprozessrecht 1896 blz. 473 en ook Japiot noemt dit het hoofdkenmerk. Hij geeft n.l. ter karakteriseering der eigenlijke rechtspraak niet één beslissend criterium, maar noemt verschillende kenmerken, zooals: de kracht van gewijsde, de beslissing van een geschil, strenge wetstoepassing enz.[2]), dus een combinatie van eigenlijk bijna alle theorieën, die hier behandeld worden. Toch hecht hij de meeste waarde aan het gezag van gewijsde, echter zonder voor zijn stelling nadere argumenten aan te voeren. B.v. reeds op één der eerste bladzijden van zijn artikel heet het: „la juridiction est le pouvoir de trancher les litiges par une décision ayant l'autorité de la chose jugée. Voilà la juridiction proprement dite ou juridiction contentieuse[3])". En eenige bladzijden verder zegt hij: „La juridiction proprement dite se caractérise principalement par la force de la décision à laquelle aboutit son exercice et accessoirement par certaines particularités que présentent le rôle et le procédé d'action de celui qui l' exerce. Nous examinerons successivement ces deux points[4])".

Reeds Meijers heeft er echter op gewezen, dat Japiot

[1]) Zie verder nog Japiot blz. 292—294, 348.
[2]) Zie blz. 285 vlg.
[3]) Zie blz. 275.
[4]) Zie blz. 283.

op dat punt allerminst consequent is. Immers wanneer hij de vrijwillige rechtspraak gaat omschrijven, zegt hij: „Il se caractérise surtout par le fait que le juge intervient en dehors de tout litige[1])", en noemt daarna eerst het ontbreken van het gezag van gewijsde.

Het is hier niet de plaats diep in te gaan op de vraag, of het naar ons recht wel juist is, dat uitspraken van vrijwillige rechtspraak geen gezag van gewijsde hebben. Die quaestie hoort thuis aan het slot van onze behandeling van de verzoekschrift-procedure[2]). Alleen kan nu reeds worden opgemerkt, dat het onmogelijk dienst kan doen als afdoend criterium voor de vraag: wat is vrijwillige, wat contentieuse rechtspraak?

Immers in de eerste plaats lijkt het irrationeel, de beslissing omtrent den aard der procedure af te laten hangen van de kracht, die de uitspraak heeft en verder is het in ieder geval zeer onpractisch, daar het criterium ons geen enkel houvast kan geven, om de wijze van behandeling te bepalen, nog minder dan de boven besproken formeele criteria. Dat Japiot dit ook gevoeld heeft, blijkt uit wat hij zegt op blz. 284: „Il ne suffit pas, de dire que l'acte relevant de la fonction juridictionnelle se caractérise par l'autorité de la chose jugée. Nous avons vu que cette autorité lui faisait parfois défaut, du moins à certains points de vue; en outre il y a des cas où la loi n'indique pas si telle décision rendue par le juge possède ou ne possède pas l'autorité de chose jugée; pour savoir s'il faut la lui reconnaître, on devra alors se guider suivant d'autres indices"[3]).

3°. Weer andere opvattingen zoeken het verschil in

[1]) Zie blz. 344.

[2]) Voor literatuur vergelijke men Léon R. O. blz. 5 aant. 2.

[3]) Voor de verdere literatuur over het vraagstuk van het gezag van gewijsde bij de vrijwillige rechtspraak en als criterium voor de onderscheiding in voluntaire en contentieuse jurisdictie, verwijs ik naar Wach blz. 10, 11, 48—52; du Mosch blz. 395 vlgg.

het doel der werkzaamheid van den rechter. Hieronder vallen in hoofdzaak twee theorieën n.l.:

a. Oneigenlijke rechtspraak heeft ten doel preventie van onrecht, eigenlijke rechtspraak repressie van onrecht. Deze meening wordt verdedigd door verschillende Duitsche auteurs o.a. Glück, Erläuterung der Pandekten III blz. 93; Menger, System I, blz. 21 vlgg.; v. Mohl, Polizeiwissenschaft III blz. 12 e.a.

Zooals Wach terecht opmerkt [1]), zoekt deze theorie het doel te ver, daar ze meer vraagt naar de motieven der wetsbepalingen, dan naar het doel van de tusschenkomst des rechters. Bij alle rechtspraak is het doel voorkoming van onrecht in de toekomst, ook bij de contentieuse. De theorie heeft dan ook weinig aanhangers gevonden.

b. Zeer belangrijk daarentegen om haar grooten invloed is de theorie van Wach. Doel der eigenlijke rechtspraak, zegt ze, is het vaststellen van bestaande, der oneigenlijke het scheppen van nieuwe rechtstoestanden of het veranderen of afschaffen van bestaande. Wach drukt zich als volgt uit: „Der Gegensatz wird aufgestellt für das Gebiet der konkreten Privatrechtsordnung. Sie schützen, bewähren will die streitige, sie begründen, entwickeln die freiwillige Gerichtsbarkeit" [2]). En verder zegt hij nog: „(Die freiwillige Gerichtsbarkeit) ist Thäfigkeit der Staatsgewalt zwecks Gestaltung, nicht Aufrechterhaltung der konkreten Privatrechtsordnung. Ihre Bewährung fällt der kontentiösen Gerichtsbarkeit zu" [3]).

Deze leer heeft, vooral in Duitschland, doch ook hier te lande, grooten aanhang verworven [4]). Bij ons wordt

---

[1]) Wach blz. 47.

[2]) Zie blz. 47.

[3]) Zie blz. 53.

[4]) Voor Duitsche literatuur zie Wach blz. 52—53 en verder b.v. Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 2de druk blz 953 vlg.; Kürschner, Lexicon des Deutschen Rechts (op „Gerichtsbarkeit".).

ze o. a. gehuldigd door Mr. Moltzer, Landbouw en Kapitaalbelegging blz. 123 noot 2), en mogelijk heeft Meijers gelijk, wanneer hij haar meent te lezen in het arrest van den H. R. van 14 Juni 1912 W. 9361, waarbij een vonnis van faillietverklaring als oneigenlijke rechtspraak werd beschouwd o. a. op grond van de overweging: „dat voorts de rechtbank terecht doet gelden, dat door een vonnis van faillietverklaring geen geschil omtrent de rechten der gedingvoerenden tot oplossing wordt gebracht, maar wordt uitgesproken een algemeen beslag op het vermogen van den faillietverklaarde. . . ." Er is hier dus, aldus de gedachtengang van den H. R., geen beslissing omtrent bestaande rechten, maar een scheppen van een nieuwen rechtstoestand. Zie echter mijn eigen opvatting van dit arrest, hieronder blz. 45.

De theorie van Wach is gegrond op zijn opvatting van het burgerlijk proces. De taak der overheid is bescherming van de bestaande „Privatrechtsverhältnisse." Die bescherming wordt verleend door den rechter aan hem, die heeft een z. g. „Rechtsschutzanspruch", welke dus niet is een subjectief privaatrecht, maar een processueele, publiekrechtelijke aanspraak op bescherming tegenover den Staat, niet een privaatrecht tegenover een bepaald persoon. Daar waar dus verandering en niet bescherming, handhaving van de privaatrechtelijke verhoudingen bedoeld is, is geen gewoon proces en dat noemt Wach dus oneigenlijke rechtspraak [1]).

Het groote bezwaar, dat voor ons recht (en trouwens ook van het standpunt der algemeene rechtsleer) tegen deze opvatting is in te brengen, ligt in de moeilijkheid, waarin deze theorie komt ten aanzien der z. g. constitu-

[1]) Men zie hierover nader: Wach blz. 19 vlgg; Hellwig I blz. 75 vlg.; Josef blz. 4—5; Japiot blz. 285; tegen Wach ook Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 6de druk II blz. 209.

tieve vonnissen. Het staat vast, dat er vonnissen zijn, uitspraken, tot het gebied der eigenlijke rechtspraak behoorende, die verandering te weeg brengen in de privaatrechtelijke verhoudingen b. v. echtscheiding, ontbinding van een overeenkomst enz. [1]).

Wil men de theorie van Wach consequent toepassen, dan moet men deze gevallen buiten het gebied der eigenlijke rechtspraak stellen [2]). Wach zelf doet dit niet, maar gaat niet verder op de quaestie in [3]). Juist is waarschijnlijk de opmerking van Japiot [4]), dat de constitutieve vonnissen eigenlijk twee elementen bevatten n.l. een declaratoir en een constitutief. En dan zou dus de theorie te redden zijn, door te zeggen, dat b. v. het echtscheidingsvonnis, alleen voorzoover het bevat een vaststelling van het recht op echtscheiding, is een uitspraak van eigenlijke rechtspraak. Maar dan verliest natuurlijk het criterium alle practische waarde. Zie overigens over de elementen van vonnissen van eigenlijke rechtspraak, hieronder § 11.

4°. Eindelijk zoeken velen en daaronder ook verschillende juristen in ons land, het verschil in het voorwerp van de werkzaamheid van den rechter: Eigenlijke rechtspraak is het beslissen van rechtsgeschillen.

In dien zin schrijft b.v. Faure I blz. 71: „(Rechtspraak in den eigenlijken zin des woords) bestaat in het geven van verbindende uitspraken tot beslissing van rechtsgeschillen of gedingen", en op blz. 94: „Vrijwillige rechtspraak wordt door den rechter geoefend in al die gevallen, waarin de wet zijn medewerking tot of tusschenkomst bij

[1]) Zie een volledige opsomming der constitutieve vonnissen bij Parser, blz. 28—61.

[2]) Aldus b.v. Löhr in Zeitschrift für Zivilprocessrecht 1891 blz. 356.

[3]) Vergel. over deze quaesties verder Meijers blz. 94; Hellwig I blz. 76, 53; Josef blz. 5—7; Japiot blz. 294—298.

[4]) Zie blz. 296 vlg.

eenige rechtshandeling buiten eigenlijk rechtsgeding vordert"[1]). En het is ook deze opvatting die men o.a. vindt in het arrest van den H.R. van 14 Juni 1912 W. 9361, dat, sprekende over de mogelijkheid van request-civiel tegen een vonnis van faillietverklaring, zegt: „...dat slechts kunnen worden herroepen vonnissen tusschen gedingvoerende partijen, dat zijn zij, die een rechtsgeschil aan het oordeel des rechters hebben onderworpen, waarom tegen een vonnis van faillietverklaring, hetwelk geen rechtsgeschil tot oplossing brengt, geen request-civiel kan worden aangevoerd".

De verdedigers van deze opinie baseeren hun opvatting voor ons recht gewoonlijk vooral op de artt. 153, 154 G. W. De grondslagen en de verschillende bezwaren dezer opvatting zullen hieronder behandeld worden, tegelijk met de uiteenzetting van mijn eigen opvatting, die vrijwel geheel met de hier genoemde overeenkomt.

Reeds hierboven bij de bespreking der tweede formeele theorie, wees ik op het nauwe verband, dat er bestaat tusschen die theorie en deze materieele. Immers, waaruit zal het aanwezig zijn van een geschil gewoonlijk blijken? Uit het bestaan van twee elkaar bestrijdende partijen, uit de gelegenheid tot hoor en wederhoor. Zoo zit er in deze materieele theorie ook een formeel element. In zooverre heeft Meijers met zijn opmerkingen op blz. 102 vlg. van zijn artikel gelijk. Anders is het echter, wanneer hij die gelegenheid tot hoor en wederhoor tot hoofdkenmerk gaat verheffen en daaruit alle consequenties trekt, waardoor hij

[1]) Verder wordt die, of een dergelijke formuleering o.a. gebruikt door Baudry-Lacantinerie-Barde, 3e druk dl. XV blz. 348; Planiol dl. II 6e druk blz. 871; Japiot blz. 351; du Mosch blz. 386; Parser blz. 76, 79; Mr. K. Vos, Administratieve rechtspraak dl. I blz. 56. Ook prof. Molengraaff in zijn recensie van het proefschrift van Parser in R. M. 1905 blz. 216-226, huldigt een dergelijke opvatting. Zie verder Wach blz. 48 en de daar geciteerde auteurs; van Gelein Vitringa 1900 blz. 533 en 541 vlg.

dan een gemakkelijke taak heeft om het onhoudbare ervan aan te toonen. Zie blz. 113 vlg. Daarmee valt echter nog geenszins de materieele omschrijving, die Faure c. s. geven.

§ 10. Opvatting, dat geen onderscheid bestaat.

Voordat ik echter daartoe kan overgaan, moet ik enkele woorden wijden aan de eigenaardige opvatting van van Gelein Vitringa, ontwikkeld in zijn artikel in R. M. 1900 blz. 548 noot 1) in verband met de uiteenzetting van zijn opinie over de grens tusschen rechtspraak en bestuur op blz. 546—548. Hij verwerpt het heele onderscheid tusschen vrijwillige en contentieuse jurisdictie op grond van zijn opvatting, dat rechtspraak alleen een formeel begrip is, dus alleen daardoor van bestuur onderscheiden, dat ze door den rechter wordt uitgeoefend, niet door een administratief ambtenaar. Ook hij geeft echter toe, dat er toch wel degelijk verschil bestaat tusschen een proces over eigendom en b.v. het benoemen van een voogd. En zoo komt dus zijn bezwaar in hoofdzaak neer op een woordenquaestie. Daar komt nog bij, dat zijn opvatting slecht te rijmen is met art. 153 G. W., dat wel degelijk wijst op een onderscheiding tusschen de verschillende functies van den rechter [1]).

§ 11. Schets van eigen opvatting.

Voor een juist inzicht in de onderscheiding in vrijwillige en eigenlijke rechtspraak, is het noodzakelijk, eerst vast te stellen, wat we onder rechtspraak hebben te verstaan. Doet men dat niet, dan vervalt men, zoöals ik al eerder opmerkte, licht in de fout van een onzuivere redeneering, doordat men aan het begrip rechtspraak op verschillende

[1]) Zie ook verder van Gelein Vitringa in Themis 1905, noot 1) ad pag. 12.

plaatsen een verschillende beteekenis gaat hechten. Dikwijls ook is de opvatting van het begrip in het algemeen al beslissend voor het standpunt, dat men inneemt ten aanzien van de onderscheiding in eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak [1]).

Bij de bespreking van beteekenis en omvang der rechtspraak stelt men in den regel de vraag aldus: Wat is het verschil tusschen rechtspraak en bestuur? Men onderscheidt de staatsfuncties gewoonlijk in wetgeving, rechtspraak en bestuur of administratie en geeft dan een meer of minder scherpe definitie dier drie begrippen. Op deze quaestie, waarover een zeer groote literatuur bestaat, en waarover de autoriteiten het geenszins eens zijn, kan ik hier niet nader ingaan. Het is een vraag van publiekrecht, waarbij de grondbeginselen van het staatsrecht betrokken zijn en waarvan de bespreking ons te ver zou doen afdwalen van ons onderwerp. Voor een overzicht van verschillende meeningen verwijs ik naar het artikel van van Gelein Vitringa in R.M. 1900 [2]).

Wanneer in de volgende beschouwingen het woord rechtspraak zal gebruikt worden, zal men daaronder moeten verstaan eenerzijds een zeer algemeen begrip, n.l. de geheele taak der rechterlijke macht, dus alle werkzaamheden, hoe ook genaamd, door onze wet aan de rechterlijke macht opgedragen [3]). Anderzijds echter is het terrein der onderscheiding in voluntaire en contentieuse jurisdictie beperkt tot het gebied van het privaatrecht

---

[1]) Zie Japiot blz. 343, die terecht opmerkt, dat in de practijk de verschillende opvattingen elkaar soms zeer dicht naderen, terwijl ze in wijze van uitdrukking toch hemelsbreed verschillen; en dat alleen, omdat niet van te voren wordt vastgesteld de beteekenis der te gebruiken termen.

[2]) Zie vooral de uiteenzetting van zijn eigen opvatting op blz. 546 vlg.

[3]) Aldus ook Faure I blz. 71: „Rechtspraak is in het algemeen de taak der rechterlijke macht"; Japiot blz. 273: „Le mot juridiction . . désigne le pouvoir ou la fonction du juge"; v. Gelein Vitringa 1900 blz. 547 vlg.

en vallen dus strafrecht en administratiefrecht geheel buiten ons onderzoek. Het is van belang dit op te merken, daar dikwijls[1]), om de onjuistheid van één of ander criterium aan te toonen, een argument wordt geput uit staats- of strafrecht. Dat van Gelein Vitringa dit doet, waar hij rechtspraak in het algemeen stelt tegenover bestuur, en dus een ruimer begrip bedoelt dan wij, is natuurlijk, maar onze onderscheiding geldt, in den gewonen zin opgevat, alleen voor het privaatrecht.

We geven dus een positiefrechtelijke definitie van rechtspraak, en zullen ook bij verdere onderzoekingen zooveel mogelijk aanknoopen aan onze wet. Immers die behoort onze voornaamste bron te zijn bij het oplossen van een quaestie voor ons recht. Een rechtsphilosophische beschouwing moge nog zoo mooi en juist zijn, ze kan toch voor ons alleen eenig nut hebben, wanneer ze in overeenstemming is met onze Nederlandsche wet[2]).

Wanneer we dan beginnen met te onderzoeken, of onze wet iets zegt over de taak van den rechter in het algemeen, dan vinden we allereerst de bepaling in onze Grondwet, die de basis vormt van onze burgerlijke rechtspraak n.l. art. 153 G. W.: „Alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortspruitende regten, over schuldvordering en andere burgerlijke regten, behooren bij uitsluiting tot de kennisneming van de regterlijke Magt". En ongeveer hetzelfde zegt ons de uitwerking van art. 153 n.l. art. 2 R. O.

Waarin bestaat nu die „kennisneming van alle twistgedingen enz. . ."? Daartoe zullen we moeten nagaan, welke de redenen zijn, waarom iemand in zoo'n burgerlijk twistgeding de rechterlijke tusschenkomst inroept. Die

[1]) Vergel. b.v. v. Gelein Vitringa 1900 blz. 533.
[2]) Cf. Meijers blz. 58.

redenen nu kunnen zeer verschillend zijn, maar ze kunnen alle tot drie hoofdgroepen teruggebracht worden.

1°. Het kan zijn, dat men vraagt veroordeeling van de tegenpartij tot een bepaalde praestatie b.v. een gewone vordering tot nakoming eener verbintenis of tot betaling van schadevergoeding wegens niet-nakoming. Dit zal het geval zijn altijd, wanneer iemand recht heeft op een wijziging in den feitelijken toestand der partijen, recht heeft op een praestatie van de tegenpartij.

2°. Een tweede groep vormen die gevallen, waarin van den rechter gevraagd wordt niet een wijziging van den feitelijken toestand, maar van den rechtstoestand van partijen, b.v. wanneer men vraagt ontbinding eener overeenkomst, echtscheiding enz. In die gevallen kan het wel voorkomen, dat ook een veroordeeling gevraagd wordt, en verandering in den feitelijken toestand plaats vindt, maar dat is dan toch een secundaire werking van het vonnis, een uitvloeisel van de wijziging van den rechtstoestand. Het hoofddoel b.v. van de actie uit art. 1302 B.W. is ontbinding der overeenkomst, d.w.z. wijziging van de rechtsverhouding van partijen. Over deze groep der z.g. constitutieve vonnissen, zie verder Parser blz. 25 vlgg.

3°. Eindelijk erkent men tegenwoordig veelal nog een derde groep van vonnissen, die vallen onder de werkkring der rechterlijke macht, n.l. de z.g. declaratoire vonnissen. Daaronder verstaat men die vonnissen, waarin van den rechter eenvoudig wordt gevraagd de constateering van een recht, de vaststelling van een rechtstoestand en niets meer. Dus geen veroordeeling tot een praestatie, geen verandering in den rechtstoestand komt hierbij te pas. Over het al of niet geoorloofde dezer vonnissen bestaat groot verschil van meening. Men zie hiervoor het proefschrift van Parser, Het declaratoir vonnis, en vooral ook

de beschouwingen van prof. Molengraaff in R.M. 1905 naar aanleiding van die dissertatie. Mijns inziens mag, wanneer eenmaal het recht van den eischer vaststaat, de enkele afwezigheid van belang niet de toewijzing der vordering beletten. De rechter moet volgens de wet rechtspreken; wanneer hij weigert een declaratoir vonnis te geven, overtreedt hij dien regel en maakt zich dus schuldig aan rechtsweigering [1]).

Wanneer we nu pogen in die drie categorieën, die gezamenlijk uitmaken de taak der rechterlijke macht volgens de artt. 153 G.W. en 2 R.O., de eenheid te ontdekken, die dus zal opleveren een definitie van rechtspraak in eigenlijken zin, dan valt het allereerst op, dat onjuist is het standpunt van hen, die de veroordeeling als kenmerk en vereischte van het rechterlijk vonnis stellen. Het vonnis tot ontbinding eener overeenkomst, waaraan toch wel niemand het karakter van eigenlijke rechtspraak zal ontzeggen, behoeft absoluut geen veroordeeling te bevatten.

Ook het constitutieve element zal geen kenmerk kunnen opleveren voor alle vonnissen. Wel bevatten ook de declaratoire vonnissen eenigszins een constitutief element [2]), maar dat heeft toch slechts een subsidiair karakter [3]).

Wanneer we echter eens nagaan, wat de rechter precies doet, vóór hij een vonnis geeft, dan zien we als allereerste taak, dat hij vaststelt of er een recht bestaat op

---

[1]) Zie aldus ook Fockema Andreæ in Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving, 1872 blz. 257 vlg., met wiens woorden ook prof. Molengraaff zich in bovengenoemde recensie vereenigt. Uitdrukkelijk toegelaten worden de declaratoire vonnissen in het ontwerp der Ned. Juristenvereeniging (zie art. 104).

[2]) Zie ter ondersteuning van deze meening, gebaseerd op de opmerking, dat er verschil bestaat tusschen het recht van den eigenaar eener zaak vóór en na het verkrijgen van een declaratoir vonnis, een verschil, dat weer samenhangt met de kracht van gewijsde zaak, Japiot blz. 294 vlg. en Meijers blz. 94.

[3]) Aldus ook Japiot blz. 295 aan het slot van § 26.

veroordeeling, op wijziging van den rechtstoestand enz. En deze constateering wijst ons den weg naar het gemeenschappelijk kenmerk der drie groepen van vonnissen: de rechter zal altijd eerst moeten vaststellen, wat recht is in het concrete geval, dat aan zijn oordeel onderworpen wordt.

Dit wordt ontkend door Japiot[1]), die zegt: „En outre, il est certain qu' un acte de juridiction contentieuse peut être dépourvu du caractère déclaratif, sans perdre sa nature et sans être privé de l'autorité de chose jugée; tel est le cas pour le jugement constitutif de divorce, par exemple." Deze redeneering is onjuist. Immers, hoe moet de rechter komen tot het uitspreken van de echtscheiding, wanneer hij niet eerst vastgesteld heeft, dat er recht bestaat op echtscheiding? Zie over de echtscheiding verder hieronder blz. 55 vlg.

Wel vindt men dat declaratoir element niet in elk vonnis uitdrukkelijk vermeld, maar dat neemt niet weg, dat geen vonnis gegeven kan worden, zonder dat eerst is vastgesteld, wat recht is. Deze conclusie is het ook, waartoe prof. Molengraaff in zijn bovengenoemde recensie komt. Hij zegt o.a.: „Wel beschouwd is dus juist het declaratoir het element, dat alle vonnissen gemeen hebben, het essentieele van elk vonnis, zonder welk het ophoudt een vonnis, de beslissing van een geschil, te zijn" [2]).

Wanneer we deze opvatting nog eens toetsen aan verdere bepalingen van onze wet, speciaal die over het vonnis in het burgerlijk proces, dan zien we, dat ze geheel in overeenstemming daarmee is. Zoo zegt art. 59 Rv., dat het vonnis moet behelzen o.a.: „.... 3°. de gronden der uitspraak, zoo wat de daadzaken als het regtspunt, ieder

[1]) blz. 294.

[2]) R. M. 1905 blz. 226. Zie ook Japiot blz. 285: „.... les jugements sont en général déclaratifs ...."

afzonderlijk betreft, en de beslissing." Het eenige dus, wat dit art. over ons onderwerp zegt, is, dat het vonnis moet inhouden de beslissing. Geen sprake is er van, dat veroordeeling tot een bepaalde praestatie vereischt is, alleen de beslissing, d. w. z. de vaststelling, wat recht is. En ook art. 65 R.O., dat voor alle veroordeelende vonnissen de mogelijkheid van executie openstelt, zegt niet, dat alleen veroordeelende vonnissen ten uitvoer gelegd kunnen worden.

Dit gedeelte nu van 's rechters taak, het vaststellen, wat recht is, is de eigenlijke rechtspraak, de „kennisneming der twistgedingen" van art. 153 G. W. In het begrip der eigenlijke rechtspraak ligt dus vanzelf opgesloten, dat er botsing van belangen is, dat er is een geschil. Immers dan alleen kan iemand er belang bij hebben zijn recht te doen vaststellen door den rechter.

Wanneer iemand eigenaar is van een stuk grond, en niemand betwist hem dien eigendom of valt hem lastig, dan heeft hij er geen belang bij, zijn eigendomsrecht door den rechter te doen vaststellen [1]). Eerst wanneer hij gestoord wordt in zijn eigendom, of er iemand komt, die rechten op hetzelfde goed beweert te hebben, wordt het voor hem van belang, tegenover dien ander zijn recht te hooren vaststellen, al of niet verbonden met een veroordeeling van dien ander tot het ophouden met de storende handelingen, tot schadevergoeding, enz. Dat drukt men het kortst uit door te zeggen, dat er een geschil is tusschen de procedeerende partijen.

