



# **Cautio judicatum solvo, art. 152, 153 jo 616-619 Wetb. v. Burg. Rechtsv.**

<https://hdl.handle.net/1874/234866>

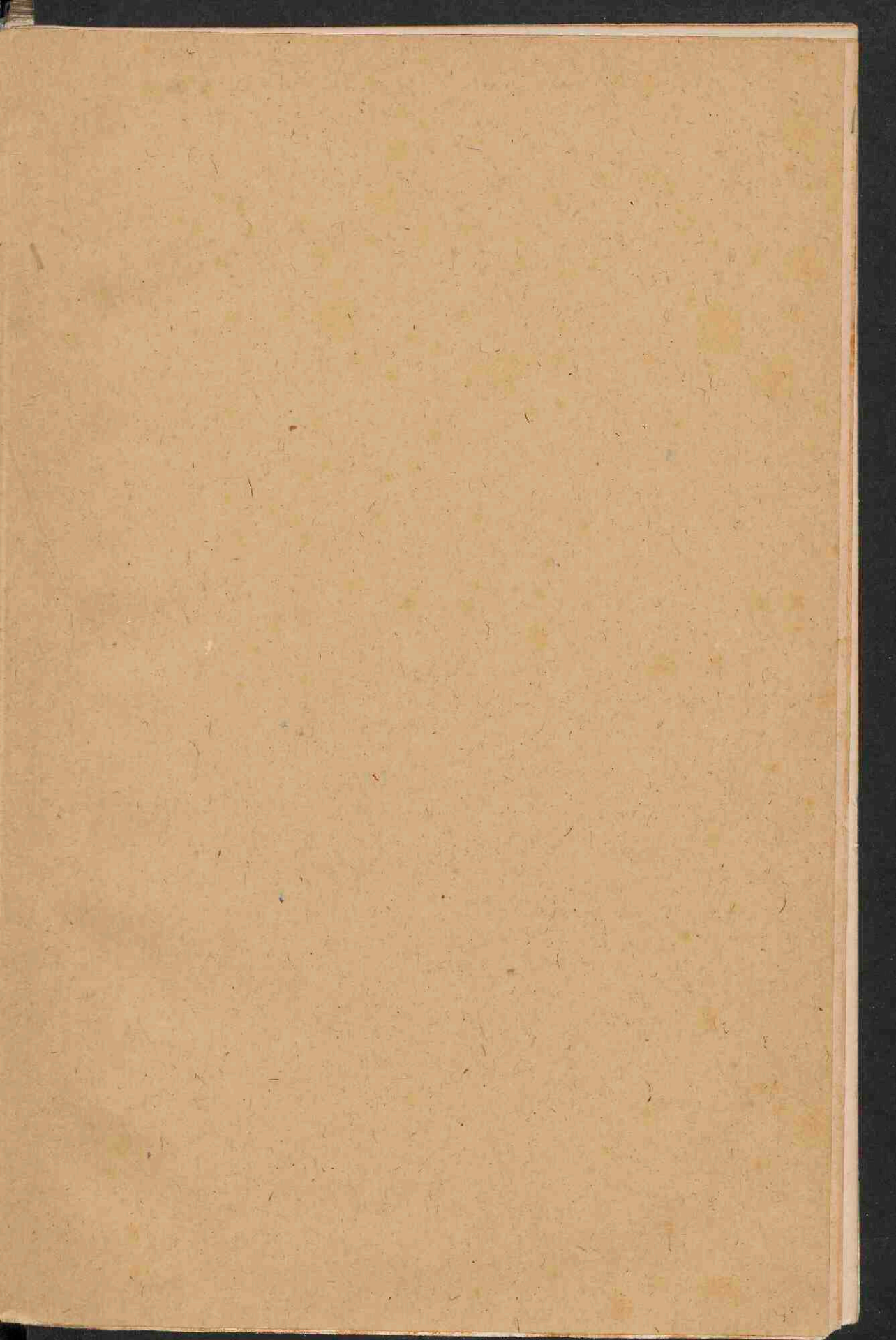
1  
A 19 192  
Jan 17 1880 10 43

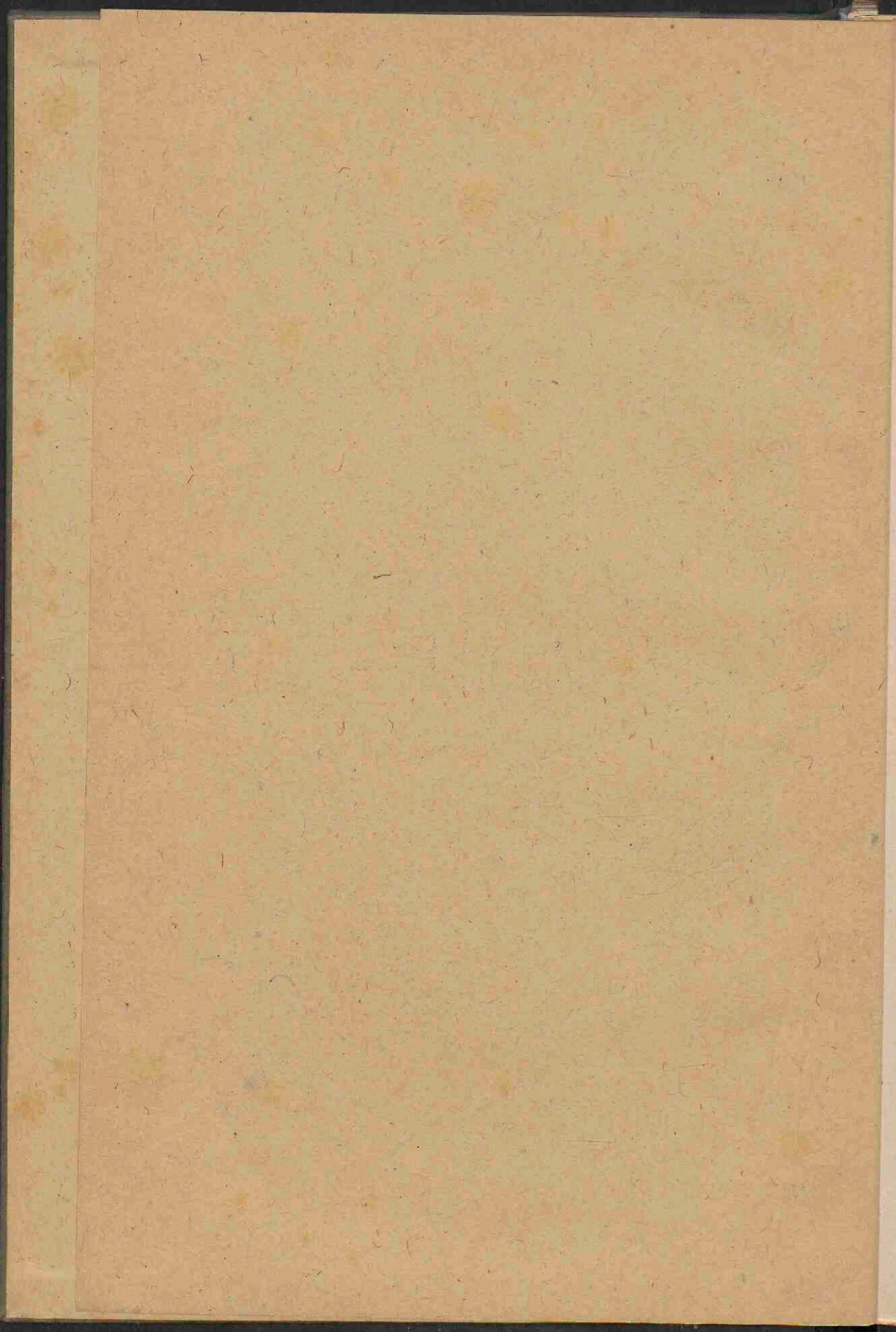
# Gautio Rudicatum Solvi.

Artt. 152, 153 jo 616—619 Wetb. v. Burg. Rechtsw.

H. J. J. POST.

**A. qu.**  
**192**





CAUTIO JUDICATUM SOLVI.



# CAUTIO IUDICATUM SOLVI.

Art. 152, 153 j<sup>o</sup> 616—619 Weth. v. Burg. Rechtsv.

## PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

## Doctor in de Rechtswetenschap

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

DR. H. C. DIBBITS,

Hoogleeraar in de Faculteit der Wis- en Natuurkunde,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAAT DER UNIVERSITEIT

TEGEN DE EDENKINCEN VAN

## DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

TE VERDEDIGEN

op Dinsdag den 14<sup>den</sup> Mei 1895

des namiddags te 2<sup>1</sup>/<sub>2</sub> ure

DOOR

HERMAN JOHAN JACOB POST,

geboren te Eck en Wiel.

RIJKSUNIVERSITEIT TE UTRECHT



2299 536 3



GEDRUKT TER „UTRECHTSCHER STOOMDRUKKERIJ.” P. DEN BOER.

Jeruzalemsteeg — UTRECHT — 1895.



THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT

REPORT OF THE

COMMISSIONERS

FOR THE YEAR 1880

CHICAGO, ILL.,

1881

PRINTED BY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILL.

1881

CHICAGO, ILL.

1881

CHICAGO, ILL.

1881

CHICAGO, ILL.

1881

Aan mijne Ouders.



# INHOUD.

## HOOFDSTUK I.

### De actie tot zekerheidstelling.

§ 1.	Doel van de zekerheidstelling . . . . .	pag. 1.
§ 2.	Benaming: Cautio iudicatum Solvi . . . . .	” 6.
§ 3.	Aard der vordering. . . . .	” 9.
§ 4.	Waarin bestaat de cautie? . . . . .	” 12.

## HOOFDSTUK II.

### Het eischen van de zekerheidstelling.

§ 1.	Wie kan cautie eischen? . . . . .	” 14.
§ 2.	In welke zaken kan men cautie eischen? . . . . .	” 20.
§ 3.	Wanneer moet men cautie eischen? . . . . .	” 22.
§ 4.	Hoe moet men cautie eischen? . . . . .	” 28.

## HOOFDSTUK III.

### Het stellen van de zekerheid.

§ 1.	Wie moet cautie stellen? . . . . .	” 30.
§ 2.	Waarvoor moet men cautie stellen? . . . . .	” 65.
§ 3.	Het vonnis, dat zekerheidstelling beveelt . . . . .	” 71.
§ 4.	Hoe moet men cautie stellen? . . . . .	” 76.
§ 5.	Gevolg van het niet stellen der zekerheid. . . . .	” 88.
§ 6.	Uitzonderingen . . . . .	” 100.

## HOOFDSTUK IV.

### Kritiek op de tegenwoordige regeling.

. . . . .	” 104.
-----------	--------

### Stellingen.

GENERAL

1847

1848

1849

1850

1851

1852

1853

1854

1855

1856

1857

1858

1859

1860

1861

1862

1863

1864

1865

1866

1867

1868

1869

1870

## HOOFDSTUK I.

---

### DE ACTIE TOT ZEKERHEIDSTELLING.

#### § 1. Doel van de zekerheidstelling.

Het burgerlijk recht van het Koninkrijk is hetzelfde voor vreemdelingen als voor Nederlanders, zegt art. 9 van de Wet houdende Algemeene Bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, doch op dit vrijzinnig beginsel laat het direct volgen de niet geringe beperking: *zoo lange de wet niet bepaaldelijk het tegendeel vaststelt*. Een der uitzonderingen nu op bovengenoemd beginsel door de wet vastgesteld is 't geen bepaald wordt door art. 152 al. 1 van het Wetboek van Burg. Rechtsv., luidende aldus: *Alle vreemdelingen, eischers zijnde, of in eene aangelegde rechtszaak zich voegende of tusschenkomende, zijn gehouden ten verzoeke van de wederpartij, alvorens deze eenige weren van rechten of tegenzeggen behoeft te doen, zekerheid te stellen voor de betaling der kosten en der schaden en interessen, in welke zij zouden kunnen verwezen worden*.

De naam, die in den regel aan deze verplichting tot zekerheidstelling wordt gegeven, n. l.: CAUTIO IUDICATUM SOLVI, is, zooals we in de volgende § zullen zien

wel aan 't Romeinsche recht ontleend, maar aan een geheel andere instelling.

Het motief van de cautie is den burger te beschermen tegen het nadeel eener vordering van vreemdelingen, die hier te lande dikwijls geen goederen hebben en die, als zij het geding verliezen, door eenvoudig heen te gaan, den winner alle kans op het terug krijgen van de proceskosten ontnemen. Dit blijkt reeds uit het gezegde door den Staatsraad TREILHARD op 4 April 1806 in het vertegenwoordigend lichaam: „Un Français ne doit pas être forcé d'entrer en lice avec un homme, qui n'offre aucune garantie pour les condamnations, qui seront prononcées contre lui.” 1) In denzelfden geest werd gesproken door LE CLERQ in de kamerzitting van 7 Februari 1828 naar aanleiding van de beraadslagingen over het ontwerp van wetboek van burgerlijke rechtspleging. Hij zeide n. l.: „Les tribunaux sont ouverts aux étrangers comme aux régnicoles, les uns et les autres peuvent implorer les secours de la justice; mais il est nécessaire de garantir les seconds contre les actions vexatoires que les premiers pourraient leur intenter. Il faut donc, si ceux-ci succombent, que les régnicoles puissent facilement recouvrer les frais qu'ils ont faits; il ne faut pas qu'ils soient obligés de se transporter au domicile de l'étranger pour être indemnisés.” En wat verder, na te hebben opgemerkt, dat de vreemdeling daarom cautie moet stellen voor de

---

†) „Code de procéd. civ. — Mot. et rapp.” p. 10.

proceskosten: „Tels sont les moyens salutaires, que la loi a établis, pour protéger les régnicoles, faire marcher la justice avec promptitude, et écarter les chicanes, qui entravent sa marche.” 1)

Dit blijkt verder ook uit het antwoord van de Regeering gegeven op een vraag van de 7<sup>de</sup> afdeeling van de Tweede Kamer bij gelegenheid van de beraadslagingen over ons wetboek. Er werd n. l. gevraagd: „Moet er, in cas commercieel, ook cautie gesteld worden, en zoo ja, waarom heeft men noodig geoordeeld de thans bestaande bepaling te veranderen?”, waarop de regeering antwoordde: „Volgens het artikel kan in alle gevallen, en dus ook in zaken van koophandel, borgtocht van een vreemdeling worden gevraagd, en men vindt deze onbeperkte bepaling in een commercieel land van het grootste aanbelang, om de ingezetenen voor processen van kwelzieke vreemdelingen te waarborgen.” 2)

Het hoofdmotief voor deze verplichting tot stellen van cautie is derhalve het beschermen van de burgers tegen proceslustige vreemdelingen, omdat, wat betreft de gevolgen bij een veroordeeling, de partijen hier niet gelijk zijn. Zoo toch kan de vreemdeling, die in een proces tegen een Nederlander overwint, 't vonnis te zijnen voordeele executeeren op alle wijzen, welke de Nederlandsche

---

1) J. J. F. Noordziek. „Geschiedenis der beraadslagingen over het Ontwerp van Burg. rechtspleging” etc. 's-Gravenhage 1885. Dl. I 1<sup>ste</sup> ged. p. 89.

2) Noordziek. Op. cit. Dl. I 2<sup>de</sup> ged. p. 518 en 547.



wet daarvoor openstelt. Dit is een noodzakelijk gevolg van de bevoegdheid, die men aan vreemdelingen toekent, om ook in Nederland hun rechten tegen een ieder te handhaven. Verliest hij daarentegen het proces, dan kan de vlucht — 't geen voor een Nederlander ballingschap zou zijn, voor hem niet — hem onttrekken aan de gevolgen van zijn nederlaag; en als hij verdwenen is, zonder dat men hem kan volgen, en zonder dat hij in Nederland goederen achterlaat vatbaar voor beslag, en indien dan de wet in zijn land geen gezag toekent aan vonnissen hier te lande geweest, dan heeft zijn tegenpartij, de Nederlander, eerst alle nadeelige kansen geloopt van een proces, en kan ten slotte nog niet eens de kosten op hem verhalen. Dat wel degelijk *dit* de reden van deze verplichting tot cautie stellen is geweest, kunnen wij verder hieruit zien, dat de vreemdeling vrijgesteld wordt van het stellen van zekerheid, wanneer er een voldoende waarborg aanwezig is, waarop men zoo noodig de gemaakte kosten kan verhalen.

FOELIX 1) is van eene andere meening. Volgens hem zouden alleen de inboorlingen aanspraak hebben op rechtsbedeeling en zou alzoo de waarborg voor de betaling van de kosten een secundair motief voor de zekerheidstelling zijn, terwijl het recht om die te vorderen een voorrecht zou zijn, verbonden aan het genot der

---

1) M. Toelix. „Fraité du droit international privé” etc. éd. Demangeat. Paris 1856 I p. 270 sq

burgerlijke rechten. Anders, zoo zegt hij, zou de wetgever niet in gebreke zijn gebleven eveneens aan den vreemdeling-gedaagde deze verplichting op te leggen.

DEMANGEAT heeft deze meening reeds bestreden; m. i. merkt hij zeer juist op: „Jusqu' à présent cet article (i. e. art. 16 C. civ.) a été expliqué par le désir du législateur d'empêcher qu'un étranger ne puisse porter devant nos tribunaux une demande dénuée de tout fondement, sauf à trouver ensuite dans sa qualité même d'étranger un moyen facile d'échapper au remboursement des frais et au paiement des dommages — intérêts pour le tort que le procès a pu causer à l'adversaire. Et ce qui vient bien à l'appui de cette explication, c'est l'exception admise pour le cas ou l'étranger demandeur a des immeubles situés en France;” en verder na aanhaling van 't geen FOELIX zegt ten opzichte van den vreemdeling-gedaagde: „La défense n'a-t-elle pas toujours été considérée comme étant de droit naturel, et ne serait-ce pas commettre une monstrueuse injustice que de dire: „Les conclusions du demandeur lui seront adjugées, par cela seul que le défendeur n'aura pu trouver une caution et sans même que celui-ci soit admis à se défendre” ?” — 1)

---

1) Foelix. Op. cit. I p. 271. n<sup>o</sup>. a.

## § 2. Benaming: *Cautio iudicatum solvi*.

De Latijnsche benaming, die men in de praktijk aan de verplichting tot zekerheidstelling geeft, zou doen denken, dat we hier met een Romeinsche instelling te doen hadden; doch we zien, dat 't geen daar onder den naam „*cautio iudicatum solvi*” bekend was, iets geheel anders inhield. Men noemde aldus de persoonlijke belofte „*de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo*”, welke in het classieke Romeinsche recht alle gedaagden moesten geven, die „*suo nomine*” in een geding opkwamen. Wanneer een actie ingesteld werd door middel van een „*procurator*”, moest deze cautie stellen „*ratam rem dominum habiturum*”; aan voogden en curators was dezelfde verplichting opgelegd. 1) Dit veranderde in den loop der tijden; de gedaagde behoefde geen „*cautio iudicatum solvi*” meer te stellen, maar alleen cautie: „*quod in iudicio remaneat usque ad terminum litis*”. 2) En de Novelle 112 Cap. II „*de cautione quae ante reorum citationem praestari debet ab actore*” gelastte aan de rechters om „*in suis interlocutionibus*” de eischers aan deze zelfde voorwaarde te onderwerpen.

Liet een gedaagde zich evenwel vertegenwoordigen, dan moest hij altijd de *cautio iudicatum solvi* stellen.

---

1) Inst. Just. lib. IV tit. 11 „*de satisfactionibus*.”

Dig. Lib. XLVI, tit. VII. „*Iud. solv.*”

Gaius. Comment. IV § 89 en 91.

2) Inst. Just. loc. cit.

Men kende te Rome nog een andere soort *cautio iudicatum solvi*, echter niet als cautie om te betalen 't geen, waartoe men zou veroordeeld worden, maar waartoe men was veroordeeld. De veroordeelde partij kon n.l. door de andere gegrepen worden, „per manus iniectio-nem” en naar diens huis geleid, in boeien worden geslagen, indien hij geen cautie stelde. Ten tijde van GAIUS nu verplichtte men nog om „pro iudicato” te stellen de „cautio iudicatum solvi”. 1)

We zien dus, dat de zekerheid, die door vreemdelingen gesteld moet worden, zooals wij die kennen, en die we eveneens *cautio iudicatum solvi* noemen, weinig overeenkomst heeft met de verschillende cauties, welke de Romeinen kenden. Doch de Latijnsche benaming van deze instelling heeft bij ons, hoe onjuist en overbodig ze ook moge wezen, vrij wel burgerrecht verkregen. Men heeft wel getracht deze benaming door andere, en wellicht juistere, uitdrukkingen te vervangen, maar dit is op den duur niet gelukt. VOET wijst reeds op de onjuistheid, waar hij zegt: „quam de impensis cautionem nonnulli iudicatum solvi cautionem dixerunt.” 2) Daarentegen vinden we weer bij VAN WASSENAER gesproken van „cautio pro iudicato” en van „cautie voor 't gewijsde van den Hove.” 3) DE GROOT noemt ze

---

1) Gaius. Comment. IV § 25.

2) Voet. Lib. II. tit. 8. „Qui satisdare cog” etc. n<sup>o</sup>. I.

3) G. van Wassenaer. „Praktijk Judicieel” Cap. I n<sup>o</sup> 65.

echter: „cautio pro expensis litis” 1), VAN LEEUWEN: „cautio pro sumtibus” 2) en VAN DER LINDEN: „cautie voor de kosten van den processe” 3). Waar in de Algem. Manier van 1799 en in 't wetboek van 1809 over deze instelling gehandeld wordt 4), wordt ze aangeduid als: „borgtocht voor de kosten van het proces”, maar niettegenstaande dit alles heeft de Latijnsche benaming zich in de praktijk weten te handhaven. Ook de Fransche schrijvers spreken bijna allen van „la caution iudicatum solvi” 5) en dit voorbeeld is door vele Nederlandsche schrijvers gevolgd. En al heeft onze wetgever wederom het voorbeeld gegeven door te spreken van „zekerheid voor de kosten”; in de praktijk is nog steeds de uitdrukking: „cautio iudicatum solvi” in gebruik, getuige de Pasicrisie van VAN OPPEN, waar de jurisprudentie over dit onderwerp onder het woord: cautio iudicatum solvi is gebracht.

---

1) Hugo Grotius. „Isagoge” I c. IX § 11.

2) S. van Leeuwen. „Censura Forensis” etc. 1741 Pars II. bk IC 26. n<sup>o</sup>. 10.

3) v. d. Linden. „Jud. pract.” I bk II C IV § 4.

4) Algem. Man. v. proced. v. d. Burg. Rechtb. 1799 art. 57, 58, 75. Wetboek 1809 B II tit. IV art. 595—597, 610.

5) Zie b. v. M. Boncenne. „Théorie de la procédure civile” Paris 1839 III p. 168.

E. Garsonnet. „Traité théorique et pratique de procédure civile” etc. Paris 1885 II p. 386.

G. L. J. Carré. „Les lois de la procédure civile” etc. 3<sup>me</sup> éd. 1825 II p. 82.

---

### § 3. Aard der vordering.

Art. 152 scheidt tusschen den vreemdeling, eischer in 't geding, en den verweerder een verbintenis, welke volgens FAURE behoort tot die, welke zooals art. 1388 B. W. zegt, voortspruiten uit de wet alleen, en welke hij toestandverbintenis zou willen noemen. 1) Aan deze verbintenis ontleent gedaagde een vordering tot zekerheidstelling, welke een incidenteele vordering is, daar ze alleen in een aanhangig geding kan worden ingesteld en den loop van het geding vertraagt. Vele schrijvers brengen deze vordering onder de exceptien en zoo deed ook de Fransche wetgever, die ze uitdrukkelijk noemt onder den titel over de exceptien 2). Sommigen nu hebben gemeend, dat de vordering moest worden gerangschikt onder de „dilatoire exceptien” daar zij het onderzoek en de uitspraak eenigen tijd verschuift. Deze meening is zeer juist weerlegd door DURANTON, wiens redencering wordt aangehaald bij CARRÉ 3). Een exceptie toch is niet dilatoir, omdat het vonnis ten principale er door wordt vertraagd, want dan zou iedere exceptie, althans wanneer ze afzonderlijk wordt voorgesteld, dilatoir zijn: neen rechtens is een exceptie dilatoir, wanneer het doel werkelijk is om gedaagde een uitstel

1) Mr. R. van Boneval Faure, „Het Nederlandsch Burg. Procesrecht” 2<sup>de</sup> dr. dl. III p. 108.

2) Code de procéd. civ. I. livre 2 tit. 9 § 1.

3) Carré. Op. cit. II. p. 78 n<sup>o</sup> 1.

te geven, en dat door de wet tot dat einde is ingesteld. En de vordering tot het stellen van cautie heeft niet ten doel het geven van een termijn aan gedaagde, maar het is slechts voor hem een middel zich te beveiligen tegen mogelijke, onverdiende schade.

De vordering is ook geenszins een „peremptoire exceptie”, aangezien zij, wel verre van den geheelen eisch te vernietigen, de gegrondheid ervan geheel in 't midden laat.

Wanneer zij dus een exceptie is, besluit DE PINTO 1), dan blijft er niets over dan haar te beschouwen als „declinatoire”, vermits daarbij dan alleen beweerd wordt, dat de rechter van den eisch geen kennis mag nemen, voordat de cautie zal gesteld zijn; ofschoon hij 't misschien beter zou vinden ze in 't geheel niet onder de exceptien te rekenen. M. i. kan men deze vordering ook zeker geen declinatoire exceptie noemen; zulk een exceptie toch is een zoodanige, welke iemand instelt, om te voorkomen (declinare = afwenden, vermijden) een proces voor den rechter, voor wien hij geroepen is, en dien hij voor incompetent houdt, of die ingesteld wordt om reden, dat de rechter geen kennis behoort te nemen van de zaak, zooals ze voor hem is gebracht. En zooals we reeds zagen is de vordering tot het stellen van zekerheid slechts een middel tot beveiliging van gedaagde, terwijl aan de zaak ten principale vooralsnog niets wordt veranderd.

---

1) Mr. A. de Pinto. „Handleid. tot het Wetboek van Burg. Rechtsvord.”  
2<sup>de</sup> dr. 1857, dl. II 1<sup>ste</sup> st. p. 303.

Neen we moeten ze niet, gelijk de Fransche wetgever deed, brengen tot de exceptien; 't is een voorafgaand verzoek. 1) Hij, die de cautio iudicatum solvi vraagt, bestrijdt den eisch noch ten principale noch exceptief, hij laat er zich nog niet mee in. Wordt de eischer facto er al door verhinderd het geding voort te zetten, niets staat hem in den weg dit beletsel elk oogenblik op te heffen. Onze wetgever heeft er evenzoo overgedacht en ter onderscheiding van de vordering tot zekerheidstelling van de exceptien, het opschrift van de 3<sup>de</sup> afdeeling tit. III bk. I Wetboek van Burg. Rechtsv. aangevuld met de bijvoeging: „*Van voorloopige verzoeken*”. Beter ware wellicht de uitdrukking: voorafgaand verzoek. Onze oud-Nederlandsche schrijvers beschouwden de vordering ook aldus. Zoo spreekt VAN DER LINDEN 2) van „praeliminaire of praeallable verzoeken” en noemt als voorbeeld daarvan ook: „de cautie voor de kosten van den processe”. Zie verder ook VOET 3) en VAN LEEUWEN 4). Zoo ook VAN WASSENAER 5), die echter tevens het gevoelen van anderen vermeldt 6): „Is mede geraden dat dit verzoek gedaen worde voor de litis con-

---

1) Zoo ook: Arrond. Rechtb. Maastricht 20 Oct. 1842 R. Bijbl. 1843. p. 220.

anders: Arrond. Rechtb. Maastricht 5 Nov. 1868 W. 3078, die zonder eenig betoog de cautie als exceptie beschouwt.

2) v. d. Linden. Op. cit. Dl. I bk. II C. IV. § 3 en 4.

3) Voet. Op. et. loc. cit.

4) v. Leeuwen. Op. cit. Pars II lib. I C. 26. n<sup>o</sup>. 10 j<sup>o</sup> n<sup>o</sup>. 11.

5) v. Wassenaar. Op. cit. I n<sup>o</sup>. 72.

6) v. Wassenaar. Op. cit. I n<sup>o</sup>. 66.



testatie, dat is voor ende aleeer geantwoord is, ende contrarie conclusie genomen, nadien eenige, ende wel, willen seggen dat dese exceptie dilatoir is.”