Naast de vaststelling nu van wat recht is in een aan zijn kennisneming onderworpen geschil, staat nog een heel ander deel van 's rechters taak. Hem zijn door den wet-

[1]) Zoo staat dus onze quaestie ook in verband met den befaamden rechtsregel: „point d'intérêt, point d'action," op welken regel ik nu echter niet behoef in te gaan.

gever tal van werkzaamheden opgedragen, waarbij personen zijn hulp inroepen bij het uitoefenen hunner rechten of bij het toepassen der wet, zonder dat de vaststelling van een bepaald recht te pas komt of een geschil aanwezig is [1]). Dan vraagt men alleen den rechter zijn medewerking bij de uitvoering der wet of bij het verrichten van rechtshandelingen [2]).

Al deze werkzaamheden, welke vallen onder art. 153 G.W. en dus uitsluitend berusten op wettelijke opdracht buiten de Grondwet om, behooren niet tot zijn eigenlijke taak en zouden zonder eenig bezwaar aan een ander staatsambtenaar kunnen zijn opgedragen [3]). Art. 153 G.W. reserveert voor de rechterlijke macht het beslissen van geschillen, maar zegt niets over deze verdere bevoegdheden, die daarom eigenlijke rechtspraak genoemd worden. De oneigenlijke rechtspraak omvat dus alle werkzaamheden des rechters, die niet zijn eigenlijke rechtspraak, die niet bestaan in de vaststelling van wat recht is in een geschil.

Een positieve omschrijving van de vrijwillige rechtspraak is niet te geven door de groote verscheidenheid der handelingen, die er onder vallen [4]). Men zie maar eens de in het eerste hoofdstuk gegeven lijst van gevallen.

---

[1]) Zie Faure blz. 1.

[2]) De oorzaken dezer dubbele taak zijn vooral in de geschiedenis te zoeken (in een tijd, waarin men nog aan geen theoretische „séparation des pouvoirs" dacht) en in overwegingen van practischen aard. Vergel. daarover Japiot blz. 275 vlg. en Parser blz. 80—83.

[3]) Zoo geschiedt het opmaken van een z.g. acte van eerbied in Frankrijk voor een notaris (art. 154 C.c.), en bij ons door tusschenkomst van den kantonrechter. Zie voor meer dergelijke voorbeelden Parser blz. 74 vlg.

[4]) Zie ook Japiot blz. 345, die verder terecht de opmerking maakt, dat ongetwijfeld de rechter ook handelingen verricht, die noch eigenlijke, noch vrijwillige rechtspraak zijn, b.v. het opmaken van een proces-verbaal, het vaststellen van zittingdagen en andere regelingen van inwendige organisatie. Deze kunnen echter als van geen belang terzijde blijven, daar hierbij in geenen deele privaatrechten van particulieren betrokken zijn.

Nu verwachte men niet, dat het gegeven criterium absoluut afdoende is. Want het betreft hier het trekken van een theoretische grenslijn tusschen twee groepen van werkzaamheden des rechters, een grens, die natuurlijk altijd vrij willekeurig blijft, daar die werkzaamheden zeer lastig te omschrijven en te analyseeren zijn. Het rechtsleven is zoo gecompliceerd, dat scherpe definities van de verschillende functies wel nooit zullen zijn te geven. Terecht zegt Japiot, wanneer hij de eigenlijke rechtspraak heeft gekarakteriseerd als „le pouvoir de trancher les litiges par une décision, ayant l'autorité de la chose jugée", eenige regels verder: „Mais, dans les détails pratiques de l'organisation sociale, les choses ne se présentent pas sous cet aspect simple, qu'elles semblent avoir en théorie et à première vue. Il est difficile de définir d'une façon précise la juridiction, et de dire avec une certitude absolue dans quelles hypothèses s'exerce ce pouvoir de juridiction [1]).

Maar wanneer men om die reden de bruikbaarheid van het gegeven onderscheid zou willen betwisten, dan vraag ik, of een criterium onjuist wordt, omdat het op een paar grensgevallen niet, zonder de mogelijkheid van twijfel open te laten, is toe te passen? Neem welke onderscheiding op het gebied van het recht ge wilt, bijna altijd zijn er van die grensgevallen, waarvan niet onmiddellijk met zekerheid te zeggen is, of ze tot de eene, dan wel tot de andere categorie behooren. Voldoende is, dat het gegeven criterium ons een practisch hulpmiddel aan de hand doet, om in verreweg de meeste gevallen gemakkelijk te kunnen zeggen, of we hier te maken hebben met eigenlijke, dan wel met vrijwillige rechtspraak.

§ 12. Toepassing van het gevonden criterium.

Ter verduidelijking van het gezegde en ter practische

[1]) blz. 275. Vergel. ook Meijers blz. 58 en Josef blz. 7.

toepassing zal ik zeer in het kort enkele der betwiste gevallen bespreken, en trachten, met behulp van het boven aangegeven verschil, uit te maken, hoe we die gevallen hebben te beslissen.

1. Echtscheiding. Hamaker[1]) komt tot de conclusie dat echtscheiding is een geval van oneigenlijke rechtspraak. Zijn hoofdargument is, dat hier voor partijen geen privaatrecht bestaat, dat het hier alleen zou gelden een publiekrechtelijke aanspraak tegenover den rechter, waarvan de wetgever evengoed had kunnen bepalen, dat men ze moest doen gelden voor een anderen staatsambtenaar.

Wanneer echter deze meening, die ook door sommige Duitsche schrijvers wordt gedeeld[2]), consequent werd doorgevoerd, dan zou men tot de conclusie moeten komen, dat ook de ontbinding eener overeenkomst oneigenlijke rechtspraak is. Immers ook daar heeft men niet een recht op een praestatie van een tegenpartij, alleen een aanspraak tot wijziging van een rechtstoestand. En dit zou gelden voor alle constitutieve vonnissen, die dus buiten de eigenlijke rechtspraak zouden vallen.

Japiót[3]) erkent, dat echtscheiding tot de eigenlijke rechtspraak behoort, maar beweert, dat het vonnis is: „dépourvu du caractère déclaratif." Was dit juist, dan zou, zooals we boven gezien hebben, daarmee volgens ons criterium ook het karakter van eigenlijke rechtspraak vervallen. Maar ik kan niet inzien, hoe de rechter een echtscheiding zou kunnen uitspreken, wanneer hij niet eerst heeft vastgesteld, dat er recht op echtscheiding bestaat.

Passen we het hierboven door ons gegeven criterium toe, dan zien we, dat de echtscheiding hoort tot de eigenlijke

[1]) Verspreide Geschriften dl. I blz. 387 vlg., ook te vinden in W. P N. R. 1622 vlgg.

[2]) Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm blz. 57, 66; Fitting, der Reichscivilprozess blz. 10.

[3]) blz. 295 vlg.

rechtspraak. Immers, wat gebeurt hier anders, dan dat de rechter vaststelt, wat recht is (en daarna den rechtstoestand wijzigt) in een geschil. Want ook een geschil is hier aanwezig: er bestaat b.v. in geval van overspel bij den eenen echtgenoot wel degelijk een recht op echtscheiding tegenover den anderen echtgenoot.

Dat het echter een grensgeval is, blijkt b.v. bij het geval van echtscheiding wegens veroordeeling tot een vrijheidstraf van 4 jaar of meer. Dan heeft de eischende partij niets te doen, als over te leggen een afschrift van het vonnis, met het bewijs, dat het door gewone rechtsmiddelen niet meer aan eenig beroep onderworpen is, en de rechter spreekt daarop, zonder dat van eenige tegenstelling tusschen twee partijen hoeft te blijken, de echtscheiding uit.

Dat geschil altijd een vereischte blijft, blijkt duidelijk bij het volgende voorbeeld.

2. Faillietverklaring. Als hier de toestand van te hebben opgehouden te betalen aanwezig is, moet de rechter het faillissement uitspreken. Er is hier dus een recht op faillissement. Toch zal m. i. bij een juiste opvatting van het onderscheid, hier alleen dan eigenlijke rechtspraak zijn, als er geschil bestaat, m.a.w. als de crediteuren de faillietverklaring vragen; niet dus bij eigen aangifte.

Anders wordt het weer, als de crediteuren verzet doen tegen de op eigen aangifte uitgesproken faillietverklaring. Doordat er dan een geschil ontstaat, behoort de verzetprocedure tot de eigenlijke rechtspraak. Deze redeneering lijkt eenigszins op de door mij hierboven (blz. 36) bestreden opvatting van Garsonnet. Ook daar veranderde door het in het geding komen van een tegenpartij het proces van karakter. Hetzelfde bezwaar, dat ik daartegen inbracht, kan hier echter niet gelden, daar hier de verandering in aard pas komt na de uitspraak, terwijl Garsonnet de

procedure van aard laat veranderen, reeds tijdens de behandeling. De faillietverklaring op eigen aangifte zelf is en blijft oneigenlijke rechtspraak; maar daarom kan de verzetprocedure nog wel tot het gebied der eigenlijke behooren.

Komt bij eigen aangifte de failliet zelf in hooger beroep, dan blijft dat natuurlijk oneigenlijke rechtspraak [1]).

3. Ontzetting van een voogd. De benoeming van een voogd behoort tot de vrijwillige jurisdictie; dat zal wel niemand betwisten, doch hoe staat het met de ontzetting? Hier kan soms, als de voogd zich verzet, een geschil ontstaan. Maar dat geschil loopt hier niet over wat recht is, maar over een vraag van doelmatigheid, van toepassing der wet. Van een recht op afzetting kan niet gesproken worden: de rechter beslist vrijelijk naar eigen inzicht of hij de ontzettingsbevoegdheid zal gebruiken of niet. Zelfs al zijn allen, die gehoord worden, dus ook de voogd, het eens over de wenschelijkheid, toch kan de rechter de ontzetting weigeren. Geschil is dus geen vereischte. De rechter verricht hier zijn taak bij de toepassing van de wet, maar beslist geen geschil, dat aan zijn oordeel wordt onderworpen. De wet had deze taak heel goed aan een ander kunnen opdragen, zonder dat ze daardoor in strijd kwam met art. 153 G.W. [2]).

Wel steekt er in de ontzetting van een voogd een constitutief element, maar dat zit b.v. ook in de verklaring van den ambtenaar van den burgerlijken stand, waardoor

[1]) Parser blz. 85 vlg. is van meening, dat de aanvrage tot faillietverklaring altijd eigenlijke rechtspraak is. Aldus ook Wach blz. 49 noot 11 (alwaar ook Duitsche literatuur over de vraag te vinden is). Daarentegen beslist de H. R. bij arrest van 14 Juni 1912 W. 9361 uitdrukkelijk, dat faillietverklaring oneigenlijke rechtspraak is. De H. R. overweegt o.a.: „dat de rechtbank terecht doet gelden, dat door een vonnis van faillietverklaring geen geschil omtrent de rechten der gedingvoerenden tot oplossing wordt gebracht, maar wordt uitgesproken een algemeen beslag . . .".

[2]) Voor Duitsche literatuur, zie Wach blz. 55 noot 33).

hij verklaart, dat het huwelijk voltrokken is. Wil zoo'n verklaring een vonnis zijn, dan moet er een geschil bestaan, en dat is hier afwezig.

Parser [1]) beweert het tegendeel. Hij zegt, dat er hier strijd van belangen bestaat en dus een eigenlijk proces. Dit is onjuist, immers de rechter treedt hier niet op als rechter in dien strijd van belangen tusschen den voogd en den minderjarige (of den bloedverwant, die de ontzetting vraagt), maar beslissend is hier alleen het belang van het kind. Dit is het eenige, waarop de rechter heeft te letten. Er is dus geen eigenlijk proces [2]).

Juister is dan ook Parser's conclusie ten aanzien van de onder-curateelestelling, als hij zegt, dat de hier aanwezige tegenstelling van belangen slechts schijnbaar is; beslissend is alleen het belang van den curandus [3]).

4. Executie. Ook hier ziet men duidelijk het verschil tusschen vrijwillige en eigenlijke rechtspraak. De medewerking van den rechter bij de executie behoort in het algemeen tot de oneigenlijke jurisdictie, b.v. alle verloven, die de president der arr. rechtbank moet geven bij conservatoire beslagen. Wel wordt daarbij soms de tegenpartij gehoord (b.v. art. 808*a* Rv.), maar de taak van den rechter is toch niet in de eerste plaats de beslissing van een geschil, maar de medewerking tot de uitvoering der wet. Anders wordt het weer, als de debiteur in verzet komt tegen het gelegde beslag. Dan ontstaat er een eigenlijk rechtsgeding. En van daar dan ook, dat dan gewoonlijk

---

[1]) blz. 83 vlg.

[2]) Onjuist is ook Meijers blz. 102, noot 5), die dezelfde redeneering houdt als Parser. Er is wel degelijk verschil tusschen de vervallenverklaring van een erfpachter en de ontzetting van een voogd, welke twee gevallen hij gelijk wil stellen.

[3]) Over de onder-curateelestelling, zie verder Wach blz. 55 vlgg; Parser blz. 34; du Mosch blz. 394 (ook over de ontzetting uit de voogdij); Asser I blz. 566.

een andere procesgang gevolgd wordt, n.l. gewoonlijk het z.g. kort geding bij den president der rechtbank of anders een gewone dagvaarding-procedure (zie b.v., art. 731 Rv.).

Over het karakter der maatregelen tot uitvoering van een vonnis, zie men ook de interessante beslissing van de Rb. Amsterdam van 2 Juni 1876 R. B. 1876 A. blz. 204, die wel spreekt van de tegenstelling tusschen dagvaarding en verzoekschrift, maar waarschijnlijk bedoelt eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak. Dit vonnis overweegt o. a.: „dat in 's rechters oog een dagvaarding overal noodzakelijk is, waar de wederzijdsche verhouding van partijen moet worden vastgesteld, terwijl zij overbodig is, waar de verhouding bij rechterlijk vonnis is vastgesteld, en er alleen sprake is van wijziging van maatregelen, die strekken tot uitvoering van het vonnis, of waar partijen op alle punten overeenstemmende, behalve over maatregelen van uitvoering, gezamenlijk des rechters beslissing inroepen."

Behalve de hier genoemde zouden nog tal van belangwekkende gevallen besproken kunnen worden, maar de gegeven voorbeelden zijn voldoende, om de toepassing der onderscheiding duidelijk te maken [1]).

§ 13. Samenvatting.

Weerlegging van enkele bezwaren.

Wanneer we nu de hier verdedigde en toegelichte opvatting zoo nauwkeurig mogelijk formuleeren, dan kunnen we zeggen: Er is eigenlijke rechtspraak, als de rechter moet vaststellen, welk recht iemand

[1]) Men zie b.v. over de procedure krachtens de Merkenwet: du Mosch blz. 383—388 vlgg., 397 (met aanhaling van verschillende arresten en vonnissen), die ze, mijns inziens terecht, immers het geldt hier gewone geschillen, voor eigenlijke rechtspraak houdt. Anders van Goudoever, Vrijwillige of oneigenlijke rechtspraak, in W. P. N. R. 1812.

heeft in een bepaald aan zijn kennisneming onderworpen geschil; oneigenlijke rechtspraak is al wat verder aan de rechterlijke macht is opgedragen, dus in hoofdzaak medewerking bij rechtshandelingen, of bij de uitvoering der wet.

Ten slotte rest ons nog de taak, enkele woorden te wijden aan een paar bezwaren, die tegen deze of dergelijke opvattingen zijn ingebracht, voor zoover die bezwaren al niet reeds weerlegd zijn. Met de bestrijding door Meijers[1]) is dat reeds hierboven geschied (zie blz. 45 vlg.). Ook de bestrijding, door van Gelein Vitringa[2]) gericht tegen de opvatting, dat rechtspraak zou zijn de beslissing van geschillen, kan hier niet gelden, daar zijn hoofdargument, ontleend aan het strafrecht, waar geen geschil in den hier bedoelden zin aanwezig is, misschien wel op kan gaan tegen hen, die het beslissen van geschillen geven als criterium voor de tegenstelling rechtspraak en bestuur, maar niet tegen ons, die ons uitdrukkelijk beperkt hebben tot het gebied van het privaatrecht (zie hierboven blz. 47 vlg).

Maar er is een ander bezwaar bij te brengen, dat oogenschijnlijk meer gewicht in de schaal legt. Het komt zeer vaak voor, dat tusschen partijen in een gewoon proces in het geheel geen verschil van meening bestaat. Dit kan b.v. tot uiting komen, doordat de gedaagde wegblijft (het geval van verstek), of geheel in den eisch toestemt, of zelfs, doordat partijen eenvoudig alleen den schijn aannemen van een proces, om een door hen gewild gevolg te bereiken, dat de wet echter afhankelijk stelt van een rechterlijk vonnis. Wanneer b.v. twee echtgenooten echtscheiding willen, dan kunnen ze dat doel niet bereiken, door, zooals bij scheiding van tafel en bed (art. 291 vlg.

---

[1]) blz. 102 vlg. en 113 vlg.

[2]) R. M. 1900 blz. 533 en 542 vlg.

B.W.), het verzoek daartoe aan den rechter te doen; immers, dat verbiedt de wet uitdrukkelijk (art. 263 B.W.). Toch kunnen ze gemakkelijk hun doel bereiken, n.l. doordat één der echtgenooten een vordering tot echtscheiding instelt tegen den ander, waarop de ander de gestelde feiten erkent. Zoo wordt dus door middel van, wat men zou kunnen noemen, een schijnproces bereikt, wat de wet op een gewoon verzoek niet wil toestaan.

Kan men nu in die gevallen zeggen, dat er, omdat er geen geschil is, geen eigenlijke rechtspraak is? Mijns inziens, neen, immers niet voor deze uitzonderingsgevallen is het proces gegeven. Het eigenlijk rechtsgeding is een middel, den rechter te vragen de beslissing van een geschil, en wanneer partijen zich, om een constitutief vonnis, zooals echtscheiding, te verkrijgen, moeten voordoen, alsof er een geschil tusschen hen bestaat, dan is dit juist een bewijs, dat de bedoeling der wet is, dat het proces zal dienen tot beslissing van geschillen.

En buiten de gevallen van schijnproces, dus bij verstek en toestemming in den eisch zonder voorafgaande afspraak, bestaat er wel inderdaad geen verschil van meening, maar dat is toch bij het begin der actie niet te zeggen. Wanneer A. een vordering instelt tegen B. tot betaling van *f* 1000.—, dan is dat een zaak van eigenlijke rechtspraak, en dan is het irrationeel te meenen, dat door het toevallige feit, dat B. den eisch niet tegenspreekt, die vordering geheel van karakter zou veranderen en plotseling vrijwillige rechtspraak zou worden. Dit is dus een dergelijk bezwaar, als ik hierboven (blz. 36) heb geopperd tegen de opvattingen van Garsonnet. Gedurende den loop van het onderzoek eener zaak van oneigenlijke rechtspraak, kan ze niet van karakter veranderen, enkel door de toevallige omstandigheid, dat een tegenstander optreedt, en dus kan evenmin een eigenlijk proces worden

tot voluntaire jurisdictie, doordat de tegenpartij in den eisch toestemt of wegblijft[1]).

Zoo meen ik dus ook niettegenstaande deze laatste tegenwerpingen, de boven gegeven omschrijving van het criterium als juist te kunnen handhaven.

---

[1]) Cf. over deze quaesties Japiot blz. 287, 297; Wach blz. 50 vlgg; Parser blz. 78 vlgg. (die het hier bedoelde schijnproces gesimuleerd proces noemt, in onderscheiding van het schijnproces, dat bij hem een andere beteekenis krijgt).

DERDE HOOFDSTUK.

GEVALLEN VAN VERZOEKSCHRIFTEN.

ALGEMEENE REGELS.

§ 14. Verband tusschen vrijwillige rechtspraak en verzoekschriftprocedure.

Nu we hebben vastgesteld, wat we hebben te verstaan onder eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak, kunnen we de vraag gaan beantwoorden, aan het slot van ons eerste hoofdstuk gesteld: welk belang heeft deze onderscheiding voor de vraag, of een bepaalde handeling bij verzoekschrift of bij dagvaarding moet begonnen worden? Kunnen we deze onderscheiding van de taak des rechters gebruiken voor het opstellen van een algemeenen regel voor de gevallen van verzoekschriften? Die algemeene regel zou ons dan weer in de gelegenheid stellen, de dubieuse gevallen te beslissen door middel van een vast criterium, in plaats van, zooals zal blijken, dat de jurisprudentie doet, ons te bepalen tot casuïstische beschouwingen, waarbij argumenten meestal geput worden uit de onzekere terminologie van de wet.

Reeds heb ik vermeld de opvatting, dat de twee onderscheidingen: verzoekschrift tegenover dagvaarding, en on-

eigenlijke tegenover eigenlijke rechtspraak zouden samenvallen (zie hierboven blz. 28 en 32 vlg.), en heb ik de onjuistheid dier meening geconstateerd.

Allereerst dient vooropgesteld te worden, dat beslissend voor deze vraag is onze positieve wet. Men laat zich zoo licht verleiden op dit terrein door overwegingen aangaande de wenschelijkheid of zucht naar een eenvoudige oplossing. Maar waar in de practijk van het recht is een werkelijk scherpe onderscheiding, een zuivere en eenvoudige regel te vinden? En dat is wel het minst te verwachten op een terrein als het onze, waar het gaat om regels, die in de wet niet of zeer onvoldoende zijn uitgedrukt en waarvan de wetgever zich in ieder geval de motieven niet bewust was.

Voorbeelden van vereenzelviging van de onderscheidingen, en dus verwarring tusschen procedure op verzoekschrift en oneigenlijke rechtspraak, zijn er genoeg in jurisprudentie en literatuur aan te wijzen. Zoo overweegt de H. R. in zijn arrest van 16 Sept. 1881 v. d. H., B. R. 46 blz. 486, als volgt: „O.... dat de stelling, dat de ontzetting van een voogd alleen kan geschieden in een gewoon openbaar rechtsgeding,.... is onjuist, vermits uit art. 438 B. W. duidelijk blijkt, dat afzetting van een voogd geschiedt op verzoek...".

Ook het arrest van 20 Sept. 1883 v. d. H., B. R. 48 blz. 497 komt tot dezelfde conclusie, hoewel eenigszins anders gemotiveerd. Als motief voor de uitsluiting van het bewijsrecht wordt hier eigenlijk niet gebruikt het beginnen der actie bij verzoekschrift, maar het feit, dat het hier oneigenlijke rechtspraak geldt. Dit blijkt vooreerst uit de uitdrukkelijke woorden van het eerste arrest, maar verder ook uit art. 490 B. W., dat duidelijk aantoont, dat bij een curateele-procedure, hoewel bij verzoekschrift begonnen, toch het gewone bewijsrecht toepasselijk is.

Ook kan ik aanhalen H.R. 12 Mrt. 1858, dat tegenover elkaar stelt „een beschikking op verzoekschrift" en „eigenlijk gezegde, ter beslissing van een rechtsgeding, tusschen partijen gewezen, rechterlijke uitspraken."

En om een paar voorbeelden uit de literatuur te noemen: E. M. M(eijers) in zijn aanteekening bij H. R. 25 Juli 1911 W. 9250, verwart ook beide onderscheidingen, waar hij als volgt redeneert: „Hierbij heeft de H.R. zich blijkbaar gesteld op het door het Hof ingenomen — en in cassatie niet aangevallen — standpunt, dat bij een beschikking op request, als bedoeld in art. 10 Merkenwet, de rechtsstrijd door de feiten, die partijen stellen, bepaald wordt. Dit gansche standpunt is mijns inziens echter foutief. De rechter is bij een beschikking op request niet lijdelijk; men kent bij deze procedure geen gedaagde, laat staan een gebonden zijn van den rechter aan verweringen van den gedaagde". Meijers is verder ook in zijn artikelen in W. P. N. R. 2405 vlgg. niet geheel vrij gebleven van een verwarring. Ook daar onderscheidt hij nergens streng tusschen de twee begrippen oneigenlijke rechtspraak en rechtspraak op verzoekschrift.

Ook in het hoofdartikel in W. 7264 over de verplichte vertegenwoordiging bij de request-procedure in cassatie, vinden we dezelfde fout. Daar zegt de schrijver o.a.: „De vrijwillige rechtspleging, de procedure op request, verschilt in aard en doel zoo zeer van de contentieuse, bij dagvaarding aanhangig gemaakte procedure, dat het reeds daarom alleen . . . . niet wel aangaat, de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen van laatstgemelde zonder stellige wetsbepaling op eerstgenoemde toe te passen." En verder worden in dit artikel nog herhaaldelijk de begrippen gelijkgesteld.

Dat deze opvatting onjuist is, is voor onze wet al heel gemakkelijk aan te toonen. Ik wees reeds hierboven op

tal van voorbeelden van ontwijfelbaar eigenlijke rechtspraak, waarbij onze wet toch uitdrukkelijk een request eischt b.v. art. 125*b* Rv., art. 48 Consulaire Wet, art. 9 vlg. Merkenwet enz. Ik kan hier dus verder volstaan met daarnaar te verwijzen [1]).

Vallen de twee onderscheidingen dus niet samen, aan den anderen kant hoeft ook niet alle verband ontkend te worden. Dat doet b.v. in het slot van zijn artikel Meijers, die als eenig criterium voor de vraag: verzoekschrift of dagvaarding, geeft de positieve wetsbepalingen. Zoo zegt hij op blz. 114: „. . .of in een gegeven geval de gewone procesgang gevolgd en de daarvoor geldende wetsvoorschriften toegepast moeten worden, hangt niet af van den aard der procedure, maar slechts van de wet." En aan het slot komt hij tot deze conclusie: „Zoo wordt men tenslotte voor de kenschetsing der gevallen, waarin in ons recht de gewone rechtsgang gevolgd moet worden en die, waarin dit niet het geval is, wel op een zuiver formeel kenmerk aangewezen" [2]).

Dit loochenen van alle verband, waarin trouwens ook Meijers niet consequent is, heeft natuurlijk het groote bezwaar, dat dan de dubieuse gevallen en die, waarin de wet geheel zwijgt, heelemaal niet te beslissen zijn. En bovendien, er bestaat wel degelijk eenig verband. Onbetwistbaar is het, dat de overgroote meerderheid der gevallen van verzoekschriften vrijwillige rechtspraak betreffen, en dat de gevallen, waar vrijwillige rechtspraak

[1]) Zie blz. 32 en de daar geciteerde plaats van du Mosch. Zie verder Léon, R. O. blz. 5 N°. 1; van Rossem, noot 3 op art. 345; J. W(olterbeek) M(uller) onder H. R. 26 Mei 1911 W. 9212; Faure II blz. 187; Garsonnet dl. VII blz. 204, noot 3); Parser blz 83; Weve, Zijn alle rechterlijke beschikkingen op verzoekschriften als eigenlijke vonnissen te beschouwen? in Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving 1883 blz. 91 vlg.; Meijers blz. 102; Japiot blz. 347.

[2]) Dat ook hij dit niet geheel volhoudt, blijkt uit wat hij verder zegt op blz. 114: „Zeker heeft (de aard der beslissingen) mede invloed gehad".

met een dagvaarding begint, uiterst zeldzaam zijn. Een voorbeeld van het laatste is b.v. de verklaring van vermoedelijk overlijden (art. 523 B.W.), en voor hen, die echtscheiding als vrijwillige rechtspraak beschouwen, levert ook die een voorbeeld op. En ook het omgekeerde is juist: de gevallen van eigenlijke rechtspraak beginnen als regel met een dagvaarding (zie art. 1 Rv.), en een verzoekschrift is uitzondering (al komt dit ook vaker voor, dan een zaak van vrijwillige rechtspraak bij dagvaarding aangebracht).

Zoo kunnen we dus Meijers toegeven, dat het voornaamste richtsnoer voor ons moet wezen: de positieve wetsvoorschriften, maar daarnaast kunnen we toch wel een regel opstellen, waarmee twijfelachtige gevallen beslist kunnen worden: Vrijwillige rechtspraak in principe op verzoekschrift, eigenlijke op dagvaarding; beide regels behoudens de uitdrukkelijke afwijkende bepalingen der wet.

Deze opvatting is ook reeds af te leiden uit de woorden dagvaarding en verzoekschrift zelf. Bij dagvaarding roept men een tegenstander in een geschil voor den rechter (eigenlijke rechtspraak), bij verzoekschrift richt men een verzoek tot den rechter, zonder een tegenpartij te veronderstellen, althans te noemen (vrijwillige rechtspraak).

Hoe is de wetgever er nu toe gekomen voor verschillende gevallen van eigenlijke rechtspraak een verzoekschrift-procedure voor te schrijven? Eigenaardig is het, dat dit, vooral in den laatsten tijd, gewoonte begint te worden. Men denke b.v. aan de Wet op het arbeidscontract, de Merkenwet, Auteurswet, Octrooiwet, Armenwet e.a. De reden daarvoor is in de meeste gevallen geweest de wensch naar een korter, eenvoudiger wijze van behandeling, waarbij de rechter meer vrijheid van ingrijpen in het bewijs enz. heeft, dan in de gewone procedure. Duidelijk blijkt dit

motief b.v. uit wat gezegd is bij de totstandkoming van de Merkenwet[1]). De rechtspraak op verzoekschriften gaat langzamerhand in ons recht de rol spelen van het vroegere summiere proces van vóór de wet–Hartogh. Daardoor ziet men ook het steeds toenemend belang dezer procedure[2]). Zeer terecht zegt Meijers[3]): „Omdat de gang der behandeling voor de beschikking op request vrijwel ongeregeld is, hoopt de wet, door dezen procesgang voor te schrijven, in spoedgevallen sneller tot een beslissing te komen".

Deze methode is echter niet zonder bezwaren. Vooreerst is het dikwijls niet zooveel eenvoudiger als de wet zich voorgesteld heeft, en dan vooral: doordat men de gewone procedure vervangt, verliest men ook de waarborgen, waardoor die gewone procedure zich kenmerkt, zooals de openbaarheid der behandeling. Op dat bezwaar wijst ook Meijers blz. 115. En eindelijk heeft in de practijk de requestprocedure nog meer nadeelen. De H. R. is n.l., zooals we in de volgende afdeeling zullen zien, van meening, dat b.v. veroordeeling in de kosten bij een requestprocedure onmogelijk is. Daardoor wordt elke partij genoodzaakt haar eigen kosten te dragen, een zeer ongewenschte toestand[4]). Over de al of niet juistheid dier opvatting van den H. R., zie de volgende afdeeling.

§ 15. Verzoekschriftprocedures buiten de in de wet genoemde gevallen.

Nu we een algemeenen regel gevonden hebben, kunnen

---

[1]) Zie du Mosch blz. 384, vooral noot 5).

[2]) Zie verder over vereenvoudiging, bespoediging en vrijheid voor den rechter als motieven voor het voorschrijven van een verzoekschrift: du Mosch blz. 384, 391; Parser blz. 83.

[3]) blz. 114.

[4]) Zie verder du Mosch blz. 411 vlg; Meijers blz. 114 vlg.

we overgaan tot de bespreking van de volgende twee, reeds eerder (op blz. 27) vermelde punten:

1. Kunnen personen de tusschenkomst des rechters inroepen bij verzoekschrift, ook daar, waar de wet hun daartoe niet uitdrukkelijk het recht geeft?

2. Critische bespreking van de jurisprudentie en literatuur over dubieuse gevallen.

Wanneer we de eerste vraag willen beantwoorden, dan kunnen we reeds dadelijk de opmerking maken, dat noch onze G. W., noch de gewone wetgever, sprekende over de taak der rechterlijke macht, ook maar met een woord reppen van de kennisneming van verzoekschriften in het algemeen.

Welke gevallen kunnen dat nu zijn, waarin een persoon zich met een verzoekschrift zou willen wenden tot den rechter, terwijl zijn geval toch niet uitdrukkelijk in de wet wordt genoemd? Hierop valt het antwoord gemakkelijk te geven: alleen bij onderwerpen van vrijwillige rechtspraak. Immers in het voorgaande hebben we gezien, dat gevallen van eigenlijke rechtspraak alleen dan bij verzoekschrift kunnen worden aangebracht, wanneer de wet het uitdrukkelijk zegt. We kunnen de gestelde vraag dus ook zóó formuleeren: Mogen personen de hulp des rechters inroepen voor handelingen van vrijwillige rechtspraak, die niet in de wet vermeld worden?

En dan is het antwoord ook weer niet moeilijk te geven, wanneer we in het oog houden, wat ik reeds zooeven opmerkte, dat n.l. art. 153 G. W. wel aan de rechterlijke macht opdraagt de eigenlijke rechtspraak in het algemeen, maar zwijgt over de oneigenlijke. Deze laatste berust dus uitsluitend op wettelijke opdracht. En waar nu ook de wet in geen enkele bepaling de rechterlijke macht in het algemeen bevoegd verklaart, daden van vrijwillige rechtspraak te verrichten, bestaat er geen enkele grond voor

de competentie van den rechter in de hier bedoelde gevallen. Wanneer iemand wil geldend maken een vordering, die behoort tot het terrein der eigenlijke rechtspraak, kan hij zich, al noemt de wet zijn geval niet, krachtens de algemeene bepaling van art. 153 G. W., wenden tot den rechter, die dan een beslissing moet geven. Zoo'n algemeene bepaling bestaat echter voor oneigenlijke rechtspraak niet, en dus zal de rechter zich onbevoegd moeten verklaren, indien niet bepalingen der wet of analogische interpretatie van uitdrukkelijke wetsartikelen hem bevoegd maken.

Dit is geheel in overeenstemming met de opvatting van de jurisprudentie, al gaat die m.i. wel eens wat te ver in hare conclusies, en maakt die te weinig gebruik van analogische wetsuitlegging. Men zie voor talrijke voorbeelden van beslissingen in den bovengenoemden zin: Léon, R. O. blz. 7 vlg. vooral onder n°. 3, waar men een volledig overzicht vindt van jurisprudentie en literatuur over deze vraag [1]).

Een enkele maal schijnt het, alsof de H. R. een andere meening huldigt. Zoo wordt in het straks nog te bespreken arrest van 14 April 1893 W. 6339 gecasseerd, als in strijd met art. 53 R. O., een beslissing, waarbij de rechter, op grond, dat art. 129 B. W. dit geval niet noemt, incompetent werd verklaard kennis te nemen van een verzoekschrift, ingediend wegens weigering van den ambtenaar van den burgerlijken stand, het huwelijk te voltrekken op grond van vroeger overspel tusschen partijen. Er is geen andere rechter aangewezen, zegt de H.R., dus is de arr. rechtbank competent. Doch het is lang niet zeker of de H.R. hier vrijwillige rechtspraak aanwezig acht, want in hetzelfde arrest beslist hij, dat de vordering bij dagvaarding had moeten zijn aangebracht.

Eigenaardig is nog de opvatting van Garsonnet, die zegt, dat de raadkamer der rechtbank in het algemeen competent

[1]) Zie ter aanvulling van n°. 3 nog H. R. 3 Dec. 1915 W. 9895.

is in zaken van vrijwillige rechtspraak, omdat geen andere rechter is aangewezen, en er anders rechtsweigering zou zijn. Dit argument uit art. 4 van den Code Civil (= art. 12 A.B.) gaat m.i. voor ons recht niet op, daar dat art. alleen kan slaan op de gevallen, waarin de rechter door de wet competent wordt verklaard. Wanneer hij dan geen beslissing wil geven, omdat die beslissing volgens hem niet in de wet te vinden is, is er rechtsweigering. Wanneer Garsonnet zich dan ook even verder afvraagt, of partijen dan b.v. een willekeurig contract door den rechter kunnen doen homologeeren, of een handelingsbevoegd persoon zich ter zijner verantwoording kan doen machtigen tot een bepaalde handeling door den rechter, dan ontkent hij die beide mogelijkheden, juist op grond, dat partijen geen competentie kunnen vestigen (en verder om utiliteitsredenen) [1]).

Een voorbeeld, waar m. i. de jurisprudentie wel eens al te eng in haar opvattingen is, vinden we in de rechtspraak naar aanleiding van art. 129 B. W. Dit art. geeft partijen de bevoegdheid, om bij weigering van den ambtenaar van den burgerlijken stand, om het huwelijk te voltrekken, op grond van ongenoegzaamheid der stukken of verklaringen, zich bij verzoekschrift te wenden tot de arr. rechtbank.

Nu heeft b.v. de Rb. Middelburg 19 Mei 1858 W. 2028 beslist, dat wanneer de ambtenaar weigert aangifte aan te nemen op grond, dat één der partijen ten onrechte den naam haars vaders draagt, er grond kan zijn voor een vordering tot schadevergoeding krachtens art. 137 B. W., eventueel zelfs geldboete, doch dat een vordering om te bevelen aangifte aan te nemen enz. niet te pas komt, daar art. 129 alleen geldt voor weigering op grond van ongenoegzaamheid der stukken.

[1]) Zie Garsonnet dl. VII blz. 208—210.

Evenzoo heeft het Hof te den Haag bij arrest van 1 Maart 1893 de rechtbank onbevoegd verklaard kennis te nemen van een verzoekschrift om voltrekking van het huwelijk te bevelen, toen de ambtenaar geweigerd had op grond van vroeger overspel tusschen partijen.

In deze gevallen nu was er m. i. reden geweest voor analogische toepassing van art. 129 B. W. Terecht besliste dan ook Rb. den Haag 29 Maart 1861 W. 2258, dat art. 129 analogisch moest worden toegepast, wanneer de ambtenaar de afkondiging weigert op grond van vroeger overspel. Het arrest van Hof den Haag 1 Maart 1893 is door den H. R. gecasseerd bij zijn reeds genoemd arrest van 14 April 1893 W. 6339, dat echter tegelijkertijd besliste, dat een dagvaarding vereischt wordt, geen verzoekschrift.

§ 16. Bespreking van twijfelachtige gevallen van verzoekschriftprocedures.

Bij verschillende gevallen is in jurisprudentie en literatuur de vraag ter sprake gekomen, of een bepaalde procedure bij verzoekschrift of bij dagvaarding moest beginnen.

Vooraf moge opgemerkt worden, dat vele der in het volgende geciteerde beslissingen niet uitdrukkelijk uitmaken, welke der twee methoden in een bepaald geval gevolgd moet worden: verzoekschrift of dagvaarding. Ze beslissen dan slechts, dat de eene of de andere methode geoorloofd is, waarmee natuurlijk nog niet gezegd is, dat de andere nu absoluut is uitgesloten. Toch zou het m.i. geheel verkeerd zijn, de conclusie te trekken, dat, waar de wet geen van beide verbiedt, beide zouden zijn toegelaten, en partijen de keus zouden hebben. Een dergelijke opvatting moge in andere gevallen wel eens gerechtvaardigd en in ieder geval practisch zijn, hier zou ik niet gaarne die meening verdedigen. Het geldt hier immers niet

het een of ander minder gewichtig onderdeel van het proces, maar, zooals in de volgende afdeeling nog duidelijker zal blijken, een quaestie, die den geheelen loop van het proces, en de al of niet toepasselijkheid van de hoofdbeginselen van ons procesrecht beheerscht. Er zal dus gekozen moeten worden, al geef ik gaarne toe, dat niet altijd met zekerheid kan worden gezegd, welke methode de juiste is.

Alle jurisprudentie over die speciale gevallen van twijfel te vermelden, zou te ver in detailquaesties voeren. Ik bespreek daarom slechts de voornaamste:

1. Ontbinding van het huwelijk na 5-jarige scheiding van tafel en bed (art. 255 vlg. B.W.). Deze ontbinding is alleen mogelijk bij onderlinge toestemming, en daar er dus geen geschil is, moet men haar wel als oneigenlijke rechtspraak beschouwen. Toch schijnt mij hier een dagvaarding (en dus een schijnproces) in de bedoeling der wet te liggen, daar art. 255 wel zeer uitdrukkelijk spreekt van „den anderen (echtgenoot) in regten op te roepen, en te eischen enz." Gewoonlijk wordt dan ook in de practijk een dagvaarding gebruikt [1]), maar er is een beslissing van de Rb. Dordrecht 16 Dec. 1896 W. 6908, waarin gezegd wordt, dat hoewel de wet dagvaarding als regel beschouwt, er geen reden is, waarom niet partijen, „zich reeds dadelijk stellende op het standpunt, dat de eene toestemt in den eisch van den andere, hunne zaak door een request bij de rechtbank kunnen aanhangig maken". De conclusie van het O. M. was in anderen zin op grond der woorden van art. 255.

2. Echtscheidingsprocedure volgens art. 265 B. W. Wanneer de echtscheiding gevraagd wordt wegens veroordeeling tot een vrijheidsstraf van 4 jaar of meer of wegens overspel, blijkend uit een strafvonnis, zijn geen

[1]) Zie b.v. Rb. Amsterdam 4 Maart 1886 W. 5283 en 5 Dec. 1889 W. 5832.

andere formaliteiten noodig dan de aanbieding van een afschrift van het strafvonnis met bewijs, dat het in kracht van gewijsde is gegaan. De gewone opvatting is, dat op grond van die uitdrukkelijke woorden „geene andere formaliteiten", noch een dagvaarding, noch de procedure van art. 816 vlg. Rv. behoeven gebruikt te worden, en dat dus aanbieding van een eenvoudig verzoekschrift voldoende is. Aldus Hof Holland 17 April, 19 Juni en 7 Sept. 1839, resp. te vinden in W. 22, 33, 55; Hof Arnhem 26 Oct. 1879 W. 4517, vern. Rb. Tiel 14 Nov. 1879. In anderen zin werd beslist, en dus een dagvaarding noodig geacht, door Rb. den Bosch 2 Sept. 1871 W. 3381, 3511 (op grond, dat onder de in art. 265 bedoelde formaliteiten alleen begrepen zouden zijn die van art. 816 vlg. Rv.) en door bovengenoemd vonnis der Rb. Tiel.

3. Vordering tot vermindering of ontheffing van de uitkeering tot levensonderhoud op grond van gewijzigde omstandigheden (art. 380 B. W. en een analoog geval in art. 281[2] B. W.). Algemeen wordt aangenomen, dat deze vordering bij verzoekschrift moet worden begonnen.

In dien zin spreken o. a. Hof den Haag 30 Juli 1898 W. 7181, vern. Rb. Rotterdam 13 Mei 1898; Hof Amsterdam 13 Maart 1900 W. 7437, vern. Rb. Haarlem 20 Febr. 1900; Hof den Haag 28 Jan. 1904 W. 8048; Hof Leeuwarden 2 Mei 1904 W. P. N. R. 1811. En een dergelijke beslissing wordt voor het analoge artikel bij echtscheiding (art. 281[2] B. W.) gegeven door H. R. 1 Febr. 1895 W. 6624, bev. Hof Amsterdam 4 Jan. 1895 W. 6661[1]).

De voornaamste argumenten door deze arresten gebruikt,

[1]) Een voorbeeld (zonder uitdrukkelijke bespreking der quaestie) van toepassing van art. 281 op request, vindt men b.v. in H. R. 11 Oct. 1900 W. 7502.

zijn de volgende: *a.* de wet verbiedt het niet deze vordering bij verzoekschrift te beginnen; *b.* het is wenschelijk, op grond van het feit, dat de behandeling in raadkamer meer gelegenheid tot onderzoek geeft; *c.* er is hier geen eigenlijk twistgeding, maar een quaestie over de uitvoering van een vonnis, dat overigens intact wordt gelaten; *d.* in familierechtelijke aangelegenheden is verzoekschrift regel.

Daarentegen wordt deze opvatting bestreden door Hamaker in zijn aanteekening onder het arrest van 1898 in W. P. N. R. 1505 (op grond, dat het hier eigenlijke rechtspraak geldt), door Parser (blz. 168) op denzelfden grond, en eindelijk in een uitvoerig artikel in W. P. N. R. 1811 door Mr. F. van der Tuuk. Verder zijn vóór een dagvaarding de boven geciteerde vonnissen van Rb. Rotterdam en Rb. Haarlem.

Ook mij schijnt de opvatting der jurisprudentie onjuist. Ter ondersteuning van die meening zal ik mij niet, zooals van der Tuuk en de genoemde vonnissen doen, beroepen op het gebruik van het woord „vorderen" in art. 380. Immers vaak genoeg wees ik op de onbetrouwbaarheid der wettelijke terminologie[1]). Maar het komt mij met Hamaker voor, dat hier is een geval van eigenlijke rechtspraak. Het gaat hier om de verkrijging van een gewoon condemnatoir, of als men wil, constitutief vonnis (aldus ook Parser). Dat hierbij over het recht op onderhoud niet opnieuw beslist wordt, doet niets ter zake: er wordt wel beslist omtrent het recht, dat de verzoekende partij heeft tot vermindering. Het is hier dus een gewoon proces en dus dient, waar de wet zwijgt, te worden aangenomen, dat hier een procedure bij dagvaarding moet worden gevolgd.

4. Bevel tot verkoop van onroerende goederen, tot een nalatenschap behoorende (art. 1122 B. W.). De jurisprudentie hierover, meest van ouderen datum, is

[1]) Aldus ook terecht Hof den Haag, boven geciteerd.

grootendeels van meening, dat dit bevel op verzoekschrift gegeven kan worden, en dat het dus niet, zooals wel eens gebeurde, dadelijk bij de dagvaarding tot boedelscheiding moet gevorderd worden. Aldus Rb. Breda 22 Febr. 1870 W. 3221 (historisch argument); Hof Zuid-Holland 2 Febr. 1870 W. 3187 (implicite), bev. Rb. Gorinchem 5 Oct. 1869 W. 3171 (op grond, dat absoluut niet van eenig geschil blijkt); H. R. 20 Sept. 1883 v. d. H., B. R. 48 blz. 499 (implicite); Rb. Winschoten 4 Oct. 1899 P. v. J. 1899. 91; Rb. Zutfen 19 Oct. 1899 P. v. J. 1900. 1 (met een beroep op art. 1122 zelf, dat voorschrijft, dat de belanghebbenden verhoord moeten worden, wat overbodig zou zijn, als ze gedagvaard moesten worden).

Wanneer we den aan het slot van § 13 aangegeven regel toepassen, dan zal men inzien, dat de jurisprudentie gelijk heeft met haar opvatting, dat dit bevel hier heel goed bij verzoekschrift gevraagd kan worden.

5. Ontslag uit de gijzeling (art. 592 Rv.). Het ontslag kan gevraagd worden bij request, immers het is een geval van vrijwillige rechtspraak. Aldus ook Rb. Middelburg 23 Oct. 1879 W. 4517, dat o.a. aldus overweegt: „dat de woorden van art. 592[2] B. R. . . . . kennelijk wijzen op het indienen van een verzoekschrift . . . . en niet op een rechtsgeding met dagvaarding, waartoe ook geen grond kan bestaan, omdat van tegenspraak de rede niet kan zijn, vermits het ontslag uit de gijzeling rechtens is verkregen, alleen door het overleggen van het getuigschrift van den cipier;" (en verder op historische gronden).

6. Benoeming van scheidslieden in de gevallen van art. 624 Rv. (als partijen het niet eens kunnen worden), en 657 Rv. (bij dood, wraking of ontslag der oorspronkelijke). Daar hier de rechter alleen zijn medewerking verleent bij de uitvoering van het compromis, en geen vaststelling van recht te pas komt, is het duidelijk, dat

deze benoemingen zijn daden van oneigenlijke rechtspraak, en dat ze dus, waar de wet zwijgt, bij request kunnen worden gevraagd.

De jurisprudentie heeft wel eens anders beslist, b.v. over het geval van art. 624: Rb. Assen 14 Mei 1886 W. 5368 (om de tegenpartij gelegenheid te geven zijn bezwaren te doen kennen, is dagvaarding noodig; een argument, dat heelemaal niet opgaat, omdat op het verzoekschrift de rechtbank heel goed de wederpartij kan hooren); Hof den Haag 17 Aug. 1904 W. 8173 (zelfde argument en een beroep op art. 657 Rv., waarvan echter evenmin vaststaat, wat bedoeld is).

Voor art. 657 besliste Rb. Amsterdam 2 Juni 1876 R.B. 1876 A blz. 204, dat deze benoeming ook bij request gevraagd kan worden, welk vonnis zeer terecht overweegt, dat het hier niet geldt de vaststelling van de wederzijdsche rechtsverhouding der partijen, en dus in principe een verzoekschrift mogelijk is, terwijl het bezwaar door de bovengenoemde beslissingen te berde gebracht, weerlegd wordt met deze overweging: „dat de gerequireerde, daartoe opgeroepen, in de gelegenheid is geweest zijn belangen voor te dragen en het eigenlijk onverschillig is, of de oproeping door den requirant zelfstandig, dan wel tengevolge van het request heeft plaats gehad."

Men vergelijke eindelijk over dit onderwerp nog het request en antidotaal request en de conclusie van het O. M., opgenomen vóór H.R. 3 Dec. 1915 W. 9895, waarin de argumenten pro en contra zeer uitvoerig worden besproken. De H.R. zelf spreekt zich niet over de quaestie uit, wèl de procureur-generaal, die een verzoekschrift geoorloofd acht.

7. Procedures krachtens de Merkenwet. Voor de procedures krachtens de artt. 9 en 10 der Merkenwet is uitdrukkelijk bepaald, dat ze bij verzoekschrift moeten

beginnen, maar hoe gaat het met andere procedures b.v. die krachtens de artt. 3*bis*, 5—8 etc.? Met du Mosch[1]) en vooral op grond van het feit, dat het hier meest gevallen van eigenlijke rechtspraak geldt, acht ik de exceptioneele bepalingen van art. 9 vlg. daarop niet toepasselijk. Ze zullen dus bij dagvaarding moeten worden begonnen.

Naast de hier besprokene, zijn er verschillende andere gevallen, waarin wel eens de vraag gesteld is, of een verzoekschrift of een dagvaarding vereischt is. Ze alle hier te bespreken, zou mij te ver voeren, vooral daar ze toch gewoonlijk van minder belang zijn, en het telkens niet meer dan een enkele beslissing betreft. Als voorbeeld noem ik o.a.:

a. art. 263 vlg. Rv., de z.g. action en désaveu, die als incidenteel geding gewoonlijk bij conclusie aanhangig wordt gemaakt, maar volgens Hof den Haag 30 Oct. 1899 W. 7375, vern. Rb. Middelburg 6 Sept. 1899, ook wel bij request kan worden begonnen[2]).

b. art. 512 Rv., de bepaling van een termijn, binnen welken tot verkoop moet worden overgegaan, hetgeen volgens de jurisprudentie bij dagvaarding behoort te worden gevorderd, zie Hof Arnhem 3 Dec. 1902 W. 7923 (zonder bijzondere argumenten) en Rb. Rotterdam 2 Maart 1903 W. 7934.

c. art. 533 Rv., de vordering tot vervulling van de formaliteiten voor den verkoop voorgeschreven, welke bij dagvaarding moet geschieden; aldus Hof Groningen 6 Mei 1862 R. B. 1864 blz. 450, en in denzelfden zin het daarbij vernietigde Rb. Groningen 14 Juni 1861 R. B. 1862 blz. 149.

d. art. 268[2] B. W., verzoek tot verandering van ver-

[1]) Zie blz. 417.