Onze wetgever heeft dus niet bedoeld en geeft er ook geen grond voor, dit middel van verdediging te brengen onder de exceptien. Onjuist is het dus in de praktijk te spreken van „de exceptie iudicatum solvi”, of van „de exceptie van vreemdelingschap”, waarvan DE PINTO spreekt 1). Het zou dan ook beter zijn geweest, wanneer de wetgever de vordering tot zekerheidstelling geheel van de excepties had gescheiden en ze had gebracht onder de incidenteele vorderingen, gelijk dit gedaan is in het Ontwerp van 1865.

---

#### § 4. Waarin bestaat de cautie?

Art. 166 van den Code de procédure civile spreekt van *caution* en art. 129 van het wetboek van 1830 van *borgtocht*. Doch in beide wetgevingen kan die borgtocht worden vervangen door een consignatie van gelden (art. 167 C. d. pr. civ. en art. 130 wetb. 1830) of volgens art. 130 door een hypothekaire inschrijving op in Nederland gelegen goederen toe te staan. Dit is in onze wet veranderd. Bij het eerste ontwerp tot herziening werd voorgesteld om het woord *borgtocht* te doen vervangen door *het stellen van zekerheid*. Dit

---

1) de Pinto, Op. cit. I 1<sup>ste</sup> st. p. 302.

werd aldus aangenomen bij de wet van 10 Mei 1837. Thans is dus iedere zekerheidstelling geoorloofd, zakelijke zoowel als persoonlijke; het kan dus geschieden door het stellen van borgtocht, het geven van pand, het verleenen van hypotheek, het verbinden van inschrijvingen, enz. Onder het wetboek van 1830 zou art. 1867 van het B. W. toepasselijk zijn geweest en pand of hypotheek eerst te pas zijn gekomen, wanneer de verbondene geen borg kon vinden. Maar het is immers voldoende, indien het doel bereikt wordt, dat n.l. de gedaagde gewaarborgd is voor alle rechten, welke hij ten gevolge van het geding tegen den eischer mocht hebben uit te oefenen; en dat geschiedt door welke wijze van zekerheidstelling ook. 1)

Het eenige vonnis, mij bekend, dat over deze kwestie loopt, is een vonnis van de arrondissementsrechtbank te Amsterdam van 13 Februari 1854 2); hierin werd beslist, dat een personeele zekerheidstelling evenzeer voldoende is als een zakelijke, waarbij nog werd gewezen op „art. 619 Wetb. van Burg. Rechtsv., waarin wordt gesproken van de zekerheid, die in een borg bestaat en van het zich ter griffie schriftelijk verbinden van denzelfden bij een akte, hetgeen ongetwijfeld alleen op een personeelen borg ziet.”

---

1) Zie ook: Mem. v. Toel. van het 1<sup>ste</sup> ontw. tot herz. v. d. Wet v. 29 Mrt 1828 op art. 13.

2) R. Bijbl. 1854 p 287.

---

## HOOFDSTUK II.

### HET EISCHEN VAN DE ZEKERHEIDSTELLING.

#### § 1. Wie kan cautie eischen ?

De verplichting is aan den vreemdeling-eischer opgelegd jegens den verweerder; aan deze verplichting behoeft dan ook niet voldaan te worden, wanneer de gedaagde dit niet verlangt. Alle kwestie over de mogelijkheid van ambtshalve toepassing door den rechter is uitgesloten door de woorden van ons art. 152: *ten verzoeke van de wederpartij* of gelijk het in den Code luidt: *si le défendeur le requiert.* 1)

De wet spreekt van de *wederpartij* in 't algemeen; deze is het dus, die de cautie kan eischen. En dit zal zijn de gedaagde, wanneer de eisch wordt ingesteld bij rau-actie; doch men kan ook het geval hebben van tusschenkomst of voeging. Bij eigenlijke tusschenkomst, waar de tusschenkomende partij opkomt zoowel tegen den oorspronkelijken eischer, als tegen diens gedaagde, zullen beide gedingvoerende partijen de cautie kunnen vorderen. Ditzelfde is m. i. niet het geval bij voeging, 't geen volgt uit het woord *wederpartij*. Immers wanneer de derde zich bij een der gedingvoerende partijen voegt,

---

1) Zie: Carré. Op. cit. II p. 87 n°. 703.

dan is die partij zijn wederpartij niet; en als hij zich voegt bij gedaagde, dan is wel de eischer zijn wederpartij, maar hij is dan volgens het beginsel en den aanhef van art. 152 niet tot zekerheidstelling verplicht. In 't geval van voeging kan dus alleen de oorspronkelijke gedaagde de cautie vorderen van de zich voegende partij en alleen in 't geval, dat deze zich voegt bij den eischer in 't aanhangig geding.

Mag de tusschenkomende persoon, of de partij, die zich in 't geding voegt (indien hij zich n. l. voegt bij gedaagde) zelf de cautie vorderen van den vreemdeling-eischer in 't aanhangig geding? Op deze vraag moeten we ontkennend antwoorden. Het doel van de bepaling in art. 152 vervat is hen voor kosten te dekken, die door vreemdelingen genoodzaakt worden proces te voeren; ze is niet geschreven voor hen, die 't van belang achten den vreemdeling in rechten op te roepen of tegen hem op te komen, waar deze tegen een ander een actie heeft ingesteld om te trachten een vermeend recht in Nederland te doen gelden. Deze strekking komt vooral dáár uit, waar gezegd wordt, dat de wederpartij geen weren of teggenzeggen behoeft te doen, voordat de zekerheid is gegeven; een wederpartij dus, die zich te weren heeft tegen hem als eischer of intervenient of zich voegende partij en voor wie dat weren en teggenzeggen een gedwongen handeling is. Het komt er niet op aan of de intervenient zich stelt in 't geding tegen of naast den vreemdeling, want in geen geval treedt deze als eischer

tegen hem op. In denzelfden zin werd ook beslist door het Hof te 's-Hertogenbosch 19 Juni 1883 1).

Een andere vraag is: Wanneer een vreemdeling door een anderen vreemdeling voor den Nederlandschen rechter wordt gedaagd, heeft dan de vreemdeling-gedaagde ook het recht de cautio iudicatum solvi te vorderen volgens art. 152?

Er is over dit punt vrij wat strijd gevoerd, vooral door de Fransche juristen. Waar in de wet uitdrukkelijk gezegd wordt, dat alleen de burger de cautie kan vorderen 2), kan er natuurlijk in 't geheel niet over getwist worden, maar dat is bij de meeste wetten niet het geval; gewoonlijk toch wordt de verplichting om cautie te stellen aan iederen vreemdeling-eischer opgelegd. Zoo bepaalt art. 16 van den Code civil, dat: *l'étranger qui sera demandeur* cautie moet stellen en art. 166 van den Code de proc. civ. zegt hetzelfde voor: *tous étrangers . . . si le défendeur le requiert*. FOELIX 3) nu is van meening, dat aangezien art. 16 van den Code civil geplaatst is in een hoofdstuk, dat handelt „*de la jouissance des droits civils*” het optreden als eischer zonder cautie te stellen en het recht om cautie te vorderen „*droits civils*” zijn. De vreemdeling, die niet in 't genot is der burgerlijke rechten, kan dus niet worden toegelaten tot het

---

1) W. 4919.

2) b. v. § 46 van de „Allgemeine Bürgerliche Processordnung für das Königreich Hannover” van 4 December 1847.

3) Foelix. Op cit. I p. 273.

eischen van cautie van zijn tegenpartij. Deze leer wordt ook gehuldigd en op dezelfde gronden verdedigd door PIGEAU 1). Hier tegenover staan b. v. CARRÉ 2), MERLIN 3) en DEMANGEAT 4), welke laatste o. a. zegt, dat als men aanneemt met FOELIX, dat het recht om als eischer op te treden zonder cautie te stellen en het recht om cautie te vorderen beide droits civils zijn, men in 't geval, dat beide procesvoerenden vreemdelingen zijn, per se één dezer rechten, welke dus alleen aan den Franschman toekomen, aan één der vreemdelingen moet toekennen! Maar welke nu? De verwarring is er niet minder groot om geworden, terwijl men van deze kwestie zeer eenvoudig verklaring kan geven, indien men maar niet zoo diep zoekt.

Zoowel volgens de letter van de wet als wanneer men let op de bedoeling van den wetgever, moet men tot de conclusie komen, dat de vreemdeling-gedaagde zeer zeker ook het recht heeft de cautie te vorderen van den vreemdeling-eischer. De bepaling toch, bij ons vervat in art. 152, kent de bevoegdheid om zekerheidstelling te eischen in 't algemeen en zonder ecnige uitsluiting toe aan „DE wederpartij” en van den vreemdeling-eischer. Ieder dus, die slechts wederpartij is van den vreemde-

---

1) Pigeau. „La procédure civile des Tribunaux de France” etc. 5<sup>me</sup> éd. I p. 220.

2) Carré. Op. cit. II p. 87 n<sup>o</sup>. 702.

3) Merlin. „Repertoire”. voce: caution judicatum solvi § 1 n<sup>o</sup>. 7.

4) Zie: Foelix, Op. cit. I p. 275, n<sup>t</sup>-a.

ling-eischer kan van hem cautie vorderen. Doch ook de geest van de wet is hiermede volkomen in overeenstemming; de hoofdbedoeling van de bepaling toch is, gedaagde niet te versteken van alle gevolg van een te verkrijgen voordeelig vonnis en deze reden is evenzeer van toepassing op een vreemde als op een Nederlandsche gedaagde. En de twijfel, die in 't Fransche recht wellicht nog zou kunnen bestaan, wordt voor ons recht te eenenmale opgeheven door de bepaling van de Wet houdende Algem. Bepalingen der wetgeving van het koninkrijk; welks mild beginsel lijnrecht in strijd is met de opvatting, dat de wetgever hier inlanders en vreemdelingen niet dezelfde bescherming zou willen geven. En immers zou in dit geval de wetgever deze uitzondering uitdrukkelijk hebben moeten noemen. Men heeft wel eens de opmerking gemaakt, dat art. 9 niet zou slaan op het procesrecht, doch m. i. is dat onjuist. Het wetboek van Burgerlijke Rechtsv. is ook in werking getreden onder vigueur van de Algemeene Bepalingen, en de uitdrukking *burgerlijk recht* in art. 9 is eenvoudig een tegenstelling van de uitdrukking *strafwetten*, waarvan in het vorig artikel wordt gehandeld. En al ware dit niet zoo, dan toch nog zou men art. 9 wel analogice mogen toepassen om den geest van den wetgever te doen kennen.

Trouwens onze Nederlandsche schrijvers zijn vrijwel allen van het door mij uitcengczet gevoelen 1) en ook

---

1) Zoo: Oudeman. „Het Nederl. Wetboek van Burg. Rechtsvord.,” etc. 4<sup>de</sup> ed. I. p. 197 sq.

onze jurisprudentie is nagenoeg constant in haar beslissingen, dat het recht cautie te eischen ook toekomt aan den vreemdeling-gedaagde. Er is mij slechts één voorbeeld bekend van een beslissing in tegenovergestelden zin, n. l. één vonnis van de arrondissements-rechtbank te Amsterdam van 17 December 1841 1), gewezen in denzelfden geest als de conclusie van het openbaar Ministerie en vooral op grond, dat het Wetboek van Burg. Rechtsv. alleen voor Nederlanders is ingevoerd en dus art. 152 alleen op een Nederlandschen verweerder, niet op een vreemdeling zou doelen. En voorts op grond, dat anders de vreemde-gedaagde buitengewoon zou bevoordeeld worden, vooral in aanmerking genomen, dat hij zelf als vreemdeling niet die waarborgen geeft, die burgers aanbieden. — Het eerste argument is echter onhoudbaar, want van zoodanige bedoeling des wetgevers blijkt nergens; de wet vordert alleen, dat de eischer vreemdeling zij. Het tweede kan men hoogstens een bezwaar noemen tegen het artikel, het is geen argument, want de duidelijke woorden van de bepaling dulden geen andere interpretatie dan om ook in een proces tusschen twee vreemdelingen de cautie toe te laten.

---

de Pinto, Op. cit. II 1<sup>ste</sup> ged. p. 307.

Regtsgel. Adviezen I. p. 129—131.

A. M. de Rouville in Themis 1840. p. 273—274.

N. Olivier in Themis 1843. p. 434—435.

M. W. C. Melchers, diss. Leiden 1879. p. 111 sq.

1) Regt in Nederland III p. 190. R. Bijbl. 1842. p. 39.



De Amsterdamsche rechtbank is dan ook op haar gevoelen teruggekomen, blijkens vonnissen van 1 Maart 1843 1) (bevestigd door een arrest van het provinciaal Hof van Noord-Holland den 14 September 1843 2)) en van 3 Mei 1870 3), waardoor haar jurisprudentie in overeenstemming kwam met de elders gewezen vonnissen. 4)

## § 2. In welke zaken kan men cautie eischen?

De zekerheid kan gevorderd worden in *alle* zaken, de wet onderscheidt volstrekt niet. De Fransche wetgever zonderde in art. 16 van den Code civil handelszaken uit, doch onze wetgever heeft die uitzondering niet gewild. De regeering toch achtte „de onbegrensde bepaling in een commercieel land van het grootste belang als waarborg tegen kwelzieke vreemdelingen” 5) en al geeft dit artikel nu dien waarborg niet en kan men niet ieder, die een proces verliest kwelziek noemen, de bedoeling is duidelijk, n.l. om even goed voor den handel als buiten dat gebied een waarborg te hebben tegen het niet betalen van de proceskosten door den vreemdeling-

1) R. Bijbl. 1843. p. 271. Regt in Nederland III. p. 375—376.

2) R. Bijbl. 1843. p. 826.

3) W. 3257.

4) Arrond. Rechtb. Rotterdam 26 Juli 1841. W. 215. Arrond. Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 Dec. 1841. W. 311 (met betrekking tot den vreemdeling gedaagde in vrijwaring) Arrond. Rechtb. 's-Hertogenbosch 4 Nov. 1893. W. 6429.