[2]) Tevens werd echter beslist, dat de uitspraak op dit request niet kan zijn een beschikking, maar een incidenteel vonnis.

blijfplaats. Dit moet bij incidenteele conclusie worden gedaan en kan niet bij verzoekschrift, volgens Rb. Amersfoort 7 Dec. 1861 W. 2678.

Eindelijk moet ik nog opmerken, dat er een groote jurisprudentie bestaat over den aard der procedures tot afzetting van voogden (vooral onder de oude wet) en tot onder-curateelestelling. Ze bespreekt echter in hoofdzaak de vraag, of hooger beroep van die beschikkingen (vonnissen) mogelijk is, en zal dus beter bij de behandeling van het hooger beroep kunnen worden vermeld.

AFDEELING II.

BEHANDELING VAN VERZOEKSCHRIFTEN.

EERSTE HOOFDSTUK.

§ 17. Behandeling in het algemeen.

De behandeling van verzoekschriften is zeer slecht en onvolledig geregeld in onze wet. Een algemeene regeling wordt niet gegeven, slechts hier en daar wordt bij de speciale gevallen een enkel voorschrift omtrent verhoor van partijen en belanghebbenden, omtrent de mogelijkheid van hooger beroep enz. gevonden. Algemeene regels voor de behandeling van verzoekschriften vindt men slechts in de artt. 345 Rv. (hooger beroep) en 428 vlg. Rv. (cassatie).

Door dit geheel ontbreken van een regeling in de wet, rijst de vraag, of de bepalingen omtrent de gewone procedure hier toepasselijk zijn, een vraag, die natuurlijk van het grootste belang is voor de practijk, en die dus gewichtig genoeg scheen, om er een opzettelijk onderzoek aan te wijden.

We zullen dus jurisprudentie en literatuur nagaan over de verschillende quaesties, en allereerst stellen we ons dan de vraag, of er soms bronnen te vinden zijn, die een algemeenen regel geven over de behandeling. Gaan we jurisprudentie enz. na, dan blijkt, dat die algemeene strekking zeer weinig voorkomt. Er zijn over de behandeling van verzoekschriften beslissingen genoeg, maar ze houden zich alle bij het speciale onderdeel, waarvan de toepasselijkheid betwist werd. Daarbij putten ze hun

argumenten meestal uit de speciale wetsbepalingen, zonder dat motieven van meer algemeenen aard ter sprake komen.

Toch vindt men één argument in de jurisprudentie zeer vaak terug bij de beslissing dier speciale vragen: n.l. als in zoo'n geval de wet spreekt van een „beschikking (op request)", dan acht men de bepalingen, waarin van „vonnis" gesproken wordt, niet toepasselijk. Zoo heeft de H. R. beslist, dat de motiveering van de uitspraak op een verzoekschrift niet vereischt is, omdat art. 59 Rv. alleen spreekt over „vonnissen", niet over „beschikkingen". Aldus b.v. H. R. 24 Jan. 1908 W. 8657. De conclusie van proc.gen. Noyon, waarmee de H. R. zich vereenigde, overweegt: „dat de aangevallen uitspraak is een beslissing op request en niet een vonnis, als bedoeld in art. 59 B. R." Evenzoo is uitgemaakt, dat veroordeeling in de kosten niet mogelijk is, omdat, zooals proc.gen. Polis zegt in zijn conclusie bij H. R. 25 Febr. 1896 W. 6778, „de door den Hoogen Raad te geven uitspraak niets anders zal zijn dan een beschikking op request, waarop de bepaling van art. 56 B. R., dat vonnissen op het oog heeft, niet toepasselijk is". En zoo zijn nog veel meer voorbeelden te vinden (zie verder de hierna volgende bespreking der jurisprudentie).

Dat dit argument, waar onze rechtspraak bij voorkeur gebruik van maakt, ons geen algemeenen regel voor de behandeling van verzoekschriften aan de hand kan doen, is direct duidelijk, als we in het oog houden de groote onzekerheid van de woordenkeus der wet. Wanneer men, zooals de jurisprudentie schijnt te meenen, tot de conclusie moest komen, dat de regels voor de behandeling van de dagvaardingprocedure, eindigend met een „vonnis", niet gelden voor de procedure op verzoekschrift, die uitloopt op een „beschikking", dan zou dit een zeer onzeker criterium opleveren. Immers vaak gebruikt de wet (zooals

we reeds eerder gezien hebben) de termen „vonnis" en „beschikking" door elkaar [1]). Welke regels zijn dan toepasselijk? Vaak ook spreekt de wet van „vonnis" in gevallen, waar op een verzoekschrift wordt rechtgedaan (b.v. onder-curateelestelling).

De jurisprudentie heeft deze bezwaren ook wel gevoeld en trekt dan ook lang niet altijd de consequenties van haar regel. Men zie b.v. de conclusie van het O. M. bij H. R. 22 Juni 1900 W. 7468 (welker betoog blijkbaar door den H. R. gedeeld wordt), en de bij dat arrest bevestigde beslissing van Hof Leeuwarden 14 Febr. 1900 W. 7430. In ieder geval blijkt uit het gezegde al wel, dat dit onderscheid ons geen afdoend criterium voor de al of niettoepasselijkheid der gewone regels op kan leveren [2]).

In de literatuur redeneert men daarom vaak anders. Men laat dan de al of niet toepasselijkheid afhangen van de vraag, of er eigenlijke of oneigenlijke rechtspraak is. In geval van oneigenlijke rechtspraak achten die schrijvers dan de gewone vormen niet toepasselijk, bij eigenlijke wel, ook al begint de procedure bij verzoekschrift [3]).

Voor deze opvatting valt zeker meer te zeggen dan voor de eerst genoemde. Om te beginnen heeft deze het voordeel, dat de beslissing niet afhangt van de onzekere terminologie der wet. Verder geeft deze opvatting een gemakkelijke oplossing voor al de vragen, die bij de bespreking der behandeling rijzen. Ook in de jurisprudentie vindt men dan ook een enkele maal deze opvatting terug. Zie b.v. H. R. 16 Sept. 1881 v. d. H., B. R. dl. 46 blz. 486, en H. R. 17 Aug. 1909 N. R. dl. 212 blz. 257. Ik citeer b.v.

[1]) Zie hierboven blz. 4.

[2]) Aldus ook du Mosch blz. 384 vlgg.

[3]) Aldus du Mosch blz. 405 vlg. met beroep op enkele arresten van den H. R.; Garsonnet VII blz. 204 (voor de openbaarheid). Zie echter Garsonnet VII blz. 225, waar hij vermeldt, dat ook op contentieuse zaken der raadkamer de vormen der vrijwillige rechtspraak worden toegepast.

uit de conclusie van advocaat-generaal Ort (waarmee de H. R. zich vereenigt): „O., dat . . . . art. 347 . . . niet inhoudt eenig voorschrift in geval van voluntaire jurisdictie; dat hieruit volgt . . . . , dat het Hof . . . in dit geval van voluntaire jurisdictie . . . . noch art. 345 . . . . noch art. 347, hier niet van toepassing, kan hebben geschonden".

Gewoonlijk echter doet zich in de jurisprudentie ook bij deze quaestie de verwarring gelden tusschen oneigenlijke rechtspraak en procedure op verzoekschrift, en dan redeneert ze aldus: het is hier een beschikking op request en dus zijn de regels voor de dagvaardingprocedure niet toepasselijk. Aldus b.v. Hof Arnhem 18 Jan. 1906 W. 8532 [1]).

Door deze laatste formuleering komt men echter tot zeer ongewenschte conclusies, daar dan op zaken, die in aard geheel gelijk zijn aan eigenlijke processen op een dagvaarding b.v. zaken over handels- en fabrieksmerken, niet de gewone regels toepasselijk zijn, wat, behalve zeer ongewenscht (vooral met het oog op verplichte motiveering en mogelijkheid van veroordeeling in de kosten), ook irrationeel is.

In de oorspronkelijke redeneering zelf echter, zooals ze b.v. door du Mosch wordt gehouden, dat n.l. op de recht-

[1]) Men vindt deze opvatting ook in de Fransche jurisprudentie (zie Garsonnet VII blz. 225). Van de literatuur, waarin men soms ook een dergelijke verwarring vindt, noem ik het hoofdartikel in W. 7264 en Meijers blz. 114, die als volgt redeneert: „Of in een bepaald geval de gewone procesgang gevolgd en de daarvoor geldende wetsvoorschriften toegepast moeten worden, hangt niet af van den aard der procedure, maar slechts van de wet. Deze kiest in ieder geval òf den eenen òf den anderen vorm; zij geeft te kennen, dat de gewone procesorde toepasselijk is, door als eerste daad van rechtsvervolging een dagvaarding te verlangen, of door met zooveel woorden den gewonen rechtsgang voor te schrijven; waar dit laatste niet gebeurt en de zaak met behulp van een verzoekschrift ter kennis van den rechter komt, om met een beschikking van dezen te eindigen, zijn de voor den gewonen procesgang gegeven wetsbepalingen niet toepasselijk".

spraak op verzoekschriften de gewone regels alleen dan, maar dan ook gewoon, toepasselijk zijn, wanneer het betreft eigenlijke rechtspraak, schuilt in beginsel niets onbillijks. Het spreekt zelfs wel van zelf, dat bij zaken, als de benoeming van een voogd of de machtiging eener gehuwde vrouw niet dezelfde vormen in acht worden genomen, als bij een gewone dagvaarding-procedure.

Vooreerst kan hier alleen een persoonlijk onderzoek naar alle omstandigheden, die hij weten wil, den rechter de gegevens voor een juiste beslissing verschaffen. Het gewone beginsel der lijdelijkheid[1]) van den rechter kan hier niet gelden. Daar verder dat onderzoek dikwijls gaat over omstandigheden van vertrouwelijken aard, vervalt ook de reden voor den bij het proces zoo voornamen eisch der openbaarheid. Ook een veroordeeling in de kosten zal gewoonlijk niet te pas komen. In beginsel lijkt dus deze opvatting vrij aannemelijk.

We zullen nu in de volgende hoofdstukken zien, hoe de verschillende quaesties in de practijk opgelost worden. Daarbij zal ik eerst behandelen enkele algemeene beginselen van procesrecht, daarna den gewonen gang der procedure, en eindelijk de kracht der rechterlijke beslissingen op verzoekschriften, m.a.w. of, en zoo ja, welke rechtsmiddelen er tegen kunnen worden aangewend[2]).

---

[1]) Over de beteekenis daarvan zie hieronder § 20.

[2]) Bij elke paragraaf zal ik telkens eerst opgeven de jurisprudentie over dat onderwerp, terwijl dan in den tekst die jurisprudentie zal worden geciteerd door vermelding van het n°. der uitspraak alleen.

TWEEDE HOOFDSTUK.

ALGEMEENE BEGINSELEN VAN PROCEDURE.

Herhaalde malen is naar aanleiding van de algemeene grondbeginselen van ons procesrecht in jurisprudentie en literatuur de vraag gesteld, of ze ook gelden voor de rechtspraak op verzoekschrift. De quaestie bestaat voornamelijk voor de beginselen van openbaarheid van terechtzitting en uitspraak, van verplichte vertegenwoordiging, en van de lijdelijkheid van den rechter in verband met het hooren van partijen en andere bij het geding betrokken personen, en de toepasselijkheid van het gewone bewijsrecht.

§ 18. Openbaarheid.

Jurisprudentie:
1. H.R. 12 Maart 1858 W. 1940.
2. H.R. 1 Sept. 1864 W. 2617.

Het gewichtige beginsel der openbaarheid van behandeling en uitspraak wordt uitgesproken in art. 161 G.W.:

„De uitspraak (van alle vonnissen) geschiedt met open deuren.

Behoudens de uitzonderingen, door de wet bepaald, zijn de teregtzittingen openbaar.

De regter kan in het belang der openbare orde en de zedelijkheid van dezen regel afwijken."

En deze bepaling is in onze Wet op de Rechterlijke Organisatie uitgewerkt in art. 20, dat o.a. zegt, dat de bepaling omtrent de openbaarheid ook van toepassing is op gedingen in burgerlijke zaken.

Hoever gaat nu de werking van deze artt.? De termi-

nologie der wet, al is ze niet beslissend, wijst er op, dat deze bepalingen alleen op gewone procedures op dagvaarding kunnen slaan (zie de woorden „vonnissen" in art. 161 G.W., „gedingen" in art. 20 R.O.). Maar ook het verband van art. 161 met de andere artt. dier afdeeling, vooral met art. 153 G.W., wijst er op, dat een dergelijk voorschrift niet behoeft te gelden voor oneigenlijke rechtspraak. En in onze wet vinden we dan ook herhaaldelijk de bepaling, dat een verzoekschrift in raadkamer wordt behandeld, b.v. de artt. 4^3 F.W., $374d^2$, 496 B.W. Uit bepalingen als die van art. 496, die uitspraak ter openbare terechtzitting voorschrijven, kan a contrario worden afgeleid, dat de behandeling zelve niet ter openbare terechtzitting geschiedt.

Er is in dat feit, dat het beginsel der openbaarheid hier grootendeels wegvalt, ook niets onverklaarbaars. Het spreekt vanzelf, dat niet alle formaliteiten en waarborgen behoeven in acht genomen te worden, die de wetgever voor het eigenlijke proces noodzakelijk acht. Zelfs kan publiciteit wel eens schadelijk werken: men denke slechts aan het verlof, dat de president der arr. rechtbank moet geven voor het leggen van vele conservatoire beslagen, aan de machtiging van den voogd om onroerende goederen te vervreemden of geld op te nemen, waarbij publiciteit ten gevolge kan hebben, dat het crediet van den minderjarige geschokt wordt [1]).

In het ontbreken der openbaarheid schuilt echter tevens een gevaar. In die gevallen van verzoekschriften, waarin het geldt een geval van eigenlijke rechtspraak, zooals b.v. de geschillen over de inschrijving van een merk, is er

[1]) Zie ook Garsonnet II blz. 97. Hij voert nog een argument aan, dat echter alleen voor Frankrijk geldt: de beschikking kan aan de rechten van derden geen nadeel toebrengen, daar voor hen altijd openstaat de z. g. action principale en nullité.

geen enkele reden, om die waarborgen, welke de Grondwet aan de eigenlijke rechtspraak verbindt, te verminderen, of zelfs geheel op te heffen. Hier kan gemakkelijk de zucht tot vereenvoudiging der procedure ten gevolge hebben, dat de bepalingen der G.W. ontdoken worden, ten koste van de waarborgen voor een goede rechtspraak.

De jurisprudentie staat op het standpunt, dat het beginsel der openbaarheid bij de requestprocedure niet geldt. Men zie o.a. de bovengeciteerde arresten. N°. 1 betrof een vonnis van faillietverklaring, waarvoor vroeger niet de uitdrukkelijke bepaling van art. 4 F.W. bestond. Op grond, dat het hier niet gold „een eigenlijk rechtsgeding", eindigend met een „vonnis", werd art. 161 G.W. niet toepasselijk verklaard. N°. 2 beslist hetzelfde voor de uitspraak van de ontzetting uit de voogdij, waarvoor eveneens geen beslissing in de wet te vinden was.

De opvatting der jurisprudentie wordt bestreden door de Pinto[1]). Hij geeft toe, dat art. 20 alleen slaat op rechtsgedingen, maar zegt, dat art. 172 G. W. 1840 (het tegenwoordige art. 161) allen twijfel opheft. Immers onder „vonnissen" vallen ook beschikkingen op verzoekschrift. Uit deze opvatting volgt vanzelf, dat zijn bestrijding alleen geldt de uitspraak, niet de behandeling, want daarvan rept art. 161 niet.

In ieder geval heeft de practijk zich tegenwoordig in dien zin gevestigd, dat zoowel de behandeling als de uitspraak bij verzoekschriftprocedures geschieden in raadkamer en de nieuwere literatuur heeft zich daarbij aangesloten[2]).

[1]) Handleiding Rechterlijke Organisatie blz. 76 vlgg.

[2]) Zie Meijers blz. 114; Molengraaff, de Faillissementswet verklaard, 2de druk blz. 115 noot 1); Garsonnet II blz. 97; VII blz 204, 223 vlgg., 227 (Deze laatste onderscheidt tusschen voluntaire zaken, waar openbaarheid geheel is uitgesloten, en contentieuse, waarbij de uitspraak in het openbaar geschiedt).

§ 19. Verplichte vertegenwoordiging.

Jurisprudentie:

1. Rb. Utrecht 23 Dec. 1864 W. 2752.
2. H.R. 24 Febr. 1899 W. 7247.
3. H.R. 4 April 1899 W. 7264 (2 arresten).
4. Rb. Arnhem 29 Jan. 1906 W. 8323.
5. Hof Amsterdam 17 Jan. 1906 W. 8325, bev. bij:
6. H.R. 9 Maart 1906 W. 8346.
7. Rb. Utrecht 13 Febr. 1906, bev. bij:
8. Hof Amsterdam 6 Maart 1906 W. 8342.
9. Rb. Leeuwarden 17 Febr. 1906 W. 8378.
10. H.R. 2 Juni 1911 W. 9190.

Een tweede beginsel van onze rechtspraak, waarvan de toepasselijkheid op de behandeling van verzoekschriften betwijfeld wordt, is dat van de verplichte vertegenwoordiging. In een gewoon proces kunnen partijen niet zelf optreden, maar moeten zij zich (uitzonderingen daargelaten) doen vertegenwoordigen door een procureur. Is dat nu ook noodzakelijk bij een procedure op request? Moet dus, om te beginnen, het inleidende verzoekschrift door een procureur worden onderteekend?

Een algemeen antwoord op die vraag is niet te geven. Soms zegt de wet uitdrukkelijk, dat de partij zelf moet optreden (b.v. art. 816 Rv., 9[2] Merkenwet), soms blijkt het uit andere omstandigheden (b.v. art. 872 vlg. Rv.), soms geldt het tegenovergestelde (b.v. art. 5 F.W.).

De jurisprudentie heeft vooreerst een paar beslissingen gegeven, waarbij de quaestie in het algemeen uitgemaakt werd, n.l. n[os]. 1 en 10. Bij 1 betrof het een verzoek krachtens art. 873 Rv. en besliste de rechtbank, dat dit art. het eenige voorbeeld was van een uitzondering op den regel, die overigens ook geldt voor verzoekschriften. Als argumenten voerde de rechtbank aan:

1°. dat art. 133 en 135 Rv. tenminste analogisch toepasselijk moesten zijn;

2°. een argumentum a contrario uit art. 872 vlg. Rv.

3°. uit het toenmalige art. 48 § 4 (dat ongeveer gelijkluidend was met het huidige art. 44 *b* en *p*) van het Tarief voor Justitie-kosten en salarissen in burgerlijke zaken.

Bij n°. 10 betrof het een machtiging van de gehuwde vrouw en werd het beginsel der verplichte vertegenwoordiging ook toepasselijk geacht, met een beroep op de verschillende bepalingen, waarin onze wet van de onderstelling blijkt uit te gaan, dat vertegenwoordiging noodig is, n.l. art. 847, 873 Rv.[1]), 43 van het Tarief voor Justitiekosten enz. en een argumentum a contrario uit bepalingen der Merkenwet e.a.

Een tweede groep van beslissingen loopt over de vraag of voor verzoekschriften, door voogdijraden in te dienen, onderteekening van een procureur noodig is. Bij de n°s. 4 tot en met 8 is uitgemaakt, dat ook hier het beginsel der verplichte vertegenwoordiging geldt. Een argument tegen deze opvatting werd ontleend aan het ambtelijk karakter van den voogdijraad[2]) en aan analogische toepassing van de bepalingen over het Openbaar Ministerie, doch dit betoog werd eenstemmig door de genoemde beslissingen verworpen. Verder worden dezelfde argumenten aangevoerd als boven bij n°. 10 vermeld. In anderen zin is alleen n°. 9[3]).

Eindelijk werd bij de n°s. 2 en 3, waarvan de beide

---

[1]) Bij dit art. betoogt de H. R. nog, dat de in 1896 ingevoegde woorden „zoo noodig" alleen terugslaan op art. 872[2] en de requesten aan den kantonrechter, waar ook in het gewone proces geen verplichte vertegenwoordiging bestaat.

[2]) Aldus ook een uitvoerige bestrijding van de beslissingen onder n°s. 4 en 5 in een artikel in W. 8325.

[3]) Sindsdien is door wetswijziging uitgemaakt, dat voortaan voogdijraden zich niet behoeven te doen vertegenwoordigen (art. 385*b*[4] B. W.).

onder n°. 3 genoemde arresten een merkenzaak betroffen, en n°. 2 liep over de al of niet-bevoegdheid van den opgetreden advocaat, beslist, dat het request in cassatie, alleen door den requirant of zijn gemachtigde, en niet door een advocaat onderteekend, moet worden nietigverklaard.

Bij n°. 2 beweert de H. R. zonder nadere argumentatie, dat het beginsel van verplichte vertegenwoordiging in art. 406 Rv. voor cassatie uitgesproken, ook behoort te worden aangenomen bij de behandeling der cassatie van verzoekschriften volgens art. 429 Rv. Bij de arresten onder n°. 3 worden andere argumenten aangevoerd. De H. R. beroept zich vooral op de woorden van het eerste lid van art. 429: „Het verzoekschrift bevat een omschrijving der middelen van cassatie, met aanwijzing als in art. 406 vermeld", en meent dan, dat met die „aanwijzing" bedoeld wordt o.a. de aanwijzing van een advocaat (art. 406[4]). De onjuistheid van dit argument is overtuigend aangetoond in het hoofdartikel in W. 7264, dat er op wijst, dat met die „aanwijzing, als in art. 406 vermeld", natuurlijk alleen gedoeld wordt op de bijvoeging in art. 406, derde lid: „met aanwijzing van de geschonden vormen enz." In anderen zin dan ook, zonder echter over de quaestie zelve te spreken: H. R. 10 Aug. 1896 W. 6847[1]).

We kunnen de opmerking maken, dat geen der in deze quaesties aangevoerde argumenten een zeer beslissend karakter heeft. Ze zijn alle vrij gezocht, en dat was ook niet te vermijden, waar de wet zelf over de verplichte vertegenwoordiging eigenlijk slechts terloops handelt, althans nergens een algemeenen regel geeft. Wel komt een

[1]) Men zie over deze arresten verder het hoofdartikel in W. 7264; van Rossem, aant. 2 op art. 429. In Frankrijk is de practijk ook vóór verplichte vertegenwoordiging, zie Garsonnet VII blz 222 noot 3). Over de verplichte vertegenwoordiging bij het hooger beroep van verzoekschriften, zie het slot van het geciteerde hoofdartikel; van Rossem, aant. 5 op art. 345; Faure I blz. 159.

der voornaamste motieven, n.l. de processueele gelijkheid van partijen, bij de meeste verzoekschriftprocedures niet te pas, maar toch komt het mij voor, dat de geciteerde vonnissen gelijk hebben, als ze in den regel vertegenwoordiging door een procureur eischen, ten minste in die zaken, die meer het karakter van een rechtsstrijd naderen.

§ 20. Lijdelijkheid van den rechter. Hooren van personen. Bewijsrecht.

Jurisprudentie:

1. Hooggerechtshof Ned. Indië 6 Febr. 1849 W. 1070.
2. Hof Z. Holland 27 Juni 1849 W. 1038, vern. Rb. Brielle 30 Mrt. 1849 W. 1013.
3. H.R. 1 Sept. 1864 W. 2617, cass. verw. Hof Overijsel 30 Mei 1864 W. 2591.
4. H.R. 16 Sept. 1881 v. d. H., B.R. 46 blz. 486.
5. H.R. 20 Sept. 1883 v. d. H., B.R. 48 blz. 497.
6. Rb. den Haag 25 Mei 1894 Quarles van Ufford, de rechtspraak van de Arr. Rechtbank te 's-Gravenhage op grond van de wet van 30 Sept. 1893 enz. I blz. 24.
7. H.R. 4 April 1899 W. 7264.
8. H.R. 16 Juni 1911 W. 9245.
9. Rb. den Haag 11 Dec. 1913 Ned. Jur. 1914 blz. 926.

Het beginsel der lijdelijkheid van den rechter, en in verband daarmee, het optreden van twee partijen, die den omvang van den rechtsstrijd bepalen, benevens de toepasselijkheid van het bewijsrecht, zooals dit in Boek IV van het Burgerlijk Wetboek, en, wat de practische uitwerking betreft, in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld is, is op verzoekschriftprocedures niet toepasselijk. Dat is tenminste de algemeene opvatting, en voor die opvatting zijn deugdelijke argumenten te geven.

Het gewone proces dient tot beslissing van een geschil

tusschen twee partijen met tegengestelde belangen. De bepaling nu van den omvang van dat geschil is geheel aan partijen overgelaten, en ook bij de bewijslevering, d.w.z. bij het aanbrengen van feiten, die den rechter de overtuiging van de juistheid van één der beide standpunten moeten bijbrengen, is het initiatief gewoonlijk aan de kant van partijen.