5) Noordziek. Op. cit. Dl. II 2<sup>de</sup> ged. p. 547.

eischer, die het proces verliest. Om dezelfde reden werd deze uitzondering ook niet aangenomen door het Ontwerp Wetboek van 1865 blijkens de Memorie van Toelichting: „ofschoon de *comitas juris gentium* hier overeenstemming tusschen onze wetgeving en die onzer naburen wenschelijk zou kunnen doen achten, mag daaraan het belang van onzen handelstand niet worden opgeofferd, gelijk terecht reeds bij het vaststellen van het tegenwoordig wetboek werd begrepen.” 1) Zou het echter niet kunnen zijn, dat onze handel veel meer gebaat was met deze uitzondering, dan met deze belemmering voor den vreemdeling? — In Frankrijk is deze uitzondering thans ook vervallen door een wetje van 6 Maart 1895.

Ook andere uitzonderingen zijn zeer wel *iure constituendo* te verdedigen b.v. die, welke in 't Ontwerp 1865 waren aangenomen n.l. bij vorderingen in reconventie en bij geschillen over de tenuitvoerlegging van vonnissen of andere executoriale titels.

De cautie kan gevraagd worden zoowel in zaken, die aangelegd worden voor kantongerechten als voor arrondissementsrechtbanken. Reeds CARRÉ leert dit 2); doch was er wellicht in 't Fransche recht nog eenigen twijfel

---

1) Wetboek van Burgerl. Rechtsv. Ontwerp en Mem. van Toelichting. boek I—III, uitgegeven onder toezicht van Mr. A. A. de Pinto. 's Gravenhage. 1865. p. 141.

2) Carré. Op. cit. p. 86. n<sup>o</sup>. 701.

over, voor ons recht is dit uitgemaakt, doordat art. 125 van het Wetboek van Burgelijke Rechtsvord. deze bepaling met zooveel woorden bij de kantongerechten van toepassing verklaart.

---

### § 3. Wanneer moet men cautie eischen?

Naar 't Fransche recht moest volgens art. 166 van den Code de proc. civ. cautie gevraagd worden „*avant tout exception*”, waaruit terecht werd besloten, dat men geen cautie meer kon vorderen, wanneer men op eenigerlei wijze ten principale had geantwoord of een of andere exceptie had voorgesteld. Doch de redactie van ons artikel 152 luidt geheel anders: *ten verzoeke van de wederpartij, alvorens deze eenige weren van regten of tegenseggen behoeft te doen*. De wet geeft dus aan den gedaagde wel de bevoegdheid om zekerheid te vragen vóór elke verdediging, doch ze verplicht er hem niet toe. We moeten hier derhalve wel uit besluiten, dat de gedaagde in iederen stand van het geding cautie kan vragen; ja, bij vergelijking van art. 353 met art. 152 Wetboek van Burgelijke Rechtsv., dat de cautie ook in hooger beroep gevorderd kan worden, om 't even of er reeds in eerste instantie cautie was gevraagd of gesteld. Van dit gevoelen is ook MR. A. DE PINTO 1) en

---

1) De Pinto. Op. cit. I 1<sup>ste</sup> st. p. 310.

MR. R. VAN BONEVAL FAURE 1), terwijl onze jurisprudentie, op een enkele uitzondering na, hare beslissingen ook steeds op dezelfde overwegingen heeft gegrond 2).

Ook DE MAREES VAN SWINDEREN 3) is van gevoelen, dat gedaagde door zich te verdedigen het recht om cautie te vragen niet verbeurt.

Deze meening is bestreden in „Vragen van Nederlandsch recht” 4) op grond, dat het verzoek om cautie een dilatoire exceptie is. Op dezen grond werd ook een vonnis gewezen door de arrond.-rechtbank te Amsterdam den 19<sup>den</sup> Mei 1876 5). Daar door mij in Hoofdstuk I. § 3. reeds is betoogd, dat het verzoek om cautie niet onder de exceptien behoort te worden gerangschikt, meen ik hier te kunnen volstaan met daarnaar te verwijzen.

MR. N. OLIVIER 6) kan ook niet meegaan met de meening, dat de eisch tot zekerheidstelling in iederen stand van het geding kan worden gedaan. Volgens hem is het niet de bedoeling van den wetgever geweest en, zoo zegt hij, „aan die bedoeling kan geen twijfel

1) Faure. Op. cit. III, p. 111.

2) Zie Arrond. Rechtb. Maastricht. 20 Oct. 1842. R. Bijbl. 1843, p. 220—222; id. 10 April 1851. W. 1262; en zelfs voor het eerst in hooger beroep: Hof Noord-Brabant 1 Maart 1842. R. Bijbl. 1842, p. 212—214; Hof Overijssel 7 Juni 1847 W. 864; Hof Utrecht 30 December 1847. W. 876; Arrond. Rechtb. Hoorn 13 Sept. 1848. R. Bijbl. 1849. p. 59—61.

3) Diss. Groningen. 1862. p. 70.

4) II. p. 161.

5) W. 4010.

6) In Themis 1843. p. 434. noot 2.

bestaan: het zou de grootste onbillijkheid zijn, wanneer de gedaagde den eischer telkens in zijn verdediging zou kunnen stremmen, hem voortdurend in vrees houden voor zijn eisch tot het stellen van cautie. Bij 't begin van 't geding behoort hij zijn partij te kiezen." Dit heeft zeer veel overeenkomst met de opmerking, die naar aanleiding van het ontwerp van art. 166. Code de proc. civ. gemaakt werd door de afdeeling van wetgeving van het Tribunaat: „Il serait contraire à toutes les règles de justice et de bienséance qu'après qu'un étranger aurait longtemps plaidé devant un tribunal, on vint lui faire l'injure de demander une caution pour éloigner le jugement", 1) hetgeen m. i. meer een argument is tegen het gebruik maken van dit middel, dan tegen de meening, dat volgens onze wet de gedaagde cautie kan vragen, wanneer hij zulks wil.

Een meer principiële bestrijding geeft S. M. in „Opmerkingen en Mededeelingen" 2), die historisch nagaat hoe die verandering van *avant tout exception in alvorens deze eenige weren van rechten of tegenzeggen behoeft te doen* is ontstaan. Hij komt tot de conclusie, dat de wetgever bij 't veranderen van de redactie niet gedacht heeft aan 't verschil, 't welk hij aldus tusschen de beide wetgevingen ging brengen. De ontwerper, zegt hij, heeft, gelijk wel meer gebeurde, bij 't redigeeren zijner artikelen

1) Loqué, „Législation civ. comm. et crim. de la France", XXI, p. 435.

2) „Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt", verzameld door Mr. G. Oudeman en Mr. G. Diephuis, VIII, p. 195.

niet den Franschen tekst, maar de officiële vertaling daarvan gebruikt, waar voor de uitdrukking: *avant tout exception* stond *alvorens cenig verzet of tegenzeggen in regte te doen*. In 't Ontwerp nu werd gezet: *alvorens cenige weren van regte of tegenzeggingen in regte te doen* 'tgeen volgens S. M. dezelfde beteekenis moet hebben als de woorden uit den Franschen tekst. Deze redactie is door de regeering veranderd bij het eerste ontwerp tot herziening, om den zin van 't artikel meer duidelijk te doen uitkomen; 1) en ziedaar, zegt S. M., hoe wij, doordat de Regeering, de Fransche wetsbepaling niet voor oogen hebbende, mistastte in de beteekenis der woorden van het eerste ontwerp, op een vrij onvoorbedachte en argelooze wijze aan dit verschil tusschen beide wetgevingen gekomen zijn! Hierna besluit S. M., dat de vraag, in welken stand van 't geding het verzoek kan of behoort voorgesteld te worden, thans op zich zelve staat, en beantwoordt haar in dezer voege, dat dit middel aan de wederpartij vóór alle andere verdedigingsmiddelen moet worden tegengeworpen, aangezien de cautie behoort tot de dilatoire excepties.

Wat dit laatste betreft kan ik hetzelfde zeggen als op pagina 23 en verwijzen naar Hoofdstuk I. § 3. En wat het voorgaande aangaat; daargelaten of de beschouwing van S. M. geheel juist is, en of men niet moet aannemen, dat de bedoeling van den wetgever juist zoo was

---

1) J. van den Honert, „Handboek voor de Burgerl. Rechtsvord.” § 152.

als in de bewoordingen van het artikel ligt opgesloten, al is dan al de redactie wellicht ondoordacht door de Regeering aldus veranderd, waar 't feit op schijnt te wijzen, dat aan het verlangen van de 4<sup>de</sup> afdeeling, bij gelegenheid van het ontwerp tot herziening van het Wetboek van 1828, om liever te lezen: *alvorens eenige exceptien voor te stellen of eenige weren* 1) niet is voldaan — zoo geloof ik toch, dat wij de bepaling, zooals wij die thans hebben met de zoo duidelijke redactie van art. 152, niet anders mogen uitleggen, dan door mij is gedaan; en dat de rechter, volgens de wet recht moet spreken, zonder de innerlijke waarde of billijkheid daarvan te beoordeelen, 2) in iederen stand van het geding, zoowel in eersten aanleg als in appèl, toe moet staan, dat de gedaagde de *cautio iudicatum solvi* eischt van den vreemdeling-eischer, hoe onaangenaam dit wellicht voor laatstgenoemden moge wezen.

Het ontwerp van 1865 brengt ten deze geen verandering; anders wil dit blijkbaar 't ontwerp Hartogh van 1893. Art. 18 toch van dit ontwerp (art 141) bepaalt, dat de procurcur van den verweerder bij zijn conclusie van antwoord zijn *gansche* verwering moet voordragen. Dit is aldus bepaald, blijkens de Memorie van Toelichting 3), met 't oog op de exceptien, de vele daarbij voorkomende twistvragen en de gelegenheid een proces

---

1) Van den Honert, Op. cit, § 152.

2) Art. 11 van de Wet houdende Algem. Bepalingen.

3) Memorie van Toelichting, § 6.

onnoedig te rekken. En nu wordt ten slotte gezegd: „Het behoeft geen betoog, dat om het hierboven gezegde art. 152 Wetboek van Burgelijke Rechtsvord. geene wijziging behoeft te ondergaan. Het verzoek om cautie zal niettemin vóór alle weren gedaan moeten worden (Vergl. art. 415 5<sup>de</sup> lid).”

Het verzoek om cautie wordt dus niet gerangschikt onder de „verwering” en dit is zeker volkomen juist, 't is een voorloopig verzoek, dat de zaak ten principale niet raakt. Maar met het overige kan ik niet meegaan. Ten eerste wordt maar verondersteld, dat het een uitgemaakte zaak is, dat de vordering tot cautie stelling vóór alle weren moet worden ingesteld, 't geen toch verre van juist is; en in de tweede plaats wordt, als ten overvloede, verwezen naar art. 415 5<sup>de</sup> lid, 't geen voor dit alles in 't geheel geen argument is. Dit artikel toch staat in den titel XI van het 1<sup>ste</sup> boek, handelende over de wijze van procedeeren in cassatie en haar bepalingen zijn dus alleen toepasselijk op de cassatie-procedure. Art. 415 is geheel veranderd bij de wet van 26 Juni 1876. Stbl. n<sup>o</sup>. 124 en wel om een leemte aan te vullen, die vroeger bestond, daar, terwijl art. 353 de art. 152 en 153 ook van toepassing verklaarde bij de procedure in hooger beroep, dit niet was bepaald bij de cassatie-procedure. En bij deze gelegenheid is tevens bepaald in het 5<sup>de</sup> lid van art. 415: *De zekerheidstelling wordt gevorderd vóór alle andere weren en regten.* Dit zal dus voortaan bij de cassatie-procedure zoo zijn,



en men zou hieruit kunnen afleiden, dat het bij de andere procedures, zooal niet juist andersom, dan toch een twistvraag was. Waartoe het hier anders uitdrukkelijk bepaald? Uit een en ander meen ik te kunnen besluiten, dat indien men wil, dat het verzoek om cautie vóór alle andere weren moet worden voorgesteld, dit uitdrukkelijk in de wet zal moeten worden bepaald.

*„De partij, welke het stellen van zekerheid verzoekt, wordt niet geacht daardoor de competentie van den regter te hebben erkend,* zegt art. 152 al. 2. Deze bepaling hebben we waarschijnlijk daaraan te danken, dat onder de Fransche bepaling bij de schrijvers getwist werd of de exceptie van onbevoegdheid al of niet gedekt werd door 't vragen van cautie, dat „avant tout exception” moest geschieden. In onze wet is die twijfel dus opgeheven.

---

#### § 4. Hoe moet men cautie eischen?

Over deze vraag zal wel geen verschil van gevoelen bestaan, het geschiedt gelijk iedere incidenteele vordering. In summere zaken zal de vordering worden ingesteld ten dienenden dage ter audiëntie bij gemotiveerde conclusie, volgens art. 141; in zaken van gewone behandeling bij akte van procureur tot procureur, terwijl in denzelfden vorm daarop wordt geantwoord; zie art. 247. De eenvoudige akte, daar genoemd, zal wel moeten zijn een

gemotiveerde conclusie 1). Een vonnis van de arrondissementen-rechtbank te 's-Gravenhage van 20 December 1859 2) besliste evenwel, dat de vordering tot cautie ook in zaken van gewone behandeling kan worden ingesteld bij conclusie ter audiëntie. Bij den kantonrechter zal dit eveneens geschieden met of zonder schriftelijk genomen conclusiën.

De gedaagde zal bij de vordering de som moeten begrooten, ten bedrage waarvoor hij zekerheid verlangt; dit aldus omdat art. 153 bepaalt, dat het vonnis, waarbij het stellen van zekerheid zal worden bevolen, de som uit zal drukken, tot beloop waarvan de zekerheid moet worden verstrekt.

De vordering kan tot een geschil aanleiding geven b. v. of in het onderhavige geval de verplichting tot zekerheidstelling bestaat, zooals in geval van verzet of reconventie, of over de vraag of de eischer vreemdeling is of niet; of ook over de hoegroothed van de te stellen zekerheid; hetgeen dan, zoo noodig na gehouden pleidooien, in het incidenteel vonnis zal worden uitgemaakt.

---

1) Zie Oudeman. Op. cit. I p. 201. en form. n<sup>o</sup>. 54 en 55.

2) W. 2124.

## HOOFDSTUK III.

### HET STELLEN VAN DE ZEKERHEID.

#### § 1. Wie moet cautie stellen?

De verplichting om zekerheid te stellen voor de proceskosten is door art. 152 opgelegd aan: *alle vreemdelingen, eischers zijnde* en voorts aan die vreemdelingen, die in een aangelegde rechtszaak *zich voegen of tusschenkomen*. De gedaagde is alzoo niet tot cautiestelling gehouden en dat is volkomen juist: immers voor hem bestaat de ratio legis niet, die, zooals we reeds zagen, gelegen is in den waarborg tegen proceslustige vreemdelingen; hij oefent alleen zijn recht uit om zich tegen den eischer te verdedigen.

Art. 166 van den Code de proc. civil spreekt van: *demandeurs principaux ou intervenants* en daaronder begrepen de uitleggers ook de *zich voegende* partij. Moeielijk kan daaronder iemand anders worden verstaan, dan de partij, die zich voegt bij den eischer. En hoewel ons art. 152 geen onderscheid maakt, zullen we toch, te rade gaande met de ratio van de bepaling en met de wording van het artikel, een vertaling n. l. van de Fransche bepaling, waarbij de voeging duidelijkheids-halve uitdrukkelijk genoemd werd; eveneens de voeging

moeten beperken tot den eischer, als stond er: *of . . . . .*  
*zich als zoodanig voegende:*

We zien derhalve, dat er twee hoofdvereischten bestaan n. l. dat men zij *vreemdeling* en tevens *eischer*. De vraag of men al of niet vreemdeling is, zal thans moeten worden beoordeeld naar de wet van 12 December 1892 Stbl. no 268 op het Nederlandschap en het ingezetenschap, welke wet op 1 Juli 1893 in werking is getreden. Een uitzondering hierop maken die personen, die voldoen aan de vereischten in art. 8 van het Burgerlijk Wetboek gesteld, om n. l. met Nederlanders gelijkgesteld te zijn. Algemeen werd steeds door onze schrijvers en door de jurisprudentie aangenomen, dat deze vreemdelingen alle burgerlijke rechten genieten, die aan Nederlanders zijn toegekend, en alzoo niet zijn onderworpen aan de verplichting bij art. 152 voorgeschreven 1.) Doch bij het in werking treden van de wet op het Nederlandschap en het ingezetenschap moeten zij reeds voldaan hebben aan de in art. 8 Burgerlijk Wetboek gestelde vereischten, blijkens het slot van de overgangsbepaling der meergemelde wet, luidende: *Ten aanzien van de vreemdelingen, die op het tijdstip, waarop deze*

---

1) Aldus: A. M. de Rouville in Themis 1840. p. 273. Oudeman. Op. cit. I p. 197. De Pinto. Op. cit. II 1<sup>ste</sup> st. p. 305. Zie voor de jurisprudentie: Arr. Rechtb. 's Hertogenbosch 13 December 1838. Regt in Ned. II p. 77. Arr. Rechtb. Amsterdam 22 Febr. 1848. W. 1011. Kantong. Winschoten 12 Jan. 1855 W. 1618. Arr. Rechtb. Amsterdam 10 Mei 1892. W. 6229.

*wet in werking treedt, voldaan hebben aan art. 8 van het Burgerlijk Wetboek, blijft, wat de toepassing betreft van het burgerlijk recht . . . . . de gelijkstelling met Nederlanders gehandhaafd, zoolang zij hunne woonplaats in het Rijk behouden.* Deze bepaling was noodig, omdat door deze wet van 1892 de regeling van het Nederlanderschap in het Burgelijk Wetboek werd afgeschaft. Het getal dergenen, die van deze bepaling mogen genieten, kan dus niet meer vermeerderen. —

Overigens zijn *alle* vreemdelingen zonder uitzondering aan de bepaling van art. 152 onderworpen, dus ook van vreemde vorsten en gezanten kan de cautie worden gevorderd, wanneer zij hier te lande een proces aanvangen. Dit leeren reeds CARRÉ 1) en MERLIN 2). Sommigen willen een uitzondering maken voor hen, die toegelaten zijn tot de kostelooze procedure; het zoogenaamde „armenrecht”. De Fransche schrijvers behandelen deze kwestie niet, omdat de Fransche wetgever de Pro Deo-procedure niet kende. Bij ons vinden we een regeling in de artt. 855 en volgende van het Wetboek van Burgelijke Rechtsv. 't Is een recht speciaal voor Nederlanders, doch bij tractaten, zegt art. 855 al. 2, kan bepaald worden, dat de onvermogende vreemdelingen hier te lande ook tot de Pro Deo-procedure kunnen worden toegelaten. Wanneer dat nu het geval is, dan kan van

---

1) Carré. Op. cit. n<sup>o</sup>. 701.

2) Merlin. „Répertoire.” voce: caut. iud. solv. § 1 n<sup>o</sup>. 7.

dien vreemdeling, zoo zegt men geen cautie worden gevorderd; hij toch is toegelaten tot de kostelooze procedure, omdat hij niet heeft, en nu zou hij zekerheid moeten stellen, dat hij wel zal geven. Zoodoende zou er van deze Pro Deo-procedure niets terecht komen. Doch m. i. is dit slechts een argument ten opzichte van het ius constituendum, met 't oog op de bepalingen van de wet moeten we wel tot een andere beslissing komen.

VAN DER LINDEN zegt hiervan: „Wij oordeelen dit verzoek zeer ongepast te zijn; dewijl men zulke lieden blootstelt aan het doen van een eed, welken zij vooraf weten niet te kunnen naarkomen”. 1) Bij ons kan daarvan geen sprake zijn, omdat de eischer, die geen borg kan stellen niet verplicht wordt onder eede te beloven de kosten te zullen betalen. Wel zou men het ongepast kunnen vinden van zoo iemand zekerheid te vragen, maar dit is geen reden om onze wet in dien zin te verklaren. Onze bepaling zegt zoo algemeen mogelijk: *alle vreemdelingen*, wanneer hierop een uitzondering bestond moest dit uitdrukkelijk in de wet zijn vermeld. Toch is een paar maal door den rechter beslist, dat de cautie in dit bepaalde geval niet kan worden geëischt; zoo bij een vonnis van de arrond. rechtbank te Nijmegen van 26 Januari 1844 2), dat evenwel terecht in hooger beroep is vernietigd door het arrest van het Prov. Hof

---

1) Van der Linden. Op. cit. p. 159.

2) R. Bijbl. 1844. p. 230.

van Gelderland van 10 Juni 1844 1). Evenzoo werd een dergelijke beslissing van de arrondissements rechtbank te Arnhem van 31 Mei 1855 vernietigd door een arrest van bovengenoemd Hof van 16 Januari 1856 2). Een even onjuiste beslissing als de vorige vonnissen vinden we in het vonnis van de arr. rechtb. te Assen van 25 November 1867 3). De rechtbank overwoog „dat de vraag (n. l. of al of niet cautie geëischt kon worden) ontkennend moest worden beantwoord, op grond, dat de wetgever in art. 870 bepalende, dat indien de verkrijger der toelating bij eindvonnis in 't ongelijk gesteld en in de kosten veroordeeld is, het der wederpartij vrijstaat om de harerzijds gevallen kosten zoo mogelijk op hem te verhalen — niet tevens kan hebben gewild, dat de kosteloos procederende partij vooraf zekerheid stelle voor de volledige betaling der kosten, schaden en interessen in welke zij zouden kunnen worden verwezen, *iets waardoor de bij tractaat gewilde onzekerheid van verhaal in zekerheid zou veranderen.*” Zeer zeker een weinig serieus tegenargument. — Ook is wel opgemerkt, dat de cautie hier als 't ware niet noodig zou zijn, dit zegt reeds VAN DER LINDEN, nadat hij betoogd heeft, dat het verzoek om cautie hier „ongepast” is: „En hierin is een hardheid gelegen, daar men volgens onze Practijcq het vermogen heeft, om, wanneer men het

---

1) W. 525.

2) W. 1742.

3) W. 3031.

notoir ongelijk van zijne partij kan aantoonen, een verzoek om admissie Pro Deo ex meritis causae tegen te spreken". Ook tegenwoordig kan dit nog, blijkens art. 862 Wetb. van Burg. Rechtsv., maar dan moet gedaagde ook nu nog zijn tegenspraak gronden hierop, dat aanvankelijk volkomen blijkt van de ongegrondheid van des verzockers beweren. De toelating kan dus zeer wel verleend zijn en toch later blijken, dat de vordering ongegrond was en aanleiding geven tot veroordeeling van den cischer, terwijl gedaagde zijn recht nu niet kan vervolgen.

Onze schrijvers 1) zijn allen eveneens van gevoelen, dat volgens het ius constitutum ook de vreemdeling, toegelaten tot de Pro Deo-procedure, verplicht is cautie te stellen, al moge daardoor wellicht grootendeels het nut van de gratis procedure vervallen. In de weinige traktaten op dit stuk gesloten wordt, niettegenstaande de toelating tot kosteloos procederen, de verplichting tot borgstelling voorbehouden 2); echter is dit niet het geval met het tractaat met Italië van 9 Januari 1884 (zie: wet 7 October 1884 S. 214), dat in art. 3 het tegendeel bepaalt. Dit is evenwel te verklaren uit het

1) Mr. Olivier in Themis 1844. p. 435.

Mr. A. de Pinto. Op. cit. II. 1<sup>ste</sup> st. p. 395.

J. C. Rasch. diss. Leiden. 1853. p. 23.

W. Francken. diss. Leiden, 1855. p. 43.

Oudemans. Op. cit. I. p. 198.

Redactie Weekbl. van het Recht. W. 5034.

Faure. Op. cit. III. p. 107.

2) Tractaat met Pruissen 1822; met het Groot-Hertogdom Hessen 1826; en met het Groot-Hertogdom Luxemburg 1846.



feit, dat de zekerheidstelling in de Italiaansche wetgeving ontbreekt. Een dergelijke vrijstelling van cautie vinden we in art. 3 van het tractaat met België van 31 October 1892 (zie: wet 24 December 1893 S. 244).

Noch 't Ontwerp van 1865 noch dat van Hartogh van 1893 brengen verandering in deze kwestie; trouwens het laatste laat dit geheele onderwerp onveranderd.

Ieder dus, die, vreemdeling zijnde, als eischer optreedt moet desgevorderd cautie stellen. Zoo is dan ook beslist door de arrond. rechtbank te Amsterdam 15 Maart 1871 1), dat de vreemdeling, die in hoedanigheid van voogd over Nederlandsche minderjarigen interveniëert, in privé cautie moet stellen. Hij toch kan veroordeeld worden uit eigen beurs de kosten te betalen. Anders is dit, indien hij gedekt is door de in art. 461 Burgerl. Wetb. genoemde machtiging van den kantonrechter. Daarentegen behoeft een Nederlander, die in eigen naam als executeur-testamentair optreedt geen cautie te stellen, al is de overledene vreemdeling geweest. Aldus besliste de arrond. rechtbank te Maastricht 24 October 1851 2). Hier is de ratio legis niet van toepassing.

Doch we kunnen de vraag stellen: op welk tijdstip moet de eischer vreemdeling zijn, om onder de bepaling van art. 152 te vallen? Het kan toch gebeuren, dat een vreemdeling, die hier als eischer optreedt, zijn hoedanigheid van vreemdeling verliest, doordat hij genaturaliseerd

1) W. 3345.

2) W. 1315

wordt; (vroeger kon dit geval zich eerder voordoen, onder de werking van art. 8 Burgerl. Wetboek) en het kan ook zijn, dat een Nederlander, als eischer optredende, vreemdeling wordt.

In 't eerste geval zien we dus iemand, die als eischer is opgetreden en b. v. ná de dagvaarding en nog vóór dat gedaagde het verzoek tot het stellen van cautie heeft gedaan, Nederlander wordt. Kan de gedaagde dan toch nog van hem de cautie vorderen?

Men heeft gezegd: neen, de cautie kan niet meer gevorderd worden, want iedere vordering moet beoordeeld worden naar het oogenblik, waarop zij gedaan wordt, zoodat evenals iedere hoofdvordering beoordeeld moet worden naar het tijdstip van de dagvaarding, evenzoo iedere incidenteele vordering, ieder voorloopig verzoek of iedere exceptie moet beoordeeld worden naar het tijdstip, waarop zij door 't nemen van conclusie aanhangig is gemaakt. 1) Hiertegen voerde men aan de woorden van art. 152: *Alle vreemdelingen, eischers zijnde . . . . zijn gehouden . . . . zekerheid te stellen, enz.* De cautie moet dus op verzoek gesteld worden, zoo dikwijls een vreemdeling eischer is. Dit laatste is onjuist, immers als een vreemdeling als eischer optreedt is het nog onzeker of de tegenpartij het verzoek om cautie zal doen, eerst wanneer dat gebeurt ontstaat voor den

1) Zoo: Arrond. Rechtb. Amsterdam 2 Juli 1861. W. 2302.

Hof Noord-Holland 26 Juni 1862. W. 2447.

Arrond. Rechtb. Amsterdam 23 Dec. 1863. R. Bijbl. 1865. p. 375.

vreemdeling eene verplichting, en dit is het moment, waarop moet beoordeeld worden of hij al of niet vreemdeling is. Is hij intusschen Nederlander geworden, dan valt hij niet meer onder de bepaling van art. 152; ook de ratio legis bestaat voor hem niet.

Deze vraag is evenzoo beantwoord in de Regtsgeleerde Adviezen 1), doch de conclusies, die hier uit het bovenstaande worden getrokken, kan ik, zooals wij straks zullen zien, niet geheel beämen.

Een tweede geval is, dat een vreemdeling hier te lande als eischer is opgetreden en dat de wederpartij het verzoek tot zekerheidstelling heeft gedaan, maar terwijl het incidenteel geding, dat hieruit is ontstaan, nog niet is geëindigd, is de eischer Nederlander geworden. Hoe moet nu dit incidenteel vonnis worden gewezen; moet de eischer, die inmiddels zijn hoedanigheid, waarom hij cautie moet stellen, heeft verloren, desniettemin, veroordeeld worden tot het stellen van zekerheid, of moet deze kwestie in anderen zin worden beslist? In de Regtsgeleerde Adviezen, zoo even aangehaald, wordt beslist, dat in dit geval de eischer er zich niet op kan beroepen, dat hij intusschen Nederlander is geworden. Toen de conclusie genomen werd, zoo wordt daar geredeneerd, was deze juist en het is naar dat tijdstip, dat het incident moet worden beoordeeld. Zoo oordeelt ook

---

1) Regtsgel. Adviezen VII. p. 129—131.