Daarmee is echter nog niet gezegd, dat het beginsel zoo ver moet worden uitgestrekt, als onze jurisprudentie wel eens doet. Den rechter blijft altijd de bevoegdheid, ambtshalve bewijsmiddelen op te leggen. (Men zie de artt. 103, 199, 219, 222 Rv., 1977 B.W.). Ook uit andere bepalingen blijkt, dat vooral sinds de wet-Hartogh, de wet den rechter wel degelijk de leiding van het proces wil geven, men zie de artt. 19, 49, 143, 241 Rv.). Toch blijft, en dat is voor mij de eenige beteekenis van het beginsel der lijdelijkheid, de rechter verplicht, zich, wat den omvang van den rechtsstrijd betreft, te houden aan den wil van partijen, en ook bij de bewijslevering d.w.z. (ook in ons burgerlijk proces) de opsporing der waarheid, blijft practisch zijn taak dikwijls subsidiair, al berust in beginsel bij hem de leiding van het onderzoek. Voor dat bewijs zijn verbindend de dwingende regels van Boek IV B.W. en van Rv.

Bij de rechtspraak op verzoekschriften daarentegen zijn er al vast niet twee partijen. Verder betreffen de meeste gevallen, zooals we gezien hebben, zaken van oneigenlijke rechtspraak, en daarbij is de beslissing dikwijls meer een zaak van doelmatigheid dan van recht. Dit alles zijn redenen te over, om bij verzoekschriften het lijdelijkheidsbeginsel te doen vervallen. Reeds in het gewone proces is, naar de nieuwere opvattingen, het beginsel te ver doorgevoerd; hoeveel te meer zou het dan verkeerd werken bij de behandeling van verzoekschriften. Het is daarbij een eisch

van billijkheid en practijk, dat de rechter een onderzoek kan instellen, waarover en met welke middelen hij wil; ook buiten de bewijsmiddelen van het 4de Boek om.

Ook het hooren van partijen, een voornaam beginsel van ons proces, dat met de voorgaande in verband staat, komt hier minder te pas: vaak zal het, gelijk ik hierboven bij de bespreking der openbaarheid reeds opmerkte, schadelijk kunnen zijn, als de wederpartij, voor zoover die er is, gewaarschuwd wordt (men denke aan het verlof tot conservatoir beslag)[1]). Dit zijn echter betrekkelijk uitzonderingsgevallen en vandaar dan ook, dat de wet meestal bij de verschillende procedures een regeling geeft omtrent de personen, die de rechter moet of kan hooren.

Uit de hier gegeven argumentatie volgt reeds vanzelf een beperking van den gestelden regel. Voor het wegvallen van de beginselen der lijdelijkheid enz. is geen reden, en de gewone regels moeten dus in eere hersteld worden, in die gevallen van verzoekschriftprocedures, waar wel een tegenpartij is, en die, als betreffende eigenlijke rechtspraak, feitelijk geheel gelijk staan met een gewoon proces.

Zoo betoogt du Mosch m.i. terecht, dat in merkenzaken het gewone bewijsrecht toepasselijk moet zijn[2]).

De boven aangegeven redeneering gaat daarbij niet op, en dus zou het onjuist zijn, de gewone beginselen te laten vallen enkel, omdat er op verzoekschrift wordt geprocedeerd.

Ik merk nog op, dat soms ook aangaande de toepasselijkheid van het bewijsrecht de wet een uitdrukkelijke regeling geeft. Zoo zegt b.v. art. 6 F.W., dat de faillietverklaring wordt uitgesproken, „indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden

[1]) Vaak wordt juist in de al of niet toepasselijkheid van het beginsel van hoor en wederhoor en van het gewone bewijsrecht, een criterium gezocht tusschen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak. Cf. du Mosch blz. 388, Meijers blz. 113 vlg.

[2]) Zie blz. 393 vlg.

etc.," door welke bepaling het gewone bewijsrecht wordt terzijde gesteld[1]). Daarentegen is b.v. uit art. 491 B.W. af te leiden, dat de wetgever bij de procedure tot onder-curateelestelling gedacht heeft aan de gewone bewijsregels.

Een enkel woord nog over het hooren van personen. Dikwijls regelt de wet, wie de rechter moet hooren, maar vaak ook wordt niets bepaald. Mag de rechter nu in die gevallen toch partijen of andere personen (bloedverwanten, belanghebbenden, getuigen enz.) oproepen, en mag hij, waar wèl bepaald is, welke personen hij moet hooren, ook buiten die aangewezenen om, nog anderen hooren? M.i. zal, waar de wet het niet verbiedt, daarin niets ongeoorloofds gelegen zijn. De rechter heeft hier de volle vrijheid alle middelen aan te wenden, om zijn onderzoek zoo volledig mogelijk te maken. Hij leidt het onderzoek en bepaalt, wat hij daarvoor noodig acht[2]).

Een argument voor die opvatting kan men ook nog ontleenen aan die artt., waar de wet het al of niet hooren van bepaalde personen geheel aan den rechter overlaat (men zie de artt. 129, 1121 B.W., 808*a* Rv.). Zeer terecht zegt dan ook proc. gen. Römer in zijn conclusie bij het onder n°. 4 geciteerde arrest: „... integendeel kan de rechter buiten het verhoor van den voogd en toezienden voogd, door de wet zelve voorgeschreven[3]), zich al zoodanige inlichtingen verschaffen, als hij noodig acht om de gegrondheid van het verzoek .... te beoordeelen, zoodat van geen bewijsvoering in den zin van art. 1902 sprake is ...."

---

[1]) Jurisprudentie in dien zin, zie Molengraaff, de Faillissementswet verklaard blz. 111; cf. ook du Mosch blz. 392 vlg.

[2]) Dat deze opvatting juist is, blijkt uit de geschiedenis der Faillissementswet. De Regeering achtte de bevoegdheid van den rechter om personen te hooren zóó vanzelfsprekend, dat zij een uitdrukkelijke bepaling onnoodig achtte. Zie daarvoor Molengraaff, de Faillissementswet verklaard blz. 117 vlg.

[3]) Het betrof hier een ontzetting uit de voogdij (art. 438 oud B. W.).

Onze jurisprudentie stelt zich gewoonlijk op het, blijkens het voorgaande, ook door mij juist geachte standpunt, dat de al of niet toepasselijkheid van het gewone bewijsrecht afhankelijk is van de vraag, of er is een eigenlijk rechtsgeding, of niet. Zoo beslist het reeds zooeven genoemde arrest n°. 4, dat bij een verzoek om ontzetting uit de voogdij, art. 1902 niet kan zijn geschonden, omdat het hier niet geldt een contradictoir geding.

Duidelijk in dien zin is ook n°. 3. Het betrof daar eveneens een ontzetting uit de voogdij, en als cassatiemiddel was aangevoerd: schending van art. 199 vlgg. Rv., omdat aan de daar gestelde vereischten voor het getuigenverhoor niet voldaan was. De H.R. overwoog daaromtrent: „. . . . dat deze geheele bewering berust op de onjuiste veronderstelling, dat in deze kan sprake zijn van een gewoon contradictoir geding; dat zij bij de verwerping daarvan vanzelve vervalt; en dat dus ook hieromtrent bij het arrest (waarvan cassatie) terecht is overwogen: „dat de wet, buiten het verplichte verhoor van den voogd en den toezienden voogd overigens aan den rechter de vrijheid laat tot het inwinnen van al zoodanige bewijzen, als hij tot zijn inlichting noodig acht, zonder dat daartoe de medewerking van partijen wordt vereischt, en dat de vormen voorgeschreven bij art. 199 en vlgg. B.R. uitsluitend betrekking hebben op een getuigenverhoor, hetwelk bij de behandeling van een rechtsgeding ter terechtzitting wordt gehouden, en waarin de bewijsvoering contradictoir tusschen partijen plaats heeft. . . .” ”.

Ook in n°. 5, waar het betrof een beslissing over de al of niet handhaving eener moeder-voogdes in de voogdij, nam de H.R., zij het ook op andere gronden, aan, dat het gewone bewijsrecht niet toepasselijk was. In denzelfden zin luiden ook de n°s. 1 en 2, die beiden weer de afzetting van een voogd betreffen.

Aan den anderen kant volgt uit de opvatting der jurisprudentie, dat in die gevallen van verzoekschriften, waar het geldt eigenlijke rechtspraak, de gewone bewijsregels wèl toepassing moeten vinden. De vonnissen, die hiermee in verband staan, bespreken vooral de procedures ingevolge art. 9 en 10 der Merkenwet. In zijn conclusie, behoorende bij n°. 7 twijfelt proc. gen. Polis aan de toepasselijkheid, omdat de Merkenwet geen enkele bepaling bevat, waardoor de rechter is gebonden aan de bewijsregels van het B.W. De regeering, bij de behandeling der wijzigingswet van 1904 op deze uitlating gewezen, achtte het echter onnoodig, een uitdrukkelijke bepaling hierover in de wet op te nemen, daar haars inziens de toepasselijkheid dier regeling van zelf sprak [1]).

Onze jurisprudentie heeft verder dan ook steeds de toepasselijkheid aangenomen. Men vergelijke de ook door du Mosch geciteerde vonnissen n°. 6 (betreffende den beslissenden eed), en n°. 9 (betreffende deskundigen-bericht).

Alleen schijnt ook proc. gen. Noyon niet van de juistheid dezer opvatting overtuigd, waar hij in zijn conclusie bij n°. 8 overweegt: „. . . dat de artt. 1953 en 1954 B.W. niet te pas komen, omdat art. 10 der Merkenwet een bijzondere bepaling van algemeene strekking bevat, staande buiten de regeling van het bewijs in burgerlijke zaken in het B. W. . . . .” De H. R. verklaarde toen ook art. 1954 B. W. niet toepasselijk, maar op een anderen grond, die trouwens ook door Noyon was aangehaald.

---

[1]) Zie verder daarover du Mosch blz. 394 vlg.

DERDE HOOFDSTUK.

DE BEHANDELING IN EERSTEN AANLEG.

§ 21. Het inleidende verzoekschrift.

Jurisprudentie:

1. H.R. 20 Sept. 1883 W. 4941.
2. Rb. Amsterdam 1 Apr. 1892 W. 6227.
3. H.R. 8 April 1909 W. 8856, vern. Hof den Haag 17 Febr. 1909.

Over de inrichting van het inleidende verzoekschrift wordt door de wet niet veel gezegd. Alleen wordt in sommige gevallen vereischt de vermelding van de feiten of gronden, waarop het verzoek gebaseerd is, eventueel met bijvoeging van bewijsstukken of opgave van getuigen. Men zie b.v. de artt. 374*b*, 438, 440*a* B. W., 125*b*, 804, 816 Rv. enz.

Men zal dit voorschrift, dat het verzoekschrift de gronden moet bevatten, waarop het steunt, m. i. wel kunnen uitstrekken tot alle verzoekschriften, tot den rechter gericht, al zal daaraan, gelijk we in de vorige paragrafen reeds zagen, nooit die beteekenis gehecht kunnen worden, die de vereischten van art. 5 Rv. hebben in de practijk der gewone dagvaarding-procedure, nl., dat ze omvang en aard der procedure bepalen[1]).

Zoo zal wijziging of aanvulling van het ingediende verzoekschrift nog wel eens mogelijk zijn, zooals b.v. enkele malen uitdrukkelijk beslist is voor het geding over een

[1]) Ik laat hier onbeslist, in hoever de uitlegging in de practijk gegeven aan art. 134 Rv. juist is of niet.

arbeidsovereenkomst. Wanneer in het inleidend verzoekschrift de gronden of de strekking der vordering niet juist zijn aangegeven, zal aanvulling en wijziging mogelijk zijn op den dag, dat partijen voor den rechter verschijnen[1]).

Ook bij faillissement zal de rechter zeker wel mogen letten op feiten en omstandigheden, die eerst bij het onderzoek blijken[2]). Daarentegen is voor de procedures krachtens de Merkenwet uitgemaakt, dat niet in het verzoekschrift aangevoerde gronden niet meer kunnen worden bijgebracht, omdat de tegenpartij zich daarop voor het verhoor niet heeft kunnen voorbereiden[3]).

In het algemeen heeft onze jurisprudentie slechts een enkele maal zich uitgesproken. Men zie het arrest onder n°. 3, dat het volgende geval betrof: het Hof had een verzoekschrift in hooger beroep van een ontzetting uit de voogdij afgewezen op den enkelen grond, dat het niet de gronden bevatte, waarom de vernietiging der beschikking in eersten aanleg gevraagd werd. De H. R. casseerde die beslissing, omdat geen enkele wetsbepaling de formeele eischen voor dagvaarding en conclusies ook van toepassing verklaart op procedures op verzoekschrift.

Daarentegen werd bij n°. 1 op de procedure krachtens de Merkenwet de bepaling van art. 8 Rv. wel toepasselijk verklaard, omdat de Merkenwet geen enkelen afwijkenden

---

[1]) Aldus is b.v. beslist door Kgt. Haarlem 28 Mei 1909 R. B. Arb. I. 15; H. R. 20 Dec. 1912 W. 9441, cass. verw. Rb. Assen 27 Febr. 1912, bev. Kgt. Meppel 11 Sept. 1911 R. B. Arb. IV. 5; Kgt. Bergum 20 Oct. 1914 R. B. Arb. II. 3. In anderen zin slechts Kgt. II Amsterdam 13 Mei 1909 R. B. Arb. II. 4.

[2]) Aldus ook Molengraaff, de Faillissementswet verklaard blz. 165.

[3]) Aldus H. R. 24 Dec. 1897 W. 7062; R. v. J. Batavia 12 Maart 1913, Het Recht in Ned. Ind. dl. 100 blz. 277 (zie verder du Mosch blz. 420). Daarentegen besliste H. R. 25 Juli 1911 W. 9250, dat aanvulling der gronden van het introductief request nog geoorloofd is tot den dag der terechtzitting toe (met een beroep op art. 12[5] Merkenwet).

regel bevat. Misschien werd echter deze beslissing wel beïnvloed door het feit, dat het hier eigenlijke rechtspraak gold.

Het verzoekschrift moet worden ingediend door de partij zelf (cf. art. 816 Rv.) of door een gemachtigde. Voor de vraag der verplichte vertegenwoordiging, zie het vorige hoofdstuk. Het request moet worden ingeleverd ter griffie van het college, waar de zaak thuis hoort. Soms schrijft de wet persoonlijke overhandiging aan den president voor (art. 816 Rv.).

Wat de competentie betreft, voor de absolute competentie kan ik volstaan met te verwijzen naar de, in het begin van de eerste afdeeling van dit proefschrift gegeven, lijst van gevallen van verzoekschriften. De relatieve competentie wordt dikwijls in de wetsbepalingen zelf geregeld. Voor zoover dat niet het geval is, gelden m.i. de gewone regels. Men zie echter nog n°. 2, welk vonnis zonder eenige motiveering beslist, dat de bepaling van art. 126[3] Rv., geschreven voor eigenlijke rechtsgedingen, niet op verzoekschriften toepasselijk is.

§ 22. Verdere behandeling tot aan de beslissing.

Jurisprudentie:

1. H. R. 16 Sept. 1881 v. d. H., B. R. 46 blz. 486.
2. Rb. Amsterdam 26 Aug. 1890 W. 5939.
3. Hof Arnhem 18 Jan. 1906 W. 8532.

Zooals we al gezien hebben, geschiedt de behandeling van het ingediende verzoekschrift in raadkamer. Vandaar dan ook, dat de gewone voorschriften omtrent conclusies enz. niet toepasselijk zijn. Pleidooien zullen soms van nut kunnen zijn, en zijn dan natuurlijk niet verboden.

In het algemeen zal vaak, bij dergelijke ondergeschikte quaesties over de rechtspraak op verzoekschriften, waar

de wet gewoonlijk over de vraag zwijgt, kunnen worden aangenomen, dat de gewone regels niet behoeven, doch wèl mogen worden toegepast. Zoo ook hier. We hebben reeds gezien, dat de rechter vrij is zijn onderzoek zoo in te richten, als hem wenschelijk voorkomt. Acht hij dus mondelinge toelichting gewenscht, dan kan hij partijen gelegenheid daartoe geven, evenals tot het nemen van schriftelijke conclusies. Vereischt is het echter niet.

Ook denke men er aan, dat het verschil zal kunnen maken, of het geldt zaken van vrijwillige of van eigenlijke rechtspraak. Bij de laatste zal men veel eerder geneigd zijn de gewone regels toe te passen, dan bij de eerste. Het spreekt natuurlijk vanzelf, dat er veel meer reden is voor conclusies en pleidooien bij een merkenproces, dan bij een benoeming van een voogd, enz.

Ook de boven aangehaalde beslissingen onzer jurisprudentie luiden in den hier verdedigden zin. Zoo beslist n°. 2, dat een conclusie van eisch niet te pas komt, waar het hier gold een beschikking op request. N°. 1 wijst het verzoek, mondelinge toelichting te mogen geven in cassatie, af met deze zeer juiste motiveering: „O., dat zoodanige mondelinge toelichting .... niet door de wet wordt bevolen, en in deze bij de uitvoerige schriftelijke toelichting als geheel overbodig kan worden beschouwd".

Verder overweegt n°. 3, een beslissing, over de al of niet toepasselijkheid van art. 348 Rv.: „ . . .dat een dergelijke bepaling voor hem, die een request tegenspreekt, niet alleen niet bestaat, maar zelfs onbillijk zou zijn, omdat een gerequireerde menigmaal eerst voor den rechter kennis bekomt van den inhoud van het request ...."

§ 23. Incidenten.

We hebben reeds gezien, bij de bespreking van de al

of niet toepasselijkheid van het bewijsrecht (zie § 20), dat de gewone regeling van het bewijs toepasselijk is bij die gevallen van verzoekschriften, die tot de eigenlijke rechtspraak behooren. Daaruit volgt vanzelf, dat ook incidenteele beslissingen noodig zijn ter oplegging van die gewone bewijsmiddelen. Bij zaken, als die krachtens art. 9 vlg. der Merkenwet zullen, evenals in een gewoon proces, getuigenverhooren worden bevolen, evenals verhoor op vraagpunten enz. [1]). Verder zullen geschillen over de echtheid van stukken kunnen voorkomen, evengoed als in een procedure op een dagvaarding. En ook buiten die gevallen van eigenlijke rechtspraak kan de rechter, gebruik makende van zijn bevoegdheid om het onderzoek te leiden, zooals hij dat noodig acht, bewijs van feiten bevelen bij interlocutoire beslissing, b.v. inzake een ontzetting uit de voogdij, een onder-curateelestelling enz.

Ook andere incidenten kunnen zich voordoen bij de behandeling van een verzoekschrift. Zoo is b.v. mogelijk een voeging van twee verknochte zaken. Met du Mosch houd ik dan ook voor onjuist de beslissing in tegengestelden zin van den Raad van Justitie te Batavia van 13 Febr. 1889 Ind. W. 1395 [2]).

§ 24. De beslissing

Indien het onderzoek der zaak den rechter voldoende toeschijnt (in eenvoudige zaken dikwijls zonder dat een onderzoek is voorafgegaan), geeft hij zijn beslissing. Deze beslissing noemt men bij rechtspraak op verzoekschrift gewoonlijk niet „vonnis" maar „beschikking". Ik heb

[1]) Cf. b.v. H. R. 29 Dec. 1904 W. 8164, behandelend de cassatie van een interlocutoire beslissing in een merkenzaak; zie verder du Mosch blz. 407 en de aldaar geciteerde vonnissen, die hoofdzakelijk handelen over de mogelijkheid van afzonderlijk appèl of cassatie van zoo'n incidenteele beschikking.

[2]) Zie du Mosch blz. 419.

er reeds vroeger op gewezen, dat dit onderscheid echter niet streng wordt doorgevoerd. (Zie hierboven blz. 4, alwaar ook voorbeelden zijn gegeven, waar de beide uitdrukkingen voor éénzelfde uitspraak door elkaar worden gebruikt). Practische consequenties uit het gebruik dier woorden mogen dus niet worden getrokken.

Veel belangrijker dan deze quaestie van benaming is echter de vraag, in hoeverre de beschikking op een verzoekschrift voldoen moet aan de vereischten voor een vonnis, op een dagvaarding gewezen.

Natuurlijk zullen ook in een beschikking op request de namen der rechters, datum der uitspraak en andere formeele vereischten van art. 59 Rv. voorkomen, maar in jurisprudentie en literatuur is vooral quaestie gerezen naar aanleiding van twee punten n.l.:

1°. Moet de beschikking op verzoekschrift gemotiveerd zijn?

2°. Is bij zoo'n beschikking mogelijk veroordeeling van de in het ongelijk gestelde partij, (zoo die er is) in de kosten van het proces? Over die twee quaesties zullen we in de volgende paragrafen handelen.

§ 25. Verplichte motiveering der uitspraak.

Jurisprudentie:

1. H.R. 12 Maart 1858 W. 1940.
2. H.R. 26 Sept. 1890 W. 5983.
3. H.R. 11 Maart 1899 W. 7252.
4. H.R. 17 Maart 1899 W. 7256.
5. H.R. 31 Jan. 1901 W. 7555.
6. H.R. 29 Nov. 1907 W. 8628.
7. H.R. 24 Jan. 1908 W. 8657.
8. H.R. 17 Aug. 1909 N.R. 212 blz. 357.
9. H.R. 7 Juli 1912 W. 9333.

Art. 161 G.W. zegt in het eerste lid: „Alle vonnissen moeten de gronden waarop zij rusten, inhouden . . . ", en dit voorschrift wordt voor het burgerlijk proces uitgewerkt in art. 59 Rv., waar gezegd wordt, dat in een vonnis moeten voorkomen o.a.: „3°. De gronden der uitspraak, zoo wat de daadzaken als het regtspunt, ieder afzonderlijk betreft, en de beslissing".

Deze bepalingen behooren tot de gewichtigste waarborgen voor een goede rechtspraak. De verplichte motiveering dwingt den rechter zijn uitspraak nauwkeurig te overwegen, en ook voor partijen is het een punt van groot belang, vooral zoo ze het vonnis willen gaan bestrijden in hooger beroep of cassatie, wat alleen goed mogelijk is, als ze bekend zijn met de motieven, die den rechter tot zijn beslissing hebben geleid.

Geldt dit vereischte der verplichte motiveering nu ook voor de beslissingen op verzoekschriften? Wanneer we onze rechtspraak nagaan, zien we, dat die eenstemmig art. 59 niet toepasselijk acht. Gewoonlijk beroept men zich daarbij als eenig argument op het feit, dat art. 161 G.W. en 59 Rv. spreken van „vonnissen", en dus niet slaan op „beschikkingen" op request.

Aldus is beslist door verschillende der bovenaangehaalde uitspraken, die toch de meest verschillende soorten van procedures betreffen. Men zie de n°s. 1 en 4 (faillietverklaringen), 2 (benoeming van een provisioneelen bewindvoerder volgens art. 495 B.W.), 5 en 9 (beiden houdende een beschikking op een verzoekschrift krachtens art. 1122 B.W.), 7 (een ontzetting uit de ouderlijke macht), 8 (een opdracht van de voogdij na echtscheiding), en 6 (onder-curateelstelling). Ook in de literatuur vindt men deze opvatting herhaaldelijk terug[1]).

[1]) Zie b.v. Meijers blz. 114; A. Nicol Speijer in W. 9423 (over de benoeming van een notaris bij boedelscheiding) enz.

Uit deze opvatting vloeit voort, dat, wanneer de wet wil, dat een „beschikking" gemotiveerd wordt, zij dit uitdrukkelijk moet bepalen. Inderdaad doet de wet dat b.v. in de artt. 374*d*, 374*e*, 439, 440 B. W., 153, 185 F. W. En Meijers put hier dan ook nog een argument uit voor de bewering, dat vermelding van de gronden eener beschikking in het algemeen niet noodig is, daar anders deze artt. totaal overbodig zouden zijn.

Tegen deze opvatting worden in het request in cassatie, behoorende bij n°. 7, als argumenten aangevoerd:

1°. dat het hier gold een vonnis (ontzetting ouderlijke macht), een argument, dat dus voor ons van geen belang is; en

2°. de reeds boven genoemde utiliteitsgrond, dat op deze wijze aan partijen de toepassing der rechtsmiddelen bijna onmogelijk wordt gemaakt.

Verder schijnt men zich gewoonlijk maar bij deze opvatting der jurisprudentie neergelegd te hebben.

En toch springt een groot bezwaar tegen de algemeene opvatting dadelijk in het oog, als men zich herinnert, wat ik gezegd heb over de onzekerheid van terminologie der wet inzake de woorden „vonnis" en „beschikking" (zie blz. 4). Waar herhaaldelijk dezelfde uitspraak nu eens zoo, dan weer anders wordt genoemd, moet toch een opvatting, die de al of niet toepasselijkheid van art. 59 Rv. laat afhangen van het feit, of de wet de uitspraak een beschikking of een vonnis noemt, onhoudbaar zijn.

Men doet dan ook m. i. beter, als men voor de toepasselijkheid der verplichte motiveering niet als criterium neemt den term, dien de wet gebruikt, maar veeleer den aard der procedure, een inwendige eigenschap dus, die niet afhankelijk is van de onzekere woordenkeus der wet, n.l. van de vraag, of we te doen hebben met eigenlijke of oneigenlijke rechtspraak.

Deze opvatting is ook geheel in overeenstemming met de Grondwet, die in de eerste afdeeling van het 5de hoofdstuk alleen doelt op de eigenlijke rechtspraak, zooals blijkt uit art. 153 G. W. Dan komt de ratio van de artt. 161 G. W. en 59. 3° Rv. ook beter tot haar recht: in eigenlijke rechtsgedingen behoort de beslissing gemotiveerd te zijn, in oneigenlijke is dit niet, althans veel minder, noodig.