DE PINTO 1) en OUDEMAN 2) en in denzelfden geest vinden we vonnissen van de arr. rechtb. te Amsterdam van 16 Januari 1849 3) en van 17 October 1855 4.)

Kon ik me wel vereenigen met de meening, dat de staat van vreemdeling niet moet worden beoordeeld naar een tijdstip voorafgaande aan het verzoek tot zekerheidsstelling, ik kan niet meegaan met het gevoelen, dat dit tijdstip het eenige is, waarnaar geoordeeld mag worden en dat derhalve de rechter bij zijn beslissing niet mag te rade gaan met hetgeen, hangende het geding in de verhouding van partijen wellicht verandering heeft gebracht. Integendeel m. i. moct men na een eenigszins nadere beschouwing noodzakelijk tot beslissing komen, dat de eischer, die hangende het incidenteel geschil over het stellen van de zekerheid van vreemdeling Nederlander is geworden, niet meer verplicht kan worden cautie te stellen.

Een algemeen voorschrift, waardoor de rechter verplicht zou worden een vonnis zóó te wijzen, alsof de zaak nog was in den toestand, waarin zij tijdens de dagvaarding verkeerde, is in onze wet niet te vinden. We kunnen daaruit dus besluiten, dat de rechter wel degelijk moet letten op datgene, wat gedurende het geding is voorgevallen en wellicht de vordering heeft

---

1) De Pinto. Op. cit. I 1<sup>ste</sup> st. p. 305.

2) Oudemans. Op. cit. I p. 197.

3) W. 1007.

4) W. 1707.

doen te niet gaan. En dit te meer, daar er gevallen in de wet worden genoemd, waarin aan het te niet gaan der actie geen kracht wordt toegekend, opdat de eischer door den duur van het proces geen schade zal lijden; zoo b. v. de bepaling van art. 312, 326, 1729 lid 2, 2016, van het B. W., enz. 1). Want waartoe deze uitdrukkelijke bepalingen, als het volgens onze wet vaststond, dat nooit mag worden gelet op den ondergang der vordering na de dagvaarding? Op deze gronden heeft GERRITZEN 2) deze meening zeer juist verdedigd en uiteengezet. Hij gaat verder met te zeggen: „En nu werpe men mij niet tegen, dat ik gebruik maak van het gevaarlijke argumentum a contrario, want mijne redeneering is de volgende: als de wet het stilzwijgen had bewaard over alle gevallen, waardoor een actie gedurende het proces kan teniet gaan, dan zou hiervan 't gevolg zijn geweest, dat steeds de gedaagde moest worden vrijgesproken, als hij aantoonde, dat des eischers vordering had opgehouden te bestaan. De wetgever echter, terecht het billijke beginsel toegeëend, dat de eischer in dien toestand moet worden gesteld, als waarin hij zou geweest zijn, ware hij in den aanvang van het proces bevredigd, heeft bepaald, dat eenige, door hem genoemde wijzen van ondergang eener actie, geen invloed zullen hebben op het vonnis, indien die ondergang

---

1) Zie hierover J. Gerritzen, diss. Leiden 1892. p. 99—112.

2) J. Gerritzen, Op. cit. p. 113.

der vordering voorvalt na de dagvaarding." Nog een argument voor deze meening ziet hij verder in art. 348 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvord., welk artikel den verweerder toestaat om in hooger beroep nieuwe wren van rechten in te brengen, mits deze eene verdediging ten principale opleveren en niet in 't geding ter eerster instantie zijn gedekt. „Welnu", zoo gaat hij verder, „de verwering, hierop gegrond, dat de vordering des eischers na de dagvaarding is teniet gegaan, is ongetwijfeld eene verwering ten principale; van deze verwering mag dus de verweerder in hooger beroep gebruik maken, en a fortiori mag hij deze verwering in den eersten aanleg doen gelden, tenzij de wet hem uitdrukkelijk heeft verboden zich te beroepen op een bepaald opgenoemde wijze van teniet gaan der vordering, gelijk de wet b. v. in de artt. 2016 en 1315 B. W. heeft gedaan."

En men zou tot dwaze consequenties komen, indien men het tegenovergestelde aannam, zooals b. v. DE PINTO doet 1). In ons geval b. v. zou de rechter een Nederlander veroordeelen tot het stellen van zekerheid, op grond, dat hij vreemdeling was! En laatstgenoemde zou als 't ware gedwongen worden door den rechter om het proces te rekken, door van het vonnis in hooger beroep te gaan.

En wat zou verder 't geval zijn, indien we aannamen,

---

2) De Pinto. Op. cit. II 1<sup>ste</sup> st. p. 489.

dat de rechter bij zijn vonnis alleen moet letten op den toestand op 't oogenblik van de dagvaarding, 't geen in ons geval gelijkstaat met de conclusie van gedaagde, waarbij de cautie wordt gevorderd? Dat gedaagde eenvoudig bevoordeeld zou worden in vergelijking van andere gedaagden, die een proces voeren tegen Nederlanders, en dat zonder eenige reden.

Zoodra eischer Nederlander is geworden houdt de ratio van de bepaling van art. 152, de waarborg voor de kosten, op en staat gedaagde tegenover den eischer als tegenover ieder ander Nederlander. Aldus werd beslist door 't Hof van Noord-Brabant 11 Juni 1872. 1)

Een derde geval kan zich voordoen, dat men n.l. reeds cautie heeft gesteld en daarna Nederlander is geworden. Dan zal natuurlijk ieder nader verzoek tot verhooging van die cautie, hetzij in dezelfde instantie, hetzij in appel of cassatie gedaan, ongegrond zijn.

Doch ook 't omgekeerde kan plaats hebben, n.l. dat een Nederlander, die als eischer is opgetreden, naderhand gedurende den loop van het geding de hoedanigheid van Nederlander verliest en vreemdeling wordt. Dan zal de gedaagde, in welken stand het geding zich ook bevinde, gerechtigd zijn dadelijk het verzoek om cautie te doen. 2) Alleen bij cassatie is hierop een

---

1) Niet opgenomen in een der bekende verzamelingen. Zie van Oppen, *Pasicrisie 1<sup>ste</sup> vervolg. Voc<sup>o</sup> cautio jud. solv. n<sup>o</sup>. 72.*

2) Zoo ook: Hof van Noord-Brabant 1 Maart 1842. p. 212—214.

uitzondering door art. 415 5<sup>de</sup> lid Wetboek van Burgerl. Rechtsvord.

Op wien rust de bewijslast, wanneer er verschil bestaat over de kwestie of eischer al of niet vreemdeling is? Wanneer iemand zich op eenig feit tot staving van zijn recht beroept, moet hij 't bestaan van dat feit bewijzen volgens de bepaling van art. 1902 B. W. Indien dus hier te lande iemand als eischer optreedt en gedaagde vordert van hem cautiëstelling op grond, dat hij vreemdeling is, dan moet gedaagde dit feit bewijzen. Dit is ook het standpunt, dat onze jurisprudentie bij deze vraag heeft ingenomen, we vinden daarover de volgende beslissingen: arrest Hof van Gelderland 29 Januari 1840 1); vonnis arr. rechtbank te Rotterdam 4 Januari 1843 2); idem Maastricht 24 October 1851 3); idem Groningen 26 Juli 1867 4). Wanneer daarentegen uit de dagvaarding een vermoeden ontstaan is, dat eischer vreemdeling is, tengevolge waarvan door gedaagde de vordering tot zekerheidstelling is ingesteld, dan is steeds beslist, dat eischer, die beweert, dat hij niettegenstaande dezen schijn toch Nederlander is, het bewijs hiervan moet leveren. Zoo b. v. een vonnis van de arr. rechtbank te Amsterdam 19 November 1868 5); (eischers hadden bij

---

1) W. 144.

2) W. 358.

3) W. 1315.

4) R. Bijbl. 1869. p. 688.

5) W. 9630.



dagvaarding opgegeven te zijn: „kooplieden wonende te Londen”.); idem Amsterdam 7 Januari 1869 1); (opgegeven: „koopman wonende te Pesth”.); zoo ook kanton-gerecht n<sup>o</sup> 2 te Amsterdam 25 Juli 1870 2) (opgegeven: „commissionnairs wonende en kantoor houdende te Luik”.) Men redeneerde n. l. aldus: uit dergelijke opgaven in de dagvaarding ontstaat het vermoeden, dat eischer vreemdeling is; dit vermoeden kan als praesumptio iuris tantum door tegenbewijs worden ontzenuwd, en dit moet dan geschieden door eischer.

Wij hebben gezien, dat er twee hoofdvereischten noodig waren, om onder de bepaling van art. 152 te vallen n. l. dat men zij: vreemdeling en eischer. Wie is eischer in een geding?

In 't algemeen kunnen we zeggen: eischer is hij, die 't eerst in rechte optreedt, van wien de dagvaarding uitgaat. Hij, die voor den rechter gedaagd wordt, is de verweerder. Evenwel kan 't voorkomen, dat oogenschijnlijk iemand als eischer optreedt, terwijl hij inderdaad toch gedaagde is. Vandaar het verschil van meening in de jurisprudentie en bij de schrijvers over de verhouding, waarin partijen in een proces tegenover elkander staan. Zoo b.v. het geval, dat gedaagde in eerste instantie veroordeeld wordt en van dit vonnis in hooger beroep gaat; moet hij dan nog steeds beschouwd worden als gedaagde of is hij nu door die handeling eischer geworden? Even-

---

1) W. 3124.

2) W. 3254.

zoo bij verzet tegen een verstekvonnis; blijft gedaagde, die verstek heeft laten gaan en tegen het veroordeelend vonnis in verzet komt zijn qualiteit behouden of niet?

Wat 't eerste geval betreft, zoo zijn vele schrijvers en het meerendeel der rechterlijke beslissingen vóór de meening, dat in het hooger beroep, als zijnde de voortzetting van het geding, de verhouding van partijen *die* blijft, welke bestond in eerste instantie; de oorspronkelijke gedaagde, in hooger beroep appellant, blijft dus ook dáár gedaagde. Dit is m. i. ook de juiste beschouwing. De cautio iudicatum solvi is niet beperkt tot de eerste instantie, dit blijkt uit art. 353. De bepaling van dit artikel zal wel moeielijk anders kunnen worden uitgelegd, dan dat in dezelfde gevallen, genoemd in art. 152, ook in hooger beroep cautie kan worden gevorderd, een vreemdeling dus, die tevens is eischer. De vraag blijft dus: wie is in hooger beroep eischer? — En 't antwoord hierop moet m. i. luiden: hij, die eischer is geweest in eerste instantie. In hooger beroep toch houdt de oorspronkelijke eischer zijn eisch, de oorspronkelijke gedaagde zijn verdediging vol, om 't even wie in eerste instantie in 't ongelijk is gesteld; het appel brengt het proces terug in den toestand, die vóór het in eersten aanleg gewezen vonnis bestond.

Wanneer toch iemand gedaagd wordt voor den rechter, staan hem van dat oogenblik af *alle* mogelijke middelen ter verdediging ten dienste, welke volgens de wet zijn

geoorloofd. Voelt hij zich nu bezwaard door het vonnis ter eerster instantie, overtuigd van zijn goed recht, dan kan hij zich nogmaals tegen den gedanen eisch verdedigen, ditmaal bij een hooger en rechter; hij wordt door deze daad van verdediging echter geen eischer. Voor zaken vatbaar voor hooger beroep hebben wij als 't ware een rechtspleging met twee trappen; dezelve zaak kan achter-eenvolgens aan de beslissing van twee rechters van verschillende rang worden onderworpen; duidelijk is het dus, dat de stand der partijen, door de wet aangewezen, in appel niet verandert. De conclusien van partijen in eersten aanleg bepalen onherroepelijk ook in hooger beroep hun stand onderling in het proces, dat tusschen hen aanhangig is.

Dat het wel degelijk dezelfde zaak is, waarover eene beslissing van den hooger en rechter wordt uitgelokt, blijkt duidelijk uit art. 348 Wetboek van Burgerlijke Rechtsv., dat bepaalt, dat in hooger beroep (behoudens enkele uitzonderingen) geen nieuwe eisch mag worden gedaan; wel daarentegen mogen nieuwe wesen worden ingebracht.

Dat de oorspronkelijke eischer, vreemdcling zijnde en appellant in hooger beroep, wel cautie voor de kosten zal moeten stellen, behoeft thans zeker geen betoog. Voor hem blijft de ratio legis, die in eersten aanleg bestond, ook in hooger beroep van kracht.

Dat hooger beroep is voortzetting van het geding in eersten aanleg, vindt men eveneens verdedigd door

MR. OUDEMAN 1), MR. P. VAN BEMMELEN 2) en in Vragen van Nederlandsch Regt 3). Een uitgebreide jurisprudentie toont de rechterlijke beslissing aan, op de door mij verdedigde gronden gegeven 4).

Een enkele rechterlijke beslissing vinden we in tegenovergestelden zin n. l. een vonnis van de arr. rechtbank te Utrecht van 7 Februari 5) en idem te Assen 11 Sep-

1) Mr. Oudeman, Op. cit. I. p. 200.

2) In Themis 1885, p. 193. vlg.

3) Vragen van Ned. Regt. II p. 161—163.

4) *Oorspronkelijk gedaagde, in hooger beroep appellant, behoeft geen cautie te stellen:*

Hof Noord-Brabant 1 Maart 1842. R. Bijbl. 1842. p. 212.

Hof Noord-Holland 27 Maart 1843. W. 861.

Arrond. Rechtb. Assen 22 April 1844. R. Bijbl. 1844. p. 525.

Hof Zuid-Holland 30 Dec. 1846. W. 775.

Arrond. Rechtb. Amsterdam 26 Oct. 1870. W. 3278.

*Vreemdeling, oorspronkelijk eischer, incidenteel verweerder, appellant van het incidenteel vonnis, behoeft geen cautie te stellen:*

Hof Limburg 13 Dec. 1861. W. 2374.

Hof Noord-Holland 15 Nov. 1866. W. 2892.

Hof Gelderland 2 Maart 1870. W. 3244.

*Vreemdeling, oorspronkelijk eischer, in hooger beroep gëntimeerde, moet cautie stellen:*

Hof Overijssel 7 Juni 1847. W. 864.

Hof Overijssel 7 Febr. 1870. in geen der bekende verzamelingen opgenomen. Zie: Van Oppen. Pasicrisie. 1<sup>ste</sup> vervolg. voce: cautio jud. solv. n<sup>o</sup>. 70.