In dezen zelfden geest betoogt dan ook prof. Molengraaff [1]), dat vonnissen van faillietverklaring, evenals de beslissingen op de tegen de faillietverklaring gerichte rechtsmiddelen, even goed gemotiveerd moeten zijn, als gewone vonnissen op een dagvaarding; een opvatting, die ook door den H. R. gedeeld wordt blijkens de arresten nos. 3 en 4.

Dit alles neemt echter niet weg, dat het ook bij oneigenlijke rechtspraak dikwijls wenschelijk is, de gegeven beslissing te motiveeren, vooral ook met het oog op de mogelijkheid van toepassing der rechtsmiddelen.

§ 26. Veroordeeling in de kosten.

Jurisprudentie:

1. Rb. Gorinchem 27 Sept. 1864 W. 2822.
2. Hof Zeeland 25 Febr. 1868 R.B. 1871 blz. 545.
3. Rb. Amsterdam 2 Juni 1876 R.B. 1876 A. blz. 204.
4. Rb. Middelburg 23 Oct. 1879 W. 4517.
5. Rb. Amsterdam 26 Aug. 1890 W. 5939.
6. H.R. 25 Febr. 1896 W. 6778.
7. H.R. 29 Juli 1904 W. 8097. [2])

Art. 56 Rv. bepaalt: „Al wie bij vonnis in het ongelijk

[1]) De Faillissementswet verklaard blz. 115 noot 1).

[2]) Zie ook in verschillenden zin de bij du Mosch blz. 410 aangehaalde Indische jurisprudentie.

gesteld wordt, zal in de kosten verwezen worden". Dit voorschrift wil bewerken, dat, wie in een proces gelijk krijgt, niet zijn eigen kosten behoeft te dragen, m.a.w., dat de in het ongelijk gestelde, die door zijn onwilligheid het proces noodzakelijk maakte, de kosten draagt, die de tegenpartij daarvoor maken moest.

Ook van deze bepaling wordt de toepasselijkheid op de verzoekschrift-procedure ernstig betwijfeld. Eenige aanleiding bestaat daar dan ook wel toe. Daar men bij de meeste gevallen van verzoekschriften geen partijen aantreft, die elkaar bestrijden, en waarvan dus in den regel de één gelijk, de ander ongelijk krijgt, welke laatste dan in de kosten veroordeeld kan worden, maar één of meer personen, die zich tot den rechter wenden om zijn hulp in te roepen voor de toepassing van de een of andere wetsbepaling, is er geen rêden (ja zelfs gewoonlijk geen mogelijkheid), iemand te veroordeelen in de kosten. Die zullen dus moeten worden gedragen door dengene, die ze maakt.

Maar wanneer dit werkelijk de reden is, om te twijfelen aan de toepasselijkheid van art. 56, dan volgt daaruit vanzelf, dat deze redeneering alleen opgaat voor de oneigenlijke rechtspraak; niet dus voor die procedures op request, die in wezen geheel gelijk zijn aan de gewone rechtsgedingen, zooals het proces over de inschrijving van een merk enz. Daar heeft men ook twee tegenstanders, die elkaar bestrijden, en is er dus ook evenveel reden, om de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te veroordeelen.

Toch staat onze jurisprudentie gewoonlijk op een ander standpunt, en dat wel op denzelfden grond, dien ze ook reeds aanhaalde bij de quaestie van art. 59 Rv., n.l. dat art. 56 alléén spreekt van „vonnissen". Overal dus, waar het geldt een beschikking op verzoekschrift, en

onverschillig, of het eigenlijke of oneigenlijke rechtspraak betreft, is art. 56 niet toepasselijk en veroordeeling in de kosten onmogelijk.

Men vindt dit betoog terug in vrijwel alle boven geciteerde vonnissen n.l. n°s. 1 (betreffende een bevestiging in de voogdij), 2 (ontzetting uit de voogdij), 4 (ontslag uit de gijzeling), 5 (onder-curateelestelling) en 6 (een merkenzaak). N°. 3 vindt, zonder eenige nadere toelichting, in den „vorm van request" een grond om een veroordeeling in de kosten te weigeren [1]).

Een gunstige uitzondering vormt slechts n°. 7, waar de H. R. een veroordeeling in de kosten weigert, in een geval van ontzetting uit de voogdij, op de overweging: „dat, terwijl .... op een verzoekschrift is recht gedaan, en geen rechtsgeding is gevoerd, art. 56 B. R., regelende de kosten van een rechtsgeding, zijn toepassing mist". Nog duidelijker is de conclusie van advocaat-generaal Ort, die in zijn overwegingen zich aldus uitdrukt: „dat dus in dit geval van vrijwillige rechtspleging de rede niet is van beslissing over eenig, tusschen gedingvoerende partijen, bestaand geschil, en derhalve ook niet van een bij vonnis in het ongelijk gestelde partij .... enz.".

Gelukkig begint in den laatsten tijd in de literatuur protest op te gaan tegen de leer van den H. R., neergelegd in het arrest van 1896. Deze leer toch werkt voor vele procedures, b.v. speciaal voor merkenzaken al zeer ongelukkig. Zal niet dikwijls iemand er van teruggehouden worden, zijn recht op een handels- of fabrieksmerk in rechte te handhaven, als hij bedenkt, dat alle te maken kosten van getuigen, procureur, deurwaarder enz., ten zijnen laste zullen komen, ook al wint hij zijn proces glansrijk? De bespoediging en vereenvoudiging,

[1]) Door deze opvatting van den Hoogen Raad wordt de bepaling van art. 186[3] F. W. overbodig.

die de regeering wilde bereiken, door voor het merkenproces de behandeling bij verzoekschrift voor te schrijven, zouden, in den letterlijken zin des woords, te duur gekocht zijn, indien het voorschrijven van een verzoekschrift zou meebrengen, dat veroordeeling van de verliezende partij in de kosten onmogelijk zou zijn [1]).

---

[1]) Zie verder over dit onderwerp du Mosch blz. 408—413.

VIERDE HOOFDSTUK.

RECHTSMIDDELEN.

§ 27. De rechtsmiddelen in het algemeen.

Behalve de in het tweede hoofdstuk dezer afdeeling genoemde, is één der gewichtigste grondslagen van ons procesrecht, dat een rechterlijk vonnis in principe aantastbaar is voor partijen, met behulp der z.g. rechtsmiddelen.

Tot de gewone rechtsmiddelen rekent men het verzet (alleen mogelijk tegen verstekvonnissen), hooger beroep (de eigenlijke tweede instantie), cassatie (het laatste, nu zuiver formeel-juridische onderzoek der zaak), en eindelijk de revisie, een speciaal middel, om op te komen tegen de in eersten aanleg gewezen vonnissen van den H.R. Dit laatste middel zal bij verzoekschriften wel nooit te pas komen, daar de H.R. eigenlijk geen enkele beschikking in eersten aanleg geeft op een request, met uitzondering van de medewerking, die ons hoogste rechtscollege verleent bij de gewone of volledige handlichting.

Als buitengewone rechtsmiddelen kent onze wet dan verder nog het middel van derden-verzet en het request-civiel.

Over de al of niet toepasselijkheid nu van deze rechtsmiddelen (behalve de revisie), en eventueel de behandeling daarvan, zal in de volgende paragrafen gesproken worden. Vooraf dienen echter te gaan enkele opmerkingen aangaande de rechtsmiddelen tegen beschikkingen op request in het algemeen.

Vooral de Fransche literatuur heeft zich druk met deze quaestie bezig gehouden. Nu moet echter worden opge-

merkt, dat die besprekingen van Fransche auteurs voor ons slechts van betrekkelijk belang kunnen zijn, daar in Frankrijk bestaat de z.g. action principale en nullité, een actie, die door iederen belanghebbende (partij of derde), die bezwaren wil aanvoeren tegen een uitspraak van vrijwillige jurisdictie, tegen zoo'n beslissing kan worden ingesteld en die, los van het oorspronkelijke proces, niet aan eenigen termijn is gebonden; vandaar de uitdrukking action „principale")[1]). De actie wordt ingesteld evenals een gewone actie tot nietigverklaring van een overeenkomst, dus voor den gewonen rechter en bij dagvaarding. Zoo geeft b.v. Japiot[2]) het volgende voorbeeld: „Ainsi la femme qui a obtenu l'autorisation d'aliéner l'immeuble dotal, et qui a procédé à cette aliénation, peut assigner devant le tribunal, statuant au contentieux, l'acquéreur de cet immeuble, pour faire annuler la vente, si l'autorisation avait été donnée dans un cas où la loi l'interdisait".

Het bestaan dezer vordering, waardoor de nadeelige invloed van een onjuiste beslissing vrijwel wordt weggenomen, moet natuurlijk de opinie der Fransche auteurs over de al of niet toepasselijkheid der rechtsmiddelen ten zeerste beïnvloeden. Voorbeelden daarvan vindt men b.v. bij Japiot blz. 355 vlg. en 361, en ook bij Garsonnet VII blz 233.

Een enkele algemeene opmerking dus slechts over de rechtsmiddelen in het algemeen in onze Nederlandsche verzoekschrift-procedure. Wanneer we nagaan de reden, die den wetgever heeft bewogen tot de instelling der rechtsmiddelen, dan zien we, dat daarvan het motief is geweest: het geven van waarborgen voor de juistheid van een beslissing (de rechter weet, dat zijn uitspraak in hoogere instantie beoordeeld kan worden),

[1]) Cf. Japiot blz. 358 vlgg.
[2]) blz. 358.

en vooral waarborgen voor de mogelijkheid van verbetering van een eenmaal gegeven onjuiste beslissing. Dit motief nu geldt evengoed voor de zaken, bij verzoekschrift, als voor die, welke bij dagvaarding worden begonnen.

Wel zal de wet hier vaker reden hebben, om de toepasselijkheid der rechtsmiddelen uit te sluiten, dan in gewone processen, daar het hier dikwijls zeer eenvoudige zaken geldt; en dat is dan ook in onze wet herhaaldelijk geschied. Verder is er hier, juist in de juridisch minst lastige quaesties, vaak een vraag van doelmatigheid in het spel, die veel beter kan opgelost worden door den lageren, plaatselijken rechter, dan door den appèl- of cassatierechter. Die staat immers veel verder van de justiciabelen af, en is daardoor te weinig in de gelegenheid zich op de hoogte te stellen van hun belangen. Vandaar, dat bij tal van bepalingen, vooral van familierechtelijken aard, het hooger beroep enz. wordt uitgesloten.

Maar in die gevallen, waarin de wet zoo'n reden tot uitsluiting niet aanwezig heeft geacht, is er, dunkt mij, geen enkele reden om in het algemeen de mogelijkheid van toepassing der rechtsmiddelen te betwisten. Voor de speciale argumenten, bij de verschillende rechtsmiddelen in het bijzonder, verwijs ik verder naar de volgende paragrafen.

In Frankrijk komt de literatuur in het algemeen tot een andere conclusie. Ze neemt aan, hetzij dat rechtsmiddelen absoluut zijn uitgesloten [1]), hetzij dat uitzonderingen mogelijk zijn, maar dat ze toch als regel niet toepasselijk zijn, althans voor de zaken van vrijwillige rechtspraak [2]).

[1]) Aldus b.v. Cuche, Petit traité de procédure N°. 262.

[2]) Aldus b.v. Japiot blz. 355 vlg., op den enkelen algemeenen grond, dat in zaken van vrijwillige rechtspraak bestaat de action en nullité; Garsonnet VII blz. 229 vlgg. en 251, alwaar ook een literatuur-opgave.

§ 28. Hooger beroep.

Jurisprudentie:

1. H.R. 29 Mei 1840 W. 107.
2. H.R. 7 Jan. 1841 v. d. H., B: R. 2 blz. 1.
3. Hof Groningen 28 Dec. 1848 N.R. 31 blz. 449.
4. H.R. 23 April 1857 W. 1849.
5. Rb. Hoorn 11 Mei 1859 W. 2127.
6. H.R. 13 Nov. 1863 W. 2536.
7. H.R. 17 Mei 1866 W. 2810.
8. Hof Z. Holland 30 Mei 1870 W. 3223.
9. Hof Overijsel 1 Mei 1871 W. 3331.
10. H.R. 15 Febr. 1878 v. d. H., B. R. 43 blz. 88.
11. H.R. 4 Mei 1882 N. R. 131 blz. 3.
12. Hof Leeuwarden 10 Dec. 1884 W. 5215.
13. Hof Leeuwarden 9 Jan 1888 W. 5507.
14. H.R. 17 Febr. 1888 W. 5523.
15. H.R. 27 Juli 1888 W. 5631.
16. Hof Leeuwarden 7 Nov. 1888 P. v. J. 1888.147.
17. Hof Amsterdam 18 Sept. 1891 W. 6105.
18. H.R. 20 Sept. 1891 W. 6117.
19. Hof den Haag 4 Nov. 1891 W. 6119.
20. H.R. 14 Jan. 1892 W. 6149.
21. H.R. 1 Juli 1892 W. 6219.
22. H.R. 16 Sept. 1892 W. 6241.
23. H.R. 9 Febr. 1893 W. 6303.
24. Hof den Haag 16 Oct. 1893 P. v. J. 1894. 9.
25. Hooggerechtshof Ned. Ind. 8 Dec. 1893 W. 7354.
26. H.R. 4 Jan. 1895 W. 6612.
27. Hof Amsterdam 22 Maart 1895 W. 6681.
28. H.R. 28 Maart 1895 W. 6644.
29. Hooggerechtshof Ned. Ind. 29 Aug. 1895 W. 6762.
30. Hof Arnhem 9 Dec. 1896 W. 6939, cass. verw. bij:
31. H.R. 19 Maart 1897 W. 6942.

32. Hof den Haag 22 Dec. 1897 W. 7069.
33. Hof Arnhem 14 Febr. 1900 W. 7427.
34. Hof Leeuwarden 14 Febr. 1900 W. 7430, cass. verw. bij:
35. H.R. 22 Juni 1900 W. 7468.
36. H.R. 7 Juni 1901 W. 7615.
37. Hof Arnhem 11 Dec. 1901 W. 7759.
38. Hof Arnhem 18 Jan. 1906 W. 8532.
39. Rb. Utrecht 21 Febr. 1906 W. 8404.
40. H.R. 30 Juli 1906 W. 8405.
41. H.R. 8 April 1909 W. 8856.
42. H.R. 17 Aug. 1909 N.R. 212 blz. 357.
43. Rb. Amsterdam 31 Dec. 1909 W. 8955.
44. Rb. Amsterdam 31 Jan. 1910 W. 8955.
45. Rb. Leeuwarden 24 Maart 1910 W. 8994.
46. Rb. den Bosch 6 Mei 1910 W. 9022.
47. Hof Amsterdam 31 Mei 1910 W. 9128.
48. Hof den Haag 27 Juni 1910 W. 9103.
49. H.R. 14 Oct. 1910 W. 9066.
50. H.R. 10 Nov. 1910 W. 9085.
51. H.R. 26 Mei 1911 W. 9212.
52. H.R. 14 Juli 1911 W. 9223.
53. H.R. 25 Juli 1911 W. 9250.
54. Hof Amsterdam 24 Febr. 1914 W. 9602.
55. H.R. 15 Juni 1914 W. 9691.
56. H.R. 19 Juni 1914 W. 9738.
57. Hof den Haag 10 Sept. 1915 W. 9862, vern. bij:
58. H.R. 2 Dec. 1915 Ned. Jur. 1916 blz. 142.
59. Hof den Haag 16 Nov. 1915 W. 9882.
60. Hof Amsterdam 14 Febr. 1916 W. 9973, cass. verw. bij:
61. H.R. 28 Apr. 1916 Ned. Jur. 1916 blz. 569.
62. H.R. 27 April 1916 W. 9978.

I. Toepasselijkheid van het rechtsmiddel van hooger beroep.

Een zeer groote jurisprudentie is er in ons land ontstaan over de vraag, of van beschikkingen op verzoekschriften het hooger beroep is toegelaten. Voor een gansche reeks van gevallen heeft onze rechter moeten uitmaken, of het gebruik maken van het hooger beroep geoorloofd was, en hoewel daarbij natuurlijk de meeste argumenten geput werden uit bijzondere wetsbepalingen, die alleen betrekking hebben op een bepaald soort van verzoekschriften, vindt men in die beslissingen toch ook enkele argumenten van meer algemeene strekking.

In onze wet is een uitdrukkelijk gegeven oplossing van de gestelde vraag niet te vinden. Wèl geeft ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een bepaling over het hooger beroep van beschikkingen op verzoekschrift, n.l. art. 345 (één der weinige artt., die de behandeling der request-procedure regelen). Maar de jurisprudentie heeft terecht uitgemaakt, dat dit art. voor de quaestie der al of niet toelaatbaarheid geen beteekenis heeft. Het regelt immers alleen de vormen en termijnen voor het instellen van het appèl, maar zegt niet, in welke gevallen het rechtsmiddel toepassing kan vinden. In dien zin is o.a. beslist bij de boven aangehaalde arresten van den H. R. n°s. 4, 36, 52 en verder bij de n°s. 9, 13, 19, 54.

Buiten de wet om zullen we naar gronden moeten zoeken om de quaestie der appellabiliteit te beslissen.

De jurisprudentie is niet eenstemmig, al meen ik te mogen zeggen, dat in den laatsten tijd de H. R. schijnt uit te gaan van den regel, dat bij beschikkingen op request in het algemeen hooger beroep toegelaten is. Waar ons hoogste rechtscollege in de laatste jaren een algemeene uitspraak gegeven heeft over de vraag, die ons bezighoudt, is die steeds geweest in het voordeel der appel-

labiliteit. Men zie de n°s. 51 en 52, beide van het jaar 1911, en van nog nieuweren datum de n°s. 56 en 62 (1916). N°. 51 wijst het appèl van een beschikking krachtens art. 94 K. af, op grond van de strekking van dat artikel (dat n.l. den meest mogelijken spoed vereischt, en dus geen langdurige appèl-procedure toelaat), maar overweegt, „dat in het algemeen beschikkingen op verzoekschrift niet als zoodanig onvatbaar zijn te achten voor hooger beroep." N°. 52 laat hooger beroep toe van de benoeming van een curator over een onbeheerde nalatenschap. N°. 62 beslist, dat, nu de wet niet uitdrukkelijk het gebruik der gewone rechtsmiddelen uitsluit, appèl van beschikkingen krachtens art. 76*c* j°. 63 van de Armenwet is toegelaten (evenzoo conclusie O. M. bij n°. 59), en n°. 58 zegt uitdrukkelijk, dat hooger beroep van beschikkingen op verzoekschrift is toegelaten.

Gaan we nu de gronden na, die onzen rechter bewogen hebben een beslissing in den eenen of anderen zin te geven, dan vinden we natuurlijk in verreweg de meeste gevallen tal van speciale argumenten, om voor een bijzonder soort van beslissingen de mogelijkheid van hooger beroep al of niet aan te nemen. Al die argumenten te vermelden, die van weinig of geen algemeen belang zijn zou mij veel te ver in detailquaesties doen afdalen. Zoo bestaat er b.v. een groote jurisprudentie over de toepassing van art. 415 B. W., welk artikel het hooger beroep van voogdbenoemingen regelt, maar die zal ik verder terzijde laten, om mij te beperken tot die beslissingen, welke een algemeene strekking hebben, en argumenten bevatten, waardoor de oplossing van het vraagstuk in het algemeen mogelijk wordt.

Blijkens art. 345 mag in ieder geval al worden geconstateerd (voor zoover dat nog noodig mocht zijn), dat de wetgever gerekend heeft met de mogelijkheid van het hooger

beroep bij de rechtspraak op verzoekschriften (aldus ook de n°s. 7, 48, 52, 58). Bedenken we nu verder, dat we in de vorige paragrafen tot de conclusie gekomen zijn, dat in het algemeen, dus voor zoover de wet het niet uitdrukkelijk anders bepaalt, de rechtsmiddelen even goed op de verzoekschriftprocedure toepasselijk zijn, als bij het gewone proces, en dat art. 53 R.O. de arr. rechtbanken beschouwt als in eersten aanleg rechtsprekend, behoudens uitzonderingen, dan lijkt mij voor ons recht de beslissing niet moeilijk. Het middel van hooger beroep is toepasselijk ook in de request-procedure, voor zoover de wet het niet uitdrukkelijk uitsluit[1]).

Onze jurisprudentie, voorzoover ze het met dit standpunt eens is, beroept zich natuurlijk ook in de eerste plaats op het beginsel der twee instanties, neergelegd in art. 53 R.O. Men zie de n°s. 7 (waar het betrof een machtiging van een gehuwde vrouw krachtens art. 169 B.W.), 22 (benoeming van een voogd), 48 (opheffing van een curateele) en het boven reeds besproken n°. 52. En ook in n°. 18 vinden we een dergelijke redeneering terug. Het gold daar de benoeming van een voogd, tegen wiens benoeming door den vader van den minderjarige was geprotesteerd. De H.R. erkende nu de mogelijkheid van hooger beroep, omdat de rechten van anderen dan den voogd erbij waren betrokken.

Het spreekt wel van zelf, dat dit beroep op art. 53 R.O. niet alle colleges heeft kunnen bevredigen. Waar we reeds in de vorige paragrafen zagen, hoe zeer onze rechters dikwijls hechten aan de woorden der wet, is het niet te verwonderen, dat men ook nu weer gevallen is over het woord „rechtsvorderingen" in het bedoelde

[1]) Aldus ook Kirberger, Hooger beroep van voogdij-benoemingen, in Tijdschrift voor Privaatrecht, Notariaat en Fiscaalrecht 1900 blz. 110.

art. en in de correspondeerende artt. 38 vlgg. R.O. Aldus uitdrukkelijk het Hof te Leeuwarden in 1888 (zie n°. 13, waar het gold een bevelschrift door den kantonrechter te geven krachtens de Successiewet). In een geheel gelijksoortige zaak heeft de H.R. wel de niet-ontvankelijkverklaring van het hooger beroep bevestigd, maar op grond, dat het hier niet gold een burgerlijke zaak, en met erkenning, dat het beginsel van art. 53 hier evengoed geldt (zie n°. 14). Eveneens heeft de H.R. reeds bij zijn bovenaangehaald arrest n°. 7 aangenomen, dat met „rechtsvorderingen" in art. 53 gelijk staan allerlei andere vorderingen, waarbij de rechten van derden kunnen worden verkort.

Een opvatting, als die van het Hof te Leeuwarden, die dus hooger beroep uitsluit voor alle gevallen van verzoekschriften, die niet zijn een „rechtsvordering", schijnt ook gehuldigd te worden door den H. R. in zijn arrest van 1863 (n°. 6), dat het hooger beroep tegen een beschikking volgens art. 94 K. uitsluit, omdat de Wet op de Rechterlijke Organisatie zwijgt over het appèl van dergelijke handelingen van den kantonrechter. In dien geest spreekt ook het Hof te Arnhem in 1900 (n°. 33) van niet-toepasselijkheid van het appèl tegen alle beschikkingen van den president der rechtbank „buiten eigenlijk rechtsgeding", terwijl ook J. W(olterbeek) M(uller) in zijn aanteekening onder n°. 51 schijnt te meenen, dat de H. R. de opinie huldigt, dat van alle machtigingen enz. geen hooger beroep open staat [1]).

Wat hebben we nu van deze opvatting te denken, die dus het hooger beroep in het algemeen wil toelaten,

[1]) Aldus ook Rechtsgeleerde adviezen VII blz. 117 vlg. Zie verder de nos. 5 en 32 in dien zin. No. 57, dat het appèl van een benoeming van een curator over een onbeheerde nalatenschap uitsluit, beroept zich ook op het voluntaire karakter der beslissing, maar daarnaast op het spoedeischende der zaak.

waar het eigenlijke, en wil uitsluiten, waar het vrijwillige rechtspraak geldt? Het beroep op de woorden van art. 53 („rechtsvorderingen") gaat natuurlijk niet op; de onzekere terminologie mag niet de basis zijn voor een zoo gewichtige inbreuk op het beginsel der twee instanties. Nu wijst verder reeds n°. 7 er op, dat door handelingen van vrijwillige rechtspraak zeer goed de rechten van verschillende personen kunnen worden verkort, en het schijnt mij dan ook niet gerechtvaardigd, om zonder uitdrukkelijke wetsbepaling het hooger beroep uit te sluiten en zoo, buiten de wet om, een uitzondering te maken op het beginsel van art. 53 R. O. Zoo meen ik mij dus te moeten stellen op het standpunt der in beginsel onbeperkte appellabiliteit.

Als argument tegen de mogelijkheid van het hooger beroep in het algemeen, dus zelfs in zaken van eigenlijke rechtspraak, waar die op verzoekschrift worden begonnen, wordt vaak een beroep gedaan op het ontwerp 1865 [1]), dat in art. 30 van Titel IV Boek III spreekt van het hooger beroep van beschikkingen op request „wanneer de wet dit toestaat". Het spreekt echter van zelf, dat dit nooit eenig bewijs kan opleveren voor de juistheid eener manier van uitleggen van onze wet.