Hof Noord-Holland 18 Nov. 1875. W. 3953.

*Hooger beroep is voortzetting van het rechtsgeding:*

H. R. 26 Nov. 1841. Van den Honert. Verzam. van arr. Gemengde zaken. II p. 100—104.

H. R. 27 Mei 1842. V. d. Honert. l. c. p. 105—110.

Arrond. Rechtb. Maastricht 20 Oct. 1842. R. Bijbl. 1843. p. 220.

Hof Noord-Brabant 4 Nov. 1845. Ned. Rechtspraak XXVI § 88.

Hof Utrecht 13 Dec. (= 30 Dec.) 1847. W. 876.

Arrond. Rechtb. Hoorn 13 Sept. 1848. R. Bijbl. 1849. p. 59.

5) W. 475.

tember 1848 1), benevens een arrest van het Hof te Drenthe 29 September 1849 2). Van tegenovergestelde meening, dan de door mij verdedigde, is ook MR. A. DE PINTO 3), Regtsgeleerde Adviezen 4), en DE MAREES VAN SWINDEREN 5). In 't kort wensch ik de verschillende gronden na te gaan, waarop deze meening door hen is gebaseerd.

Een der eerste argumenten is wel, dat appellant eischer is, *omdat* hij appellant is. Waar twee partijen tegenover elkander staan, is de ééne eischer, de andere verweerder; in eersten aanleg is eischer „hij, die dagvaardt” en een vordering instelt, van welken aard ook; in hooger beroep is eischer „hij, die dagvaardt” en „vordert” de vernietiging van een nadeelig vonnis; de partij, die zich tegen die vordering verdedigt is verweerder. Een onderscheiding van eischer in 't geding en eischer in de instantie wil men niet gemaakt zien, omdat de wet dit niet kent. Evenwel meen ik, dat de wet een beschouwing als bovenstaande evenmin kent; maar men kan onmogelijk onderscheiden naar de partij, die iets vordert, en die zich tegen een vordering verzet. Hij, die in eersten aanleg gedaagde is, verweert zich en vordert, dat aan eischer zijn eisch zal worden ontzegd; in hooger beroep ver-

---

1) R. Bijbl. 1852. p. 96.

2) W. 1268.

3) de Pinto. Op. cit. II 1<sup>ste</sup> st. p. 310. vlg. en vooral in Themis 1847 p. 211. vlg.

4) Regtsgel. Adviezen. IV p. 159. vlg.

5) de Marees van Swinderen, diss. Groningen. 1862. p. 71.

weert hij zich ook en vordert vernietiging van het verkeerd gewezen vonnis, 't geen hetzelfde is als zijn vordering in eersten aanleg. Tegen iemand wordt door een ander een eisch ingesteld, welnu, daartegen mag hij zich verdedigen met alle middelen, die hem ten dienste staan en zóó lang tot al die middelen uitgeput zijn. Mr. P. VAN BEMMELEN 1) noemt de voorstelling, dat in appel de appellant eischer is, de geïntimeerde gedaagde een praktizijnsbeschouwing! Hij zegt: „De „praktizijn” stoort zich van ouds niet aan het wezen der zaak, maar neemt slechts processuele vormen en vormelijke verhoudingen der partijen in aanmerking. Voor hem is de eischer niet hij, die iets van de tegenpartij vordert, maar die haar voor den rechter *daagt*, en is de reus enkel hij, *die gedaagd wordt*. In appel verandert alles voor hem, de appellant wordt daar voor hem eischer, omdat de appellant de zaak opnieuw voor den rechter brengt, en de tegenpartij wordt voor hem gedaagde, omdat zij door den appellant in regten wordt gedaagd. Om nu de tegenpartij van den appellant volstrekt niet meer haren oorspronkelijken titel van eischer of van gedaagde te gunnen, noemt hij dezen onverbiddelijk „geïntimeerde”. Het ware wenschelijk, dat men dezen laatsten dwazen term (geappelleerde ware dan nog iets beter) geheel liet varen, en aan partijen hare oorspronkelijke benamingen liet behouden.”

---

1) In Themis 1885, p. 194--195.

Verder zegt men: het is niet te verwachten, dat de wet in hooger beroep aan den Nederlander, die door een vreemdeling voor den rechter wordt gedaagd, een middel zal onthouden, om zich tegen nadeel te beschermen, dat de wet hem in eersten aanleg wel toekent. Doch dat is, dunkt mij, de ratio van art. 353. En de kwestie is slechts: wie is eischer? Hij, die in eersten aanleg eischer was, blijft dit in hooger beroep en is deze vreemdeling, dan kan cautie van hem worden gevorderd.

Ook wijst men op art. 353, dat art. 152 in hooger beroep toepasselijk verklaart. Dit beteekent dus, zegt men, dat ik 't zelfde recht heb als verweerder in hooger beroep, als wat ik had als verweerder in eersten aanleg. En welk is dit recht? Dat ik door een vreemdeling gedagvaard voor den rechter, alvorens mij met zijn vordering in te laten, kan zeggen: gij zijt vreemdeling, stel cautie. Wederom 't geen MR. VAN BEMMELEN noemt een: „praktijnsbeschouwing”. Men gaat bij alles uit van het pseudo-axioma: „wie dagvaart, is eischer”.

Bij dit alles heb ik met opzet de Fransche schrijvers buiten bespreking gelaten, omdat hun beschouwingen voor ons recht weinig van belang zijn, daar de beide wetgevingen op dit punt vrij belangrijk verschillen. Dit is duidelijk aangetoond door MR. DE PINTO 1.)

Wat betreft de cassatie-procedure vinden we uitdrukkelijke bepalingen in art. 415 Wetb. van Burg. Rechtsv. 1° zien we daaruit, dat de oorsponkelijke verweerder,

1) In Themis 1847. p. 212—213.

eischer in cassatie, niet gehouden is zekerheid te stellen en 2<sup>o</sup> dat de verweerder in cassatie daartoe ook niet gehouden is. Cautie komt dus alleen te pas, in geval de oorspronkelijke eischer, ook in cassatie eischer is.

Alles, wat over het hoog beroep is gezegd, is grotendeels ook toepasselijk op 't geval, dat de gedaagde, bij verstek veroordeeld, tegen dat vonnis in verzet komt. Niettegenstaande zijn verzet moet hij bij voortdoring beschouwd worden als gedaagde in het geding. MR. VAN BONEVAL FAURE 1), die van een ander gevoelen is, zegt: „De opposant mag in materielen zin verweerder heeten, formeel is hij zeker eischer en daarop komt het hier aan.” Waarom? Dat wordt niet gezegd. Neen, naar de beginselen van rechtsvordering wordt de opposant tegen een verstekvonnis eischer. Gewoonlijk blijft de veroordeeling in de kosten, als straf voor zijn niet verschijnen, alleen in stand, voor 't overige wordt 't vonnis bij de behandeling der zaak als niet gewezen beschouwd. 2) De wetgever heeft aan gedaagde, die bij verstek is veroordeeld, nog gelegenheid willen geven zijn verzuim te herstellen, en het wellicht onjuist gewezen vonnis, waarbij de regel: „audiatur et altera pars” niet kon toegepast worden, aan te vallen. Een middel van verdediging dus, evengoed als ieder ander, zonder dat hierdoor zijn kwaliteit van gedaagde in die van eischer verandert. In dezen zin is ook beslist bij vonnis van de arr. rechtbank te

1) Faure. Op. cit. III. p. 106.

2) Aldus ook: Vragen van Ned. Regt. II. p. 162.



Amsterdam 31 Mei 1843 1), idem arr. rechtbank te Groningen 26 Juli 1867 2) idem arr. rechtbank te Arnhem 3 Juni 1878 3) en idem arr. rechtbank te Amsterdam 6 Mei 1892 4).

En nu werpe men niet tegen de bewering, die ook wel de grond zal zijn van hetgeen boven is aangehaald van FAURE, dat de uitdrukking van art. 152: *alle vreemdelingen, eischers zijnde*, algemeen is en dat, daar hij, die in verzet komt tegen een verstekvonnis, ook een eisch doet, deze ook onder de algemeene bepaling van art. 152 valt. Want we zien, dat in rechte het woord: *eischer* verschillende beteekenissen kan hebben: hij, die op welke wijze ook een vordering doet en hij, die door een dagvaarding of daarmee gelijkgestelde akte een rechtsgeding aanvangt; de formeele en de materiële eischer, zooals FAURE zegt. En bij art. 152 hebben we juist te maken met den materiëlen eischer, niet met den formeelen. Immers onze bepaling is een min of meer gelukkige vertaling van art. 166 van den Code de proc. civ. Daar luidt het: *Tous étrangers, demandeurs principaux*, en wie dit zijn vinden we bij CARRÉ 5): „Demandeur principal, celui qui forme la demande, qui donne naissance au procès.” Hij nu, die 't initiatief neemt van het rechtsgeding is niemand anders

1) R. Bijbl. 1843, p. 789.

2) R. Bijbl. 1869, p. 688.

3) W. 4285.

4) W. 6228.

5) Carré, Op. cit. II. p. 82 n<sup>o</sup> 1.

dan de eischer bij dagvaarding, bij rau-actie. Dit blijkt echter nog duidelijker uit de in het art. 152 volgende woorden: *of in eene aangelegde rechtszaak zich voegende of tusschenkomende*. Waartoe toch die speciale aanduiding van de intervenienten, wanneer door het woord *eischers* reeds waren aangewezen niet alleen de aanleggers, maar allen, die in een *aangelegde rechtszaak* eenige vordering doen?

Met 't oog hierop mogen we dus m. i. concludeeren, dat indien een vreemdeling-gedaagde, bij verstek veroordeeld, tegen dit vonnis in verzet komt, hij niet veroordeeld kan worden tot het stellen van zekerheid, en dat daarentegen de Nederlander, die door een vreemdeling is gedagvaard, en, bij verstek veroordeeld, in verzet komt, wel van geöpposeerde de *cautio iudicatum solvi* kan eischen.

Na al 't geen thans gezegd is over het verzet tegen een verstekvonnis, zou men allicht geneigd zijn om eveneens aan te nemen, dat de gedaagde, die een eisch in reconventie instelt, desalniettemin ook niet valt onder de bepaling van art. 152; en aldus is ook gedaan door allen, die van hetzelfde gevoelen zijn omtrent hem, die tegen een verstekvonnis in verzet komt, als ik. Een reconventioneel-eischer is ook geen partij, die een geding aanhangig maakt, geen „demandeur principal”; hij maakt eenvoudig als gedaagde gebruik van een hem door de wet toegelukkig middel van verdediging; dit zijn hun argumenten.

Op deze overwegingen steunen ook de volgende be-

slissingen: een vonnis van de arr. rechtbank te Amsterdam 27 Juni 1855 1); een vonnis van de arr. rechtbank te 's Gravenhage 20 December 1859 2), bevestigd door een arrest van het Hof van Zuid-Holland 26 Maart 1860 3); en een vonnis van de arr. rechtbank te Amsterdam 2 April 1880 4). Voorstanders van deze leer zijn: BELINFANTE 5) en Regtsgeleerde Adviezen 6).

Naar mijne meening is deze beschouwing niet geheel juist, integendeel moeten we beslissen, dat de gedaagde, die een eisch in reconventie instelt, daardoor valt onder de bepaling van art. 152. Om hierin een juist inzicht te krijgen, zullen we in 't kort nagaan, wat een reconventioneele vordering is volgens 't Nederlandsch recht. Het Fransche recht kende de reconventie niet; ze werd alleen erkend door de Fransche schrijvers en de jurisprudentie; doch gedeeltelijk verwarde men ze met compensatie, deels vorderde men verband tusschen den eisch in conventie en dien in reconventie en zag men er aldus meer een verdediging in van gedaagde. Bij ons heeft de wetgever niet de Fransche praktijk, maar het oud-Hollandsch recht gevolgd.

In haar Memorie van Toelichting zeide de Reggering hieromtrent: „Een belangrijk onderwerp der proces-orde is het vermogen van een verweerder om eisch in recon-

---

1) W. 1707.

2) W. 2124.

3) W. 2174.

4) W. 4557.

5) In Themis 1866. p. 484. vlg.

6) Regtsgel. Adv. VI. p. 171. vlg.

ventie te doen. Dit vermogen rust op het beginsel, dat een aanlegger de bevoegdheid van den rechter, welke hij zelve inroept, op zijn beurt niet kan declineren, en geeft aan den verweerder het gemak, dat hij een wederkerige vordering tegen den aanlegger hebbende, denzelve *in eodem judicio* kan brengen, zonder noodig te hebben daartoe afzonderlijke dagvaardingen te bezigen en op twee plaatsen te moeten procedeeeren; een gemak, waarin ook de aanlegger deelt, en aan beide partijen het voordeel aanbiedt, dat de wederzijdsche condemnatien, indien deze hebben plaatsgehad, op een gemakkelijke wijze kunnen worden geliquideerd, en daardoor dubbele kosten van executie voorgekomen; de eisch in reconventie is derhalve geene eigenlijk gezegde compensatie, welke eigenlijk is eene exceptieve defensie tegen eenen eisch, terwijl de reconventie *een op zich zelve staande eisch* van den verweerder tegen den eischer is, die daarin op zijn beurt verweerder wordt." 1)

Hieruit blijkt duidelijk de aard der reconventie volgens ons recht als een afzonderlijke, op zich zelf staande vordering. Enkele leden van de Staten Generaal hadden hiertegen bezwaar, daar ze vonden, dat het te ver ging, en wilden de reconventie alleen doen strekken tot verdediging tegen den eisch ten principale, hetgeen evenwel door de Regeering werd tegengesproken en waardoor geen verandering in de wet werd gebracht. Het zal dus nu

---

1) v. d. Honert. Op. cit. p. 333

kunnen gebeuren, dat een gedaagde tegen dengene, die van hem uitlevering van een paard vordert, een reconventioneele vordering instelt tot teruggave van een onroerend goed of tot de toelating van een recht van erfdiensbaarheid, en dat, indien een elders wonend eischer iemand te Amsterdam aanspreekt tot betaling eener gewone schuld, deze, bij reconventie, den eischer voor diezelfde rechtbank aanspreekt tot levering van een gekocht of gehuurd huis. (Voorbeelden opgenoemd door bovengenoemde leden der Staten Generaal om het buitensporige der regeling aan te toonen). 1) In overeenstemming met de duidelijke bedoeling van den wetgever zijn ook de bepalingen der wet, vervat in de artt. 250. vgl. Wetb. van Burg. Rechtsv. Daar toch wordt niet alleen gesproken van een *eisch in reconventie*, maar de wet erkent ook in die beide vorderingen *twee gedingen*, welke tegelijk worden voldongen, bij een en hetzelfde eindvonnis worden beslist of gesplitst worden, in welk geval daarin afzonderlijk wordt gevonnisd. Verder wordt het hooger beroep toegelaten, indien het beloop van den eisch in conventie, gevoegd bij dien in reconventie, te boven gaat de rechtsmacht van den rechter om in het hoogste ressort recht te spreken; alleen in geval van splitsing worden de gewone regelen van hooger beroep gevolgd.