Eindelijk zal ook een enkele malen gebruikt argumentum a contrario uit enkele wetsartikelen, die uitdrukkelijk het hooger beroep toelaten [2]), niet kunnen opgaan. Vooreerst toch is het, waar het onderwerp nergens uitdrukkelijk geregeld is, niet verwonderlijk, dat de wet hier en daar de mogelijkheid nog eens vaststelt, en verder: er zijn evenveel bepalingen te vinden, waar het hooger

[1]) In dien zin het antidotaal request bij n°. 48; v. Rossem, aant. 2 op art. 345. De weerlegging van diens opvatting, die grootendeels op dezelfde argumenten steunt, als het arrest van Hof Leeuwarden, onder n°. 13 vermeld, en boven besproken, ligt reeds in den tekst.

[2]) Men zie o. a. het antidotaal request bij n°. 48; verder n°. 32 e. a.

beroep wordt uitgesloten, en daaruit blijkt dus wel, dat men uit die bepalingen, als 438 vlg. B.W., die het appèl toelaten, geen argument kan putten. In dien geest ook n°. 48.

Behalve de reeds besproken vonnissen en arresten, wijs ik verder nog op de volgende beslissingen, die hooger beroep in het algemeen toelaatbaar achten: n°. 20 (betreffende een voogdbenoeming), 23 (weigering door den ambtenaar van den burg. stand een huwelijk te voltrekken op grond van vroeger overspel tusschen beide partijen), 39 (opheffing eener curateele), 51 (een beschikking krachtens art. 94 K.) en 62. In tegengestelden zin, en eveneens zonder verder nieuwe argumenten aan te voeren, zijn gewezen de n°s. 5 en 21 (beide betreffende een voogdbenoeming), en n°. 32 (waar het gold een verlof tot een conservatoir beslag tegen een debiteur zonder bekende woonplaats in het Koninkrijk). Eindelijk kan misschien een steun voor de hier bestreden opvatting te vinden zijn in de n°s. 40 en 50, die beide de toelaatbaarheid van het hooger beroep tegen de opheffing eener curateele uitsluitend afleiden uit speciale wetsbepalingen, zonder van eenigen algemeenen regel te reppen. In denzelfden geest is ook n°. 59, dat voor beschikkingen krachtens art. 76 *c*. Armenwet hooger beroep uitgesloten acht, op grond der speciale vereenvoudigde procedure, in de Armenwet voorgeschreven [1]). Evenzoo voor het geval der artt. 82 en 83 K. de n°s. 60 en 61.

In Frankrijk komt de literatuur meestal tot de conclusie, dat hooger beroep niet is toegelaten, tenzij de wet het zelf zegt, een conclusie, die b.v. ook door Japiot wordt gedeeld, en wel op de volgende gronden: Appèl is alleen daar mogelijk, waar een twistgeding is; de beschik-

[1]) In anderen zin voor die quaestie de conclusie van het O. M. en de H. R. in n°. 62.

kingen van vrijwillige rechtspraak missen de kracht van gewijsde zaak (er kan dus toch altijd op worden teruggekomen), en er bestaat de mogelijkheid van het instellen eener action principale en nullité (waardoor dus ook derden nooit door zoo'n beschikking kunnen worden benadeeld). Waar deze laatste actie bij ons niet bestaat, en het ontbreken van het gezag van gewijsde op zijn minst dubieus is, is het belang van deze opvatting der Fransche auteurs voor ons niet heel groot [1]).

Ten slotte één opmerking naar aanleiding van het hooger beroep van interlocutoire beschikkingen tijdens de behandeling van een verzoekschrift. Als hooger beroep tegen de eindbeschikking openstaat, is dat ook het geval tegen die incidenteele beslissingen. Aldus is b.v. beslist door den H. R. (n°. 23) in een merkenzaak. Het appèl kan dan worden ingesteld afzonderlijk, vóór de eindbeslissing [2]). Zie verder hierboven bij de bespreking der incidenten, en bij de cassatie.

II. Instelling van het beroep bij verzoekschrift (art. 345[1] Rv.).

Art. 345 bepaalt uitdrukkelijk: „Het hooger beroep van beschikkingen op requesten wordt bij den hoogeren regter insgelijks bij requeste aangebragt".

Dit artikel spreekt zoo duidelijk als maar mogelijk is: als de zaak in eerste instantie bij verzoekschrift begon, moet dat in hooger beroep ook geschieden. Toch is over dat instellen van het hooger beroep een omvangrijke jurisprudentie ontstaan, en wel naar aanleiding van deze quaestie: wat bedoelt de wet met „beschikking op request"? Vallen daar onder b.v. ook die gevallen, waarin het geldt eigenlijke rechtspraak of alleen de zaken van

[1]) Zie verder Japiot blz. 362—364; Garsonnet VII blz. 229—233, 256 vlg.
[2]) Cf. verder du Mosch blz. 408.

vrijwillige rechtspraak, zoodat dus bij de eerste categorie het appèl bij dagvaarding moet geschieden? In dezen laatsten zin wordt waarschijnlijk het artikel geïnterpreteerd door twee oude arresten van den H. R. n.l. de n°s. 1 en 2, die de toepasselijkheid van art. 345 willen beperken, zooals n°. 1 het uitdrukt: „tot die verzoeken, die niet alleen bij een verzoek zijn aangebracht, maar waarop ook bij een beschikking wordt recht gedaan", terwijl er dus niet onder vallen „die, waarin na verhoor van partijen .... vonnis wordt gewezen". Deze uitdrukkingen, evenals die van het tweede arrest (dat o. a. spreekt van „machtigingen of andere eenvoudige beschikkingen"), schijnen te wijzen op een beperking van art. 345 tot de niet-contradictoire verzoekschrift-procedures [1]).

Veel vaker vindt men een andere opvatting, die echter zeer nauw verband houdt met de voorgaande, ja, er gewoonlijk geheel mee verward wordt. Zooals we reeds dikwijls hebben geconstateerd, vindt men in onze wet tal van gevallen, waar de wet een procedure wel doet aanvangen bij een verzoekschrift, maar de beslissing toch „vonnis" noemt, b.v. de ontzetting uit de voogdij, de onder-curateelestelling enz. Vallen nu dergelijke beslissingen ook onder art. 345, of moet het hooger beroep van die „vonnissen" bij dagvaarding worden begonnen?

Het is hier niet de plaats, om diep op alle vragen en argumenten, die hier ter sprake kunnen komen, in te gaan. Ik zal met een korte vermelding der voornaamste punten moeten volstaan en de quaesties van te specialen aard laten rusten.

a. Ontzetting uit de voogdij. Hierover bestond oudtijds een groote rechtspraak, waarop ik echter nu niet meer behoef in te gaan, daar ze sinds de invoering

[1]) In dien zin ook soms de curateele-jurisprudentie b.v. conclusie O. M. bij n°. 11.

der Kinderwetten haar belang vrijwel geheel verloren heeft. In de nieuwe redactie immers der artt. 438 vlgg. wordt herhaaldelijk gesproken van de „beschikking", waarbij de voogd wordt afgezet (zie b.v. art. 439 B. W.)[1]), waardoor de quaestie nu is beslist. Ook het hooger beroep zal dus steeds bij verzoekschrift moeten worden ingesteld. Ik meen dus te kunnen volstaan met voor die oude jurisprudentie te verwijzen naar de opsomming in den 2^den^ druk van Léon's Rechtspraak en de vervolgen daarop (op art. 430 en 438 vlgg.).

b. Onder-curateelestelling. Van veel meer belang is de nog actueele vraag, of het hooger beroep van het „vonnis" van onder-curateelestelling bij request moet worden ingesteld of bij dagvaarding. Het staat vast, dat de procedure in eerste instantie begint bij een verzoekschrift (zie o. a. de artt. 493 en 494 B. W.). Maar de moeilijkheid ontstaat, doordat de wet herhaalde malen spreekt van het „vonnis", dat op dat verzoekschrift wordt gewezen (men zie o. a. de artt. 496 en 498 B. W.). Voor wie met mij van meening is, dat aan de terminologie der wet weinig waarde mag worden gehecht, daar ze zoo onzeker is, en dikwijls dezelfde beslissing nu eens „vonnis", dan weer „beschikking" noemt, en die dus in art. 345 veel meer den nadruk er op leggen, dat de procedure in eerste instantie met een verzoekschrift begint, dan dat er een „beschikking" wordt gegeven, bestaat die moeilijkheid eigenlijk niet. Maar onze rechtspraak, die nog al eens groot gewicht hecht aan de woordenkeus der wet, komt hier voor een conflict te staan, dat echter gewoonlijk in den juisten zin wordt opgelost. Men kan zeggen, dat het vrijwel constante jurisprudentie is, dat het hooger beroep tegen een onder-curateelestelling bij request moet worden aangevangen.. Men zie in dien

[1]) Toch spreekt ook nu de wet nog een enkele maal van „vonnis" van ontzetting, zie b v. art. 438 *b*[3] B. W.

zin de n°s. 3, 11, 16, 17, 24, 27, 28, 34, 35, 37. In anderen zin zijn slechts gewezen de n°s. 8 en 12.

Als argumenten tegen het hooger beroep bij verzoekschrift vindt men gewoonlijk aangewend:

1°. het woord „vonnis" in art. 496 B. W. Aldus de n°s. 8 en 12, en ook het request bij n°. 34.

Hiertegen wordt terecht door vele vonnissen aangevoerd, dat uit art. 490 en 494 genoegzaam blijkt, dat het hier toch eigenlijk slechts geldt een beschikking op een verzoekschrift, dus heel iets anders dan een gewoon vonnis in een eigenlijk proces. Aldus n°s. 11, 16, 24, 34, 35, 37.

2°. de personen, die gehoord zullen worden, worden dikwijls bij dagvaarding opgeroepen, en dan wordt het geding dus een gewone procedure op dagvaarding ter openbare terechtzitting. Aldus o.a. de conclusie van het O. M. bij n°. 11.

Hiertegen kan natuurlijk worden aangevoerd, dat, al komt in den loop der behandeling een dagvaarding te pas, het geding daardoor niet van karakter kan veranderen. Verder blijft de te geven uitspraak toch een beslissing op het oorspronkelijk verzoekschrift, niet op de dagvaarding, waarbij personen tot een verhoor werden opgeroepen. In dien geest betoogt terecht de H. R. in n°. 35 [1]).

Vóór een verzoekschrift kan verder als voornaamste argument dienst doen de bepaling van art. 345 zelve, die als eenig criterium stelt, of het geding ter eerste instantie bij request is begonnen of niet, en, als dat wel het geval is, gebiedend voorschrijft, dat het hooger beroep ook bij verzoekschrift zal beginnen. Aldus de n°s. 28, 16, 17, 24, 27, 34.

Een enkele maal beroept onze jurisprudentie zich nog op

[1]) Zie vooral het uitvoerig betoog in de conclusie van advocaat-generaal Gregory.

art. 497 B. W., waaruit af te leiden valt, dat in hooger beroep dezelfde procedure gevolgd wordt als in eerste instantie. Aldus de n°s. 11, 34 en de conclusie O. M. bij n°. 35.

c. Faillietverklaring. De vraag, hoe het hooger beroep tegen de faillietverklaring moet worden begonnen, die vroeger onbeslist was, is nu uitgemaakt door de Faillissementswet (zie art. 8), maar het Wetboek van Koophandel bevatte dienaangaande geen bapaling. Daar de quaestie nu zonder belang is, bepaal ik mij tot de vermelding van twee tegenstrijdige beslissingen van het Indische Hooggerechtshof n.l. de n°s. 25 (dat een request vereischt acht) en 29 (dat het hooger beroep wil zien aangevangen bij dagvaarding).

Een moeilijkheid van eenigszins anderen oorsprong dan de voorgaande, is van meer recenten datum, en wel de vraag: hoe moet worden ingesteld het hooger beroep van een vonnis van den kantonrechter in zake het arbeidscontract? Ook hier zegt de wet niets, en reden tot twijfel bestaat er door de oogenschijnlijke tegenstelling tusschen art. 125*b* Rv., dat een verzoekschrift voorschrijft en art. 125*d*, waar gezegd wordt, dat de kennisgeving door den griffier aan de partijen van den dag der terechtzitting als dagvaarding geldt. Gewoonlijk wordt met een beroep op art. 125*a* (dat voor zoover niet uitdrukkelijk er van afgeweken wordt, de gewone procedure toepasselijk verklaart, ook op gedingen betrekkelijk tot een arbeidscontract) en op de geschiedenis van deze artt.[1]), beslist, dat hier toch in wezen is een geding op een dagvaarding. Aldus heeft zich een constante jurisprudentie gevestigd. Nadat twee kamers van de Amsterdamsche rechtbank tegenstrijdige vonnissen hadden gewezen (n°. 13 wilde appèl bij request, n°. 44 bij dagvaarding), is bij arrest van den H.R. van 1910 (n°. 49) het eerstgenoemde

[1]) Zie daarvoor H. P. de Wilde in W. 8979.

vernietigd, en dus beslist ten gunste van een dagvaarding. Aldus was reeds eerder beslist door de n°s. 45 en 46 en sindsdien is dit vaste jurisprudentie geworden.

Een dergelijke quaestie is natuurlijk ook gerezen naar aanleiding van het verzet en de cassatie tegen deze vonnissen (zie § 29 en 30).

III. Wie kan het hooger beroep instellen? Art. 345[2].

Op deze vraag wordt een antwoord gegeven door het tweede lid van art. 345, dat aldus luidt: „Hetzelve moet worden ingesteld door dengeen, die zoodanige beschikking heeft verkregen, binnen twee maanden na de dagteekening der beschikking, en binnen twee maanden na derzelver beteekening door de overige belanghebbenden."

Dat de persoon, die het verzoekschrift heeft ingediend, in geval van afwijzing kan opkomen tegen die beschikking, spreekt wel vanzelf. De wet geeft echter het recht van hooger beroep in dit art. ook aan „de overige belanghebbenden" en nu is de groote vraag, wie men daaronder heeft te verstaan. Een vrij groot aantal vonnissen, vooral uit de laatste jaren, heeft zich daarmede bezig gehouden.

Het meest voor de hand liggende, en m. i. ook juiste standpunt, wordt ingenomen door den H.R. in verschillende arresten, n.l., dat in het algemeen geen beantwoording van deze vraag mogelijk is. Voor ieder geval zal afzonderlijk, en met het oog op de bijzondere omstandigheden, moeten worden nagegaan, wie die door art. 345 bedoelde belanghebbenden zijn. De H.R. stelt zich op dit standpunt o.a. in de n°s. 36 (betreffende een machtiging krachtens art. 94 K., waarbij verder beslist werd, dat de geadresseerde geen belanghebbende is in den zin van art. 345 Rv.), 40 en 50 (beide betreffende de opheffing van een curateele

en beide beslissende, dat de curator wèl belanghebbende is). In het laatste arrest geeft de H.R. tevens nog één regel n.l., dat het belang niet behoeft te zijn een geldelijk belang.

Niettegenstaande dit alles, heeft men herhaaldelijk beproefd, een algemeen criterium te geven. Aldus b. v. de Pinto[1]), die van meening is, dat „belanghebbende" moet opgevat worden in den ruimen zin van ieder, die maar eenig belang bij de beschikking kan hebben. Deze opvatting is al onhoudbaar om de enkele reden, dat die personen eenvoudig niet bekend zijn, en dat dus een beteekening aan hen onmogelijk is. Daardoor zou dus de termijn van appèl, in 345[2] Rv. bedoeld, steeds door blijven loopen en zou zoo'n beschikking nooit in kracht van gewijsde gaan. Verder, als men ze wel kent, zou een dergelijke uitgebreide verplichting tot beteekening ontzaglijke kosten meebrengen, die bovendien niet op iemand anders te verhalen zijn[2]).

Van Rossem[3]) verdedigt de meening, dat onder belanghebbenden zijn te verstaan die personen, die in hun belang op het request zijn gehoord. Dus niet b. v. bij een onder-curateelestelling de bloedverwanten, want die worden in het belang van den curandus gehoord, maar alleen de curandus zelf. In dezen geest is ook het arrest van den H. R. n°. 36.

Ook tegen deze opvatting zijn echter gewichtige bezwaren in te brengen. Het is zeer wel mogelijk, dat iemand op een verzoekschrift niet is gehoord, maar daarom nog niet noodzakelijk hoeft te worden uitgesloten van het recht van hooger beroep[4]). Het is toch ook wel wat vreemd,

[1]) Handleiding Burgerlijke Rechtsvordering II, 1 blz. 474.

[2]) In dien geest ook van Rossem in een noot bij aant. 4 ad art. 345 Rv.

[3]) Zie aant. 4 ad art. 345.

[4]) Men zie b.v. het geval van de n°s. 52 en 58: het ging daar over de benoeming van een curator over een onbeheerde nalatenschap. Daarbij

de mogelijkheid van hooger beroep af te laten hangen van het al of niet hooren, en dus indirect van de willekeur van den rechter in eerste instantie. In dezen zin terecht n°. 55 met de beide uitvoerige requesten.

De jurisprudentie is, zooals reeds opgemerkt werd, verdeeld. Soms vindt men de opvatting, dat onder belanghebbenden geen anderen te verstaan zijn dan de partijen[1]). Deze opvatting, reeds moeilijk houdbaar met het oog op den tekst van art. 345 Rv., stuit bovendien af op het bezwaar, dat bij een verzoekschrift eigenlijk alleen de verzoeker partij is[2]).

De meening van van Rossem wordt door hem ondersteund met een beroep op de n°s 30 en 31, en men vindt ze b.v. ook terug in de conclusie van het O. M. bij n°. 50, die „onmiddellijk belang" eischt. Uitdrukkelijk in strijd met zijn opvatting is echter weer de H. R. in n°. 56.

Ook hier moet ik er wederom van afzien op speciale quaesties in te gaan, daar dit mij te ver zou voeren. Men vergelijke over vragen, als b.v. of de curator belanghebbende is bij een beschikking tot opheffing van een curateele, de n°s. 39, 40, 48 en 50 (alle in bevestigenden zin); voor de bloedverwanten, die gehoord worden bij de benoeming van een voogd, zie de n°s. 15, 26 en de straks reeds geciteerde n°s. 30 en 31 (alle ontkennend, dat ze onder „belanghebbenden" vallen). In denzelfden zin ook H.R. 14 Sept. 1893 W. 6395, en voor de onder-curateelestelling n°. 56.

---

schrijft de wet niet voor de erfgenamen te hooren, en dat was in dit geval dan ook niet gebeurd. Toch is het billijk, hen wèl als belanghebbenden te beschouwen, wat door den H. R. dan ook werd aangenomen. In dien geest ook de conclusie van het O. M. bij n°. 57.

[1]) Zie b.v. conclusie O. M. bij n°. 50. Vergel. ook § 30 (cassatie, waar echter art. 96 R. O. steun geeft aan deze opvatting).

[2]) Cf. de Pinto, Handleiding enz. II, 1 blz. 475.

IV. Behandeling van het hooger beroep. Verdere bepalingen.

Wat de verdere regels omtrent de behandeling van het hooger beroep betreft, vindt men in onze jurisprudentie enkele beslissingen aangaande speciale punten. De behandeling in het algemeen zal natuurlijk evenals in het gewone proces, vrijwel analoog zijn aan de behandeling in eerste instantie. Ik noem hier verder slechts enkele punten, waarover in onze rechtspraak quaestie is gerezen.

Beteekening van het hooger beroep (niet te verwarren met de beteekening van de beschikking in eerste instantie, waarvan in art. 345[2] sprake is) is niet noodig. In dien zin is beslist door den H. R. bij het arrest, vermeld onder n°. 10 (waar het gold een ontzetting uit de voogdij), op grond, dat geen enkele bepaling den verzoeker die verplichting oplegt, n.l. noch art. 345, noch 347 of 348, die in hooger beroep van beschikkingen op verzoekschriften niet toepasselijk zijn, noch art. 353 Rv.

Ik herinner hier ook nog eens aan de reeds eerder[1]) geciteerde beslissing, dat de formeele vereischten voor dagvaarding en conclusies hier niet gelden, daar ze bij geen wetsbepaling zijn voorgeschreven. Zie n°. 41. Voor de verplichte vertegenwoordiging in hooger beroep, zie onder § 19, en van Rossem aant. 5 ad art. 345.

Verder heeft de H. R. nog uitgemaakt, dat pleidooien in cassatie van verzoekschriften niet te pas komen (zie N°. 50).

Evenmin als die formeele eischen voor conclusies enz., zal in hooger beroep van verzoekschriften toepasselijk zijn de bepaling van art. 347, dat van weerszijden slechts ééne conclusie zal worden genomen. De leiding van de geheele procedure berust bij den rechter, die dus ook

[1]) Zie hierboven § 21.

niet gebonden is aan dergelijke voorschriften van formeelen aard. Aldus is ook beslist door den H. R. in 1909 bij n°. 42 (op den enkelen grond, „dat art. 347 niet inhoudt eenig voorschrift van voluntaire jurisdictie"), en dus weigerde de H. R. te casseeren een arrest van het Hof, waarbij op meerdere aanvullende verzoekschriften was acht geslagen.

Een belangrijk beginsel voor de rechtspraak in hooger beroep vindt men nog neergelegd in art. 348 Rv., dat, in verband met den regel van 141 Rv. voorschrijft, dat nieuwe exceptieve verdediging in hooger beroep niet mogelijk is; wèl daarentegen een nieuwe verdediging ten principale, mits dat nieuwe verweer niet in eerste instantie is gedekt.

We hebben reeds gezien, dat toepassing van art. 141 Rv. vaak onmogelijk is bij de behandeling van verzoekschriften, en dat zal dus ook het geval zijn met dit art., wanneer het beginsel onbillijk zou werken. Dat zou natuurlijk hoofdzakelijk het geval zijn in voluntaire zaken, en m. i. is dan ook art. 348 Rv. niet toepasselijk. Daar, waar de procesgang op de gewone lijkt (dus in zaken van eigenlijke rechtspraak), is het natuurlijk anders gesteld en kan art. 348 even goed worden toegepast als in de gewone procedure.

Meijers, in zijn noot bij n°. 53, bestrijdt deze opvatting. Volgens hem kan men ook in zaken, als die krachtens de artt. 9 en 10 der Merkenwet, niet spreken van een eigenlijk rechtsgeding. Daardoor is natuurlijk ook de toepasselijkheid van art. 348 volgens hem uitgesloten. Verder put hij een argument uit de woorden van de artt. 348 en 349, die door de uitdrukkingen „verweerder", „nieuwe weren", „veroordeeling in de kosten" enz. blijkbaar zouden slaan alleen op de dagvaardingprocedure. M. i. verwart Meijers hier weer de begrippen: procedure op dagvaarding en eigenlijke rechtspraak. Dat de artt. 348 vlg. niet toe-

passelijk zijn op de oneigenlijke rechtspraak heb ik boven reeds toegegeven, maar Meijers' betoog zegt niets ten nadeele van de toepasselijkheid dier artt. op verzoekschriftprocedures van eigenlijke rechtspraak [1]).

In onze rechtspraak is een algemeene beantwoording voor het geheele terrein der verzoekschriften niet te vinden. Toch pleiten de beslissingen onzer jurisprudentie voor mijn boven verdedigde opvatting, daar de twee beslissingen, die art. 348 Rv. toepassen, beide betreffen een merkenprocedure, dus een geval van eigenlijke rechtspraak (zie de n°s. 47, dat de beweerde niet-ontvankelijkheid van een nieuw verweer verwerpt, omdat het volgens het Hof een verweer ten principale was; en 53, waarbij de H.R. een arrest van het Hof casseert, omdat het Hof ten onrechte een verweer ten principale als gedekt had beschouwd). Daarentegen betrof de beslissing in tegengestelden zin van het Hof te Arnhem (n°. 38) een verzoekschrift ter verkrijging van het bevel tot verkoop van onroerende goederen volgens art. 1122 B. W., en dus een zaak van oneigenlijke rechtspraak. Het Hof wil dan ook wel de toepasselijkheid van art. 348 beperken, maar tot „eigenlijke rechtsgedingen", en m.i. beroept Meijers zich dan ook ten onrechte op dit arrest, als huldigend zijn opvatting.

Ook de verdere argumentatie van het Hof komt veel meer overeen met het hier geleverde betoog, dan met de opinie van Meijers.

Ten slotte zij nog vermeld, dat in n°. 8 terloops wordt beweerd, dat art. 348 niet op request-procedures van toepassing is.

§ 29. Verzet.

Jurisprudentie:

1. Rb. Leeuwarden 26 Nov. 1839 W. 99.

[1]) Zie verder du Mosch blz. 405 vlg.

2. Rb. Winschoten 22 Juli 1840 W. 119.
3. Hof Gelderland 5 April 1849 R. B. 1849 blz. 364.
4. Hof Overijsel 20 Aug. 1849 W. 1127.
5. Hof N. Holland 24 Febr. 1853 W. 1419.
6. Rb. Amsterdam 13 April 1853 R. B. 1853 blz. 544.
7. Hof N. Holland 6 Mei 1853 W. 1470.
8. Rb. Amsterdam 13 Sept. 1853 R. B. 1853 blz. 544.
9. Rb. Winschoten (sine dato) W. 2509.
10. Rb. Breda 14 April 1863 W. 2504.
11. Rb. Amsterdam 29 April 1884 W. 5096.
12. Hof Leeuwarden 10 Dec. 1884 W. 5215.
13. Rb. den Bosch 16 Jan. 1890 W. 5863.
14. Rb. Amsterdam 26 Aug. 1890 W. 5939.
15. Hof Amsterdam 28 Juni 1892 W. 6221.
16. Kgt. Dordrecht 14 Juni 1909 R. B. Arb. I blz. 7.
17. Kgt. Alkmaar 21 Dec. 1910 W. 9195.
18. Hof Amsterdam 24 Febr. 1914 W. 9602.
19. Rb. Zutfen 24 Juni 1915 Ned. Jur. 1915 blz. 748.

Na de uitvoerige behandeling van het hooger beroep, kunnen we ten aanzien der andere rechtsmiddelen veel korter zijn, daar hier dikwijls dezelfde of overeenkomstige quaesties voorkomen, waarvoor we dus kunnen volstaan met een verwijzing naar de vorige paragraaf.

Wat aangaat de toepasselijkheid van het verzet kunnen we om te beginnen opmerken, dat deze natuurlijk afhangt van die andere vraag, of bij request-procedures het verleenen van verstek mogelijk is. Voor een groote groep van verzoekschriftzaken spreekt het van zelf, dat dit niet het geval kan zijn: daar waar men niet heeft twee tegenover elkaar staande partijen, daar is ook onmogelijk het verleenen van verstek, en dus ook toepassing van het middel van verzet.

Twijfelachtig wordt de zaak echter voor die beschik-

kingen op verzoekschriften, die gevallen van eigenlijke rechtspraak betreffen. Dikwijls is het daarbij gelukkig uitdrukkelijk door de wet bepaald, b.v. art. 8 F. W., dat het verzet uitdrukkelijk regelt. Voor de merkenprocedure volgt het tegendeel uit het verband der artt. 20 en vlgg., vooral uit art. 12—13 der Merkenwet [1]). Maar ook, waar het niet bepaald is, zal dunkt mij, uit het feit, dat we hier even goed hebben twee partijen, die in contradictoir geding tegenover elkaar staan, volgen, dat voor de uitsluiting van het rechtsmiddel van verzet geen reden bestaat. In zaken van vrijwillige jurisdictie echter is, voor zoover de wet het niet anders bepaalt (zie b.v. art. 374*d*, 440 e.a. B.W.), verstekverleening en dus verzet uitgesloten. Terecht overweegt b.v. het Hof Amsterdam (zie n°. 15), dat bij de onder-curateelestelling verstek en verzet niet te pas komen, „omdat hier geen contradictoir geding bestaat".

De vraag over de toepasselijkheid van het verzet is in onze jurisprudentie bijna uitsluitend te pas gekomen naar aanleiding van de onder-curateelestelling en gewoonlijk is er beslist, dat daarbij, daar het een procedure op request is, geen verstek en verzet te pas komen. In dien zin de n°s. 1, 2, 4, 5, 7, 9, 12, 14, 15 en 19. In anderen zin werd beslist, voornamelijk op grond van het woord „vonnis" in art. 496 B. W. en van de tweedeelige procedure tot onder-curateelestelling [2]), door de n°s. 3, 6, 8, 10 en 11.

Terecht werd weer de mogelijkheid van verstek ontkend voor de procedure tot verbetering van acten van den burgerlijken stand, op grond, dat hier van geen eigen-

---

[1]) Zie verder du Mosch blz. 406 en noot 1).

[2]) Men vergel. de argumenten, opgenoemd op blz. 122 vlgg. (bij het hooger beroep van beschikkingen van curateele).

lijk gezegde tegenpartij sprake is, door het Hof te Amsterdam (n°. 18).

Een dergelijke opvatting, als hier verdedigd is, wordt ook in Frankrijk gehuldigd [1]).

Over de wijze van behandeling van het verzet vindt men in de wet geen enkele bepaling. Soms is het uitdrukkelijk geregeld, b.v. art. 8 F. W., maar anders zal het in het algemeen bij request moeten geschieden. Hier kunnen natuurlijk weer dergelijke quaesties rijzen, als bij hooger beroep, en dat is ook geschied ten aanzien van de faillietverklaring en de gedingen betreffende een arbeidscontract. Voor de eerste soort (die nu hun belang hebben verloren) beslist n°. 13 zonder nadere motiveering, dat het verzet bij dagvaarding moet geschieden. De tweede quaestie wordt natuurlijk geheel beheerscht door dezelfde argumenten, die ik reeds bij het hooger beroep vermeld heb (zie blz. 124 vlg). De n°s. 16 en 17 beslissen dan ook op de aldaar vermelde gronden, dat het verzet bij dagvaarding moet geschieden.

§ 30. Cassatie.

Jurisprudentie:

1. H. R. 24 Febr. 1859 W. 2042.
2. H. R. 20 Maart 1888 N. R. 148 blz. 293.
3. H. R. 20 April 1888 N. R. 148 blz. 380.
4. H. R. 24 Jan. 1898 W. 7076.
5. H. R. 1 April 1910 W. 8986.

Na wat ik in de vorige paragrafen heb gezegd, behoeft mijn antwoord op de vraag, of cassatie van beschikkingen op request in het algemeen mogelijk is, niet twijfelachtig te zijn. Trouwens ook de wet geeft goede

[1]) Zie Garsonnet dl. VII blz. 229 tegenover 232.

gronden voor deze meening. Art. 165 G. W. bepaalt, dat de Hooge Raad „de handelingen, beschikkingen en vonnissen van de leden der rechterlijke macht kan vernietigen en buiten werking stellen" enz. In overeenstemming daarmee regelen de artt. 428 en 429 Rv. dan ook de wijze van instellen van dat rechtsmiddel.

Toch moet hier één uitzondering gemaakt worden. De H.R. heeft uitgemaakt en terecht, dat van beschikkingen van den president der arr. rechtbank geen cassatie mogelijk is, en dat wel wegens de uitdrukkelijke woorden van het, nog niet in overeenstemming met de Grondwet gebrachte, maar toch nog steeds geldende, art. 95 R.O., dat de toepasselijkheid van de cassatie beperkt tot de handelingen der hoven, arr. rechtbanken en kantongerechten, en dat zwijgt over de beschikkingen van den president der rechtbank. Aldus n°. 4[1]).

Over het afzonderlijk instellen van cassatie tegen een interlocutoire beschikking in een merkenprocedure, zie du Mosch blz. 408 met de daar aangehaalde beslissingen.

De wijze van instellen van het beroep in cassatie wordt geregeld in de artt. 428 vlg. Rv., twee artikelen, die ingevoegd zijn bij de wetswijziging van 1876 (Wet van 26 Juni 1876 Stbl. 124). Evenals het hooger beroep moet ook het beroep in cassatie bij request worden aangebracht. Ook hier rijst weer dezelfde vraag als bij verzet en hooger beroep, op welke beschikkingen deze regel toepasselijk is. Voor het geding over een arbeidsovereenkomst is beslist, dat cassatie moet worden verzocht bij dagvaarding (n°. 5). Zie verder de vorige paragrafen.

Het tweede lid van art. 428 verklaart dan verschillende

[1]) Cf. ook de Pinto, Handleiding Rechterlijke Organisatie, 2e stuk blz. 218. Men zie verder nog n°. 3, uitmakend, dat op beschikkingen op request, door den kantonrechter in hoogste ressort gewezen, de beperkingen der cassatiebevoegdheid, voorkomende in art. 99[2] R.O., niet toepasselijk zijn, daar dat artikel alleen van „vonnissen" spreekt.

andere artt. toepasselijk o.a. ook het tweede lid van art. 345 Rv. Het beroep in cassatie kan dus worden ingesteld, niet alleen door den aanvrager der beschikking, maar ook door belanghebbenden. Ook hier rijzen dus weer dezelfde vragen, als bij het hooger beroep n.l., wie daaronder zijn te verstaan. Voor de verschillende opvattingen verwijs ik naar § 28. Alleen wijs ik op een paar beslissingen van den H.R. n.l. de n°s. 1 en 2. Beide betroffen ze een voogdbenoeming. Bij n°. 1 werd, met een beroep op art. 96 R.O. betoogd, dat onder „belanghebbenden" niemand anders te verstaan is dan partijen, en dat bloedverwanten, al zijn ze op het request gehoord, niet-ontvankelijk zijn in hun cassatieberoep. N°. 2 beslist daarentegen, dat de testamentaire voogd, die bij de voogdbenoeming door den kantonrechter was gepasseerd, en de toeziende voogd, wel zijn belanghebbenden, en dus bevoegd tot cassatie.

Art. 429 schrijft dan verder voor, dat het request in cassatie moet bevatten de middelen met vermelding der geschonden wetsbepalingen, en verklaart enkele artt., die de te geven beslissing regelen, ook hier toepasselijk (zie art. 421-424 Rv.).

Over de al of niet noodzakelijkheid van mondelinge toelichting en van verplichte vertegenwoordiging, zie de §§ 19 en 22, en de daar geciteerde jurisprudentie en literatuur.

§ 31. Derden-verzet.

Jurisprudentie:

1. Hof Z. Holland 5 April 1843 W. 389.
2. Hof Utrecht 6 Dec. 1847 R.B. 1848 blz. 66, vern. bij:
3. H.R. 2 Febr. 1849 W. 993.
4. Hof Amsterdam 24 Jan. 1911 W. 9360.

De artt. 377 vlgg. van het Wetboek van Burgerlijke

Rechtsvordering regelen het z.g. derden-verzet, een middel om tegen vonnissen op te komen, dat de wet verleent aan personen, die door een vonnis benadeeld worden en die in het geding noch partij, noch vertegenwoordigd, noch gevoegde of tusschenkomende partij zijn geweest.

Wanneer we ons de vraag stellen, of dit rechtsmiddel ook bestaan moet tegen beschikkingen op request, dan kan, als we vooral het oog houden op de ratio van deze artikelen, het antwoord niet twijfelachtig zijn. Ook door beschikkingen in een verzoekschriftprocedure kunnen derden benadeeld worden. Een ander middel om de nadeelige gevolgen van zoo'n beslissing weg te nemen, bestaat niet (zooals in Frankrijk de action en nullité[1]), dus schijnt het rationeel aan derden het middel van verzet toe te kennen. Een enkele maal heeft de wetgever dit ingezien en het uitdrukkelijk geregeld, n.l. bij de faillietverklaring (zie art. 10 F.W.)[2]).

Toch is de bevoegdheid van den derde in ons recht voor de verzoekschriftprocedure zeer betwist. Ja, de meerderheid der arresten en schrijvers willen van derdenverzet in deze materie niets weten. Men zie de beslissingen onder n°s. 1, 2 en 4 (die resp. betroffen: een machtiging krachtens art. 1122 B.W., de benoeming van een curator over een onbeheerde nalatenschap en een onder-curateelestelling). Als hoofdargumenten worden aangevoerd, dat art. 376 Rv. alleen spreekt van „vonnissen" (dus een zwak argument), en verder art. 377, dat het verzet doet aanvangen bij dagvaarding, en wel tegen allen, die partij zijn geweest in het geding. M. i. bewijst dit laatste alleen,

[1]) Vandaar dan ook, dat Fransche auteurs, althans in zaken van volun. taire jurisdictie, het derden-verzet uitgesloten achten; cf. Japiot blz. 360 vlg.; Garsonnet VII blz. 232.

[2]) Zie verder de bespreking dezer vraag in de Memorie van Toelichting bij het Ontwerp 1865 (Boek III titel II), waar op dezelfde gronden de wenschelijkheid wordt betoogd.

dat de wetgever in art. 377 niet aan de verzoekschrift-procedure heeft gedacht, maar dat hoeft nog geen reden te zijn, om het middel nu geheel uit te sluiten. In den geest van mijn opvatting luidt n°. 3, waarbij het arrest van het Hof te Utrecht wordt vernietigd. Men houde in het oog, dat deze twee beslissingen (n°s. 2 en 3) betrekking hebben op het Fransche recht (art. 494 van den Code de Procédure Civile).

In den zin van de meerderheid der jurisprudentie is ook de meening van van Rossem (aant. 4 ad art. 376 Rv.), die ook nog een beroep doet op het ontwerp 1865, dat het derden-verzet tegen beschikkingen op request uitdrukkelijk regelde (art. 4 Titel II Boek III). In denzelfden zin ook een uitvoerig betoog van Faure V blz. 429 vlg[1]).

§ 32. Request-civiel.

Jurisprudentie:

1. Rb. Rotterdam 23 Mei 1900 P. v. J. 190 0.78.
2. H. R. 14 Juni 1912 W. 9361.

Ook ten aanzien van het rechtsmiddel van request-civiel bestaat reden tot twijfel aangaande de toepasselijkheid in de procedure op verzoekschrift. Die twijfel is, evenals bij het middel van derden-verzet, gebaseerd op de woorden der wet, die in art. 382 vlgg. het request-civiel regelt. Art. 382 zegt n.l., dat het middel toegelaten is tegen „vonnissen op tegenspraak . . . . gewezen" en tegen „die, welke op verstek gewezen zijn", een formuleering, die inderdaad verreweg de meeste beschikkingen op verzoekschrift buitensluit. Men zou alleen de toepasselijkheid kunnen verdedigen voor enkele procedures van eigenlijke

[1]) Vergel. ook de Pinto, Handleiding Burgerlijke Rechtsvordering II, 1 blz. 510 vlg; Oudeman, Het Nederlandsche Wetboek van Burg. Rechtsvordering II blz. 48.

rechtspraak, maar ook daarvoor is het nog altijd dubieus. Zoo is b.v. voor het vonnis van faillietverklaring beslist (zie n°. 2), dat het niet valt onder de in art. 382 genoemde rubrieken [1]). Men houde daarbij echter in het oog, dat dit arrest de faillietverklaring beschouwt als oneigenlijke rechtspraak, en daarop zich ook uitdrukkelijk beroept. N°. 1 geeft dezelfde beslissing ten aanzien van het vonnis op een verzoek om surséance van betaling. Het overweegt echter, dat het art. niet toepasselijk is, omdat het hier niet geldt een „vonnis in een eigenlijk rechtsgeding gewezen" [2]).

---

[1]) In dien zin ook Molengraaff, de Faillissementswet verklaard, blz. 128 en 660 noot 1).

[2]) Tegen de toepasselijkheid ook van Rossem op art. 382.

VIJFDE HOOFDSTUK.

SLOTBESCHOUWINGEN.

§ 33. Kracht van gewijsde.

Na de bespreking der rechtsmiddelen behoorde nu te volgen een overzicht der verschillende meeningen aangaande de kracht van gewijsde der beschikkingen op verzoekschrift. Wordt aan den eenen kant de kracht van een rechterlijke beslissing bepaald door de al of niet mogelijkheid van aantasting door gewone en buitengewone rechtsmiddelen, aan den anderen kant schuilt één der voornaamste werkingen van het rechterlijk dictum in de z.g. kracht van gewijsde zaak. Daardoor toch maakt de wet het den rechter onmogelijk, om in dezelfde zaak terug te komen op een eens genomen beslissing. De rechterlijke uitspraken, anders dan de administratieve beslissingen, zijn onaantastbaar, en zelfs als ze onjuist zijn, niet voor een tweede behandeling vatbaar, indien de vereischten voor het instellen der rechtsmiddelen niet meer aanwezig zijn.

Nu ware het zeker een zeer belangwekkende taak te onderzoeken, in hoeverre de beslissingen op verzoekschriften, en speciaal, die in zaken van voluntaire jurisdictie, in dit opzicht gehoorzamen aan de regels voor gewone vonnissen gegeven, dan wel, of ze misschien door hun meerdere gelijkenis met administratieve beslissingen, kracht van gewijsde missen. Dat onderzoek zou echter, door de groote literatuur, die daarover bestaat, en vooral door de vele vraagstukken, die er mee in verband staan, te ver buiten het bestek van dit boekje gaan, vooral daar dit vraagstuk veel meer op materieel- dan op formeelrechterlijk terrein ligt.

§ 34. Slotbeschouwingen.

Wanneer we, aan het eind onzer beschouwingen over de behandeling van verzoekschriften, de gevonden resultaten overzien, dan zien we al spoedig, dat een algemeene regel aangaande die behandeling volgens ons geldend recht, bezwaarlijk ware te geven. Te zeggen, dat in het algemeen de bepalingen over de gewone procedure niet of wèl toepasselijk zijn op de rechtspraak op verzoekschriften, is onmogelijk. Sommige belangrijke beginselen van ons procesrecht gelden hier in het geheel niet; andere gelden slechts voor een gedeelte der bij verzoekschrift beginnende zaken; weer andere zijn hier evengoed geldig, als in het gewone proces.

Het eenige, wat kan worden geconstateerd, is, dat men, bij het bijna volkomen stilzwijgen der wet, te rade moet gaan met wat de aard der verzoekschriftprocedure meebrengt, en daarbij vaak zal hebben te onderscheiden tusschen de gevallen van eigenlijke en van oneigenlijke rechtspraak. Men zal dan zien, dat men niet te spoedig moet volstaan met maar eenvoudig te zeggen: de gewone regels zijn niet toepasselijk.

Ik heb gepoogd in de voorgaande hoofdstukken bij het vaststellen van mijn eigen meening zooveel mogelijk deze hoofdlijnen in het oog te houden. Men moge over het een of andere detailpunt anders denken, ik geloof, dat op deze wijze een vrij bevredigende oplossing te vinden is van deze reeks van quaesties, bij welker beantwoording de wet ons toch bijna geheel in den steek laat.

Herhaalde malen moest ik er op wijzen, hoe onze jurisprudentie soms de algemeene beginselen van onze rechtspraak slecht blijkt te verstaan, en, zich vastklampend aan de zoo onzekere terminologie der wet, zich laat verleiden, om maar al te gauw gewichtige beginselen op

zijde te zetten. Daardoor zijn vele verkeerde en hoogst onbillijke practijken ingeslopen, die toch bij een juist begrip van den aard der rechtspraak op verzoekschriften hadden kunnen worden vermeden. Juist, waar de wet hier aan de practijk geheel de vrije hand laat, is een schoone taak weggelegd voor hen, die trachten, zooveel mogelijk naar billijkheid beslissend, voor deze, steeds belangrijker wordende procedure, een juiste regeling te vinden.

§ 35. Jus constituendum.

Wat het jus constituendum aangaat, een algemeene regeling der behandeling van verzoekschriften zal ook voor den wetgever moeilijk zijn te geven door den zeer verschillenden aard der beschikkingen, die behooren tot de rechtspraak op request. Toch ware het wenschelijk, indien tenminste enkele der gewichtigste vraagpunten door een eenvoudige wetsbepaling konden worden uitgemaakt [1]). En dat vooral, nu, gelijk ik aan het slot van de eerste afdeeling van dit proefschrift reeds opmerkte, de verzoekschrift-procedure door haar steeds toenemende werkingssfeer, ook buiten haar oorspronkelijk terrein, de rol gaat vervullen van het summiere proces van vóór de wet-Hartogh.

Juist dit verschijnsel wijst er reeds op, waar de weg tot verbetering ligt. Vereenvoudiging en bespoediging van onze burgerlijke procedure, is aan de orde van den dag, en wanneer onze wetgevende macht er eens in mocht slagen, een herziening van ons burgerlijk procesrecht tot stand te brengen in dien geest, dan zouden in dat vereenvoudigde proces de vormen der huidige verzoekschriftprocedure wellicht een groote rol kunnen vervullen. De

---

[1]) B.v. in den geest van het nog te bespreken Ontwerp der Ned. Juristenvereeniging (zie § 36).

oplossing der moeilijkheden zou dan misschien hierin gelegen kunnen zijn, dat de gevallen van eigenlijke rechtspraak alle weer onder de gewone procedure worden samengebracht, en dat dan voor de voluntaire jurisdictie een rechtsgang zou worden vastgesteld, die algemeen zou gelden (behoudens natuurlijk de noodige wijzigingen ter aanpassing aan de behoeften van elk speciaal geval).

§ 36. De ontwerpen.

Wanneer we ten slotte, in verband met het voorgaande, eens nagaan de verschillende onrwerpen, die ter herziening van ons burgerlijk proces gemaakt zijn, dan kunnen we constateeren, dat het Ontwerp van den Vrijzinnig-Democratischen Bond, dateerend van 1911, en bevattend een herziening van het proces in alle instanties, benevens enkele bepalingen over de tenuitvoerlegging van vonnissen, met geen woord rept van verzoekschriften, en dus voor ons van geen belang is.

Gewichtiger voor ons is het Ontwerp der Ned. Juristenvereeniging, gepubliceerd eveneens in 1911, dat, hoewel beperkter van omvang (het regelt alleen het proces in eerste instantie), toch in enkele bepalingen de verzoekschriften vermeldt. Zoo regelt art. 11 de competentie tot het geven van beschikkingen op verzoekschriften en „andere" [1]) handelingen buiten rechtsgeding.

In Titel IX van het Eerste Boek krijgen we dan een regeling van de verzoekschrift-procedure in eersten aanleg, wel zeer beknopt, maar waarin toch enkele belangrijke beginselen worden vastgelegd (verplichte vertegenwoordiging, vereischten voor het inleidend verzoekschrift, verplichte motiveering van de beschikking, mogelijkheid van

[1]) Het art. gaat dus blijkbaar uit van de veronderstelling, dat de gevallen van verzoekschriften alle behooren tot de oneigenlijke rechtspraak.

veroordeeling in de proceskosten, „indien tegenspraak is gevoerd"). In deze paar artt. worden dus enkele der tegenwoordig meest betwiste vragen in den juisten zin opgelost.

Ook het Ontwerp 1865, dat ik reeds enkele malen citeerde, bevat een aantal bepalingen over de behandeling van verzoekschriften. Ook hier vindt men weer de vereenzelviging der begrippen: beschikking op request en oneigenlijke rechtspraak. Het ontwerp stelt steeds tegenover elkaar: „vonnissen in eigenlijk rechtsgeding" en „beschikkingen op verzoekschrift". Een kort overzicht der bepalingen, die op ons onderwerp betrekking hebben, moge hier volgen:

Boek I Titel I art. 12 laat nog eens uitdrukkelijk de competentieregeling over aan de bijzondere bepalingen. Titel VI, handelend over vonnissen, verstaat daaronder ook beschikkingen op verzoekschrift, en geeft dan in de eerste afdeeling bepalingen over vonnissen in rechtsgedingen, in de tweede over beschikkingen op verzoekschriften (motiveering vereischt, regeling der uitspraak, al of niet in het openbaar) en in de derde voorschriften, die aan beide soorten gemeen zijn (o.a. uitvoerbaarverklaring bij voorraad). Art. 13 van Titel X stelt ook voor verzoekschriften den eisch der verplichte vertegenwoordiging. Art. 1 van Titel XI geeft het algemeene voorschrift, dat bij alle vonnissen kostenveroordeeling mogelijk is, welke bepaling krachtens art. 1 van Titel VI ook op beschikkingen op request toepasselijk is.

Boek II, dat de procedure in eersten aanleg regelt, zwijgt over de request-procedure, maar in Boek III wordt uitdrukkelijk bepaald de toepasselijkheid van de rechtsmiddelen van verzet door derden (waarvan de Memorie van Toelichting uitvoerig de wenschelijkheid aantoont), van appèl en cassatie (waarvoor een iets uitgebreidere

regeling wordt gegeven, dan de artt. 345 en 428 vlg. Rv. bevatten). Request-civiel (hier geheeten: herroeping van vonnissen wegens bedrog of valschheid) wordt uitdrukkelijk uitgesloten. In verband met de toelating van het derden-verzet wordt het hooger beroep beperkt tot partijen.

STELLINGEN.

I.

De vordering tot vermindering van levensonderhoud (art. 281[2], 380 B.W.) behoort bij dagvaarding te worden ingesteld.

II.

Voor de eigendomsoverdracht van onroerend goed geldt in ons recht een abstract systeem.

III.

Art. 967[2] B. W. brengt niet mede, dat de schuldeischers eener beneficiair aanvaarde nalatenschap verhaal hebben op het bedrag, dat op schenkingen is ingekort. (Anders Asser—Meyers blz. 176 vlgg.).

IV.

Wanneer een arbeider door oproeping bij de mobilisatie verhinderd is, den bedongen arbeid te verrichten, kan hij desniettemin gedurende een korten tijd zijn loon vorderen. (Anders Kgt. Leeuwarden 19 Juni 1915 W. 9909).

V.

Art. 1302 B. W. is niet toepasselijk op vennootschappen.

VI.

De z.g. cautio indiscreta levert voldoende bewijs op.

VII.

De vrouw kan bij gemeenschap van winst en verlies niet, bij gemeenschap van vruchten en inkomsten daarentegen wèl, in het faillissement van haar man opkomen als creditrice, op den enkelen grond, dat de door haar aangebrachte goederen niet meer aanwezig zijn.

VIII.

De procedure over een arbeidsovereenkomst (art. 125*a* vlgg. Rv.) is, ten aanzien van de toepassing der rechtsmiddelen, te beschouwen als een procedure op dagvaarding.

IX.

Schuld is ook bij overtredingen een vereischte voor de strafbaarheid.

X.

Indien een kerkhof is een afgesloten geheel, en van den openbaren weg en de aangrenzende perceelen geheel is afgescheiden, valt het onder het begrip „besloten erf" in art. 138 Sr.

XI.

Het aanbieden ten verkoop van een goed valt niet onder het begrip: „toeeigening" in art. 321 Sr.

XII.

Art. 48 Gemeentewet bedoelt niet te zeggen, dat het vereischte aantal leden moet aanwezig zijn in de vergaderzaal, laat staan deelnemen aan de stemming.

XIII.

Art. 10 van de Wet op den Staat van Oorlog en Beleg verklaart wel het militair gezag bevoegd tot het maken van nieuwe politieverordeningen, doch verbindt daaraan niet het verlies dier bevoegdheid voor het bestuur der in staat van oorlog verklaarde gemeente.

XIV.

Het enkele feit, dat een onderwijzer den pensioengerechtigden leeftijd heeft bereikt, mag geen reden zijn tot zijn ontslag.