Terecht m. i. besliste dan ook de arr. rechtbank te Arnhem 1 November 1858 2), dat er in geval van re-

1) v. d. Honert. Op. cit. § 250.

2) W. 2096.

conventie twee gedingen gelijktijdig worden gevoerd, tusschen dezelfde partijen, welke daarin over en weer eischers en verweerders zijn.

Zij dus, die de reconventioneele vordering beschouwen als eene verdediging tegen de hoofdzaak, hebben dezen zelfstandigen aard van den eisch in reconventie uit 't oog verloren. Wanneer we de beraadslagingen over deze XI<sup>de</sup> afdeeling van het wetboek nagaan, dan zien we steeds erkend, dat de eisch in reconventie geen verdediging is, maar dat we hier te doen hebben met twee afzonderlijke zaken, die zoo mogelijk gelijktijdig worden berecht. In de Regtsgelcerde Adviczen 1) wijst men er op, dat vaak „de verdediging alleen bestaat in een reconventie of althans onmiddelijk voortvloeit uit de ter verdediging aangevoerde feiten, b. v. in een vordering tot nietigverklaring van den titel van den eisch”, doch ook dan nog is de reconventie een eisch, dien gedaagde even goed, vóór hij in rechte werd gedaagd, bij de dagvaarding had kunnen instellen, en moet men dit derhalve niet verwarren met een gewone verdediging tot niet-ontvankelijk verklaring of ontzegging der vordering ten principale.

MR. A. OUDEMAN, die bovenstaande meening ook voorstaat 2) en zijn argumenten in „Opmerkingen en Mededeelingen” nader heeft ontwikkeld 3), betoogt daarin

1) Regtsgel. Adv. VI. p. 173.

2) Oudemán. Op. cit. I p. 199.

3) Opmerk. en Mededeelingen XIV p. 174. vlg.

ook, dat de boven door mij uiteengezette beschouwing, dat onder het woord *eischer* in art. 152 verstaan moet worden: hij, die bij dagvaarding of eenig daarmee gelijkstaande akte een geding aanhangig maakt; — niet juist is. En hij doet dit, om te bewijzen, dat zijne meening, dat indien een vreemdeling-gedaagde eisch in reconventie doet, deze verplicht is cautie te stellen, niet in strijd is met de letter van de wet. Doch, wanneer men met mij aanneemt, dat onder dat woord *eischers* alleen de materiële eischers (zie pagina 52) behooren te worden begrepen, ook dan is het vragen van cautie van den vreemdeling, eischer in reconventie, niet in strijd met de letter van de wet. Immers wij zagen, dat wij hier hebben twee afzonderlijke gedingen, het een aanhangig gemaakt door den eischer in conventie, het ander door den eischer in reconventie. Laatstgenoemde staat dus, wat zijn eisch in reconventie betreft, op één lijn met den *demandeur principal*.

Hebben we thans gezien, dat het vragen van cautie van den vreemdeling, eischer in reconventie, niet in strijd is met de letter van de wet, thans zullen we nagaan of het niet in strijd is met de bedoeling van de wet, met de ratio van de bepaling van art. 152. Deze is, zooals we reeds zagen, de bescherming van den verweerder tegen het nadeel van een vordering van een vreemdeling, op wien men de kosten niet of moeielijk zou kunnen verhalen. Welnu dit is evenzeer toepasselijk op den reconventioneeelen als op den oorspronkelijken eischer.

Het meest komt dit uit bij zoodanige reconventioneele vorderingen, die in 't geheel niet in verband staan met de oorspronkelijke, wanneer dus de vreemdeling-gedaagde deze instantie aangrijpt om den eischer in een langdurig en kostbaar geding te betrekken. Minder valt dit wellicht in 't oog, wanneer de reconventioneele vordering meer samenhangt met en meer verdedigend is tegen den eisch in conventie, doch ook dan bestaat er toch een zelfstandige vordering, die door bewijsvoering en incidenten groote kosten met zich kan brengen.

Na 't geen boven is meegedeeld over de beraadslagingen omtrent de wet, kunnen we eene bewering als die van de arr. rechtbank te Amsterdam, in haar vonnis van 27 Juni 1855 (zie boven): „dat het motief tot zekerheidstelling vervalt, wanneer de Nederlander de aanlegger van het geding is, en door den rechtsingang den vreemdeling in de gelegenheid heeft gesteld om al datgene te doen, waartoe een in rechten geroepen partij bevoegd is door de dagvaarding”; veilig ongegrond noemen, terwijl ze den aard van de reconventioneele vordering naar ons recht miskent.

De meeste schrijvers, o. a. DE PINTO 1), DE MARTINI 2), OLIVIER 3), SCHÜLLER 4) en FAURE 5) zijn mede van

---

1) de Pinto. Op. cit. II. 1<sup>st</sup>e st. p. 307.

2) de Martini. „De Nederlandsche wetgeving” op art. 152 n<sup>o</sup> 7.

3) In Themis 1844. p. 435.

4) Schüller. „Wetboek van Burg. Rechtsvord. met aanteekeningen” op art. 152.

5) Faure. Op. cit. III. p. 105.



gevoelen, dat met gunstig gevolg tegen den vreemdeling-gedaagde, eisch doende in reconventie, de vordering tot cautiëstelling kan worden ingesteld.

Behalve de reeds behandelde kunnen zich nog een menigte gevallen voordoen, waarin getwist kan worden over de vraag, wie der gedingvoerende partijen eischer, wie gedaagde is. Volledig kan ik hier al deze gevallen niet behandelen, doch de voornaamste, die reeds één of meermalen 't onderwerp uitmaakten van rechtcrlijke beslissingen, wensch ik even in 't kort te bespreken.

Zoo heeft men 't geval, dat een vreemdeling hier te lande een executorialen titel ten uitvoer wil leggen, doch hij, tegen wien deze executie gericht is, zich daartegen verzet. Is nu in 't hieruit gevolgde proces de executant eischer of niet? In laatstgemelden zin is beslist door het Hof van Noord-Holland 15 Februari 1855 1), daarbij overwegende, dat executeeren geen daad van vordering is, daar anders ieder vreemdeling, die een executorialen titel gaat uitvoeren, verplicht zou zijn cautië te stellen, 't geen niet de bedoeling van de wet kan zijn. Aldus is ook beslist bij een arrest van den Hoogen Raad van 26 Februari 1858 2); hij, die zich tegen executie verzet dus eischer.

In tegenovergestelden zin is beslist door de arr. recht-bank te Arnhem 19 November 1877 3), waar we o. a.

---

1) W. 1690.

2) W. 1951.

3) W. 4494.

de volgende overweging vinden: „O, dat de eischer is de aanlegger van een geding, dus niet hij, die zich verzet tegen een exccutorialen titel om zijn rechten bij den rechter te doen erkennen en te doen uitmaken, dat die titel ten onrechte tegen hem wordt ten uitvoer gelegd, en dus de nadeelige gevolgen daarvan tracht af te weren”. In denzelfden geest werd een arrest gewezen door het Hof van Limburg 20 April 1857 1), dat een vonnis van de arr. rechtbank te Maastricht van 28 Juli 1856 bekrachtigde. Aan 't bezwaar van het Hof van Noord-Holland en van den Hoogen Raad wordt daarin te gemoet gekomen in de volgende overweging: „O, dat wel is waar een vreemdeling, eenen executoiren titel tegen een ingezeten bekomen hebbende, *niet* gehouden is de zekerheid *judicatum solvi* te stellen, ten einde dien titel tot uitvoering tegen den ingezeten te brengen, zulks echter ophoudt, wanneer de verschuldigdheid der vordering gecontesteerd wordt en die contestatie voor den rechter is gebracht, waardoor dan die vreemdeling niet als verweerder, maar als eischer dier gecontesteerd wordende schuldvordering dient beschouwd te worden”, — terwijl de arr. rechtbank te Maastricht 24 Januari 1856 2) oordeelde, dat noch de executant, noch hij, die zich tegen de executie verzet, eischer is. Een rechtsgeding dus zonder eischer!

Ik voor mij zou de voorkeur willen geven aan de

---

1) W. 1879.

2) W. 1775.

beslissing, dat hij, die zich verzet tegen de executie als eischer moet worden beschouwd, immers hij is het, die zich op zijn goed recht beroepende, het geding voor den rechter brengt en den executant voor dien rechter daagt, om zijn ongelijk te hooren uitspreken. Zoo werd beslist, ten opzichte van hem, die zich tegen executorialen verkoop verzet op de wijze van art. 456 Wetboek van Burg. Rechtsv., door de arr. rechtbank te Arnhem 18 Maart 1880 1).

Een dergelijk geval, dat ook tot vele vonnissen aanleiding heeft gegeven, is het volgende: Het bestuur der registratie heeft een dwangbevel uitgevaardigd tegen een belastingschuldige, waartegen laatstgenoemde in verzet komt. Ook hier is m. i. hij, die in verzet komt te beschouwen als eischer in 't geding. Dit is reeds verdedigd in de Regtsgeleerde Adviezen 2), terwijl de jurisprudentie, op een enkele uitzondering na, steeds hare vonnissen in dezen zin heeft gewezen 3). De arr. recht-

1) W. 4494.

2) Regtsgeleerde Adv. VII. p. 120. vlg.

3) arrond. rechtb. Rotterdam 22 Nov. 1852. Period. Woordenb. van administrat. en gerechtel. besliss. etc. 1852 n°. 1839.

arrond. rechtb. Amersfoort 8 Nov. 1854. P. W. 1855. n°. 2494.

arrond. rechtb. Rotterdam 21 Febr. 1855. P. W. 1855 n°. 2497.

arrond. rechtb. Haarlem 16 Sept. 1856. P. W. 1856. n°. 2744.

arrond. rechtb. Groningen 25 Febr. 1859. R. Bijbl. 1860. p. 281.

arrond. rechtb. Hoorn 18 Juli 1860. W. 2295.

arrond. rechtb. Amsterdam 11 Oct. 1865. R. Bijbl. 1866. p. 69. (zie ook pag. 70)

*anders*: arrond. rechtb. 's Hertogenbosch 26 Febr. 1851. P. W. 1850. n°. 1316.

bank te Amsterdam 11 October 1865 (zie pag. 62 noot 3) overwoog o. a. dat het bestuur der registratie, ageerende krachtens dwangbevel, buiten rechte eischende partij is, doch dat de wet van 22 Frimaire VII art. 64 vaststelt, dat zoo'n dwangbevel door gemotiveerd verzet wordt gestuit met dagvaarding van 't bestuur voor de arrondissements-rechtbank. En dat de persoon, die tot rechtsingang dagvaardde natuurlijk eischer is, het bestuur gedaagde.

Ook bij faillissement kunnen zich tal van gevallen voordoen, waarin verschil van meening bestaat over de qualiteit der gedingvoerende partijen. Enkele beslissingen daaromtrent wil ik hier ten slotte mededeelen.

Er is getwist over de vraag, of de crediteur, die een faillissement aanvraagt of op wiens verzoek een faillissement is uitgesproken, te beschouwen is als eischer of als gedaagde, indien de schuldenaar in verzet of hooger beroep komt. Dat men hem niet mag beschouwen als eischer is verdedigd door MR. P. VAN BEMMELLEN 1), die tot het resultaat komt, dat „bij hooger beroep of verzet tegen faillietverklaring, op verzoek van een vreemden schuldeischer uitgesproken, de cautio iudicatum solvi tegen dezen niet gevorderd kan worden.”

Zoo werd ook beslist door de arr. rechtbank te Rot-

---

arrond. rechtb. Utrecht 1 April 1863. R. Bijbl. 1865. p. 153.

arrond. rechtb. Appingadam 20 Oct. 1864. R. Bijbl. 1867. p. 70.

1) In Themis 1885. p. 193 vlg.

terdam 3 Maart 1883 1) en door het Hof te 's Hertogenbosch 7 Januari 1890. 2) In tegenovergestelden zin door de arr. rechtbank te Amsterdam 29 Maart 1850 3).

Met 't oog op 't verificatieproces werd beslist door de arr. rechtbank te Amsterdam 9 Maart 1859 4), dat eischer is de crediteur, die verlangt als zoodanig erkend te worden, niet de curator of de medeschuldeischers, die zijn toelating betwisten; aangezien eischer is hij, van wien de dagvaarding uitgaat of die 't eerst in rechte optreedt, en dat hier de crediteur een vordering instelt, welke volgens art. 825 Wetb. van Kooph. kan betwist worden.

Zoo werd beslist, dat hij, die zich tegen de rangregeling verzet, eischer is, door de arr. rechtbank te Amsterdam 21 Maart 1856, 5) evenals hij, die opposant is tegen homologatie van een accord, als eischer werd beschouwd door dezelfde rechtbank 6 Januari 1848 6) en 16 Juni 1871 7), op grond, dat 't geding ontstaat door verzet, en opposant een eisch doet tegen 't verleenen van de homologatie.

We zien dus, dat telkens wanncer in een geding één

---

1) W. 4882.

2) W. 5856.

3) W. 1111.

4) R. Bijbl. 1859. p. 406.

5) W. 1750.

6) W. 946.

7) W. 3382.

der partijen de qualiteit van vreemdeling verbindt met die van eischer, de cautio iudicatum solvi van hem kan worden gevorderd. Uitzonderingen op dezen regel kent ons wetboek niet. Het Ontwerp 1865 nam wel uitzonderingen aan en wel: 1<sup>o</sup> bij vorderingen in reconventie, 2<sup>o</sup> bij geschillen over de ten uitvoerlegging van vonnissen of andere exccutoriale titels. De eerste uitzondering werd aangenomen, omdat ook de jurisprudentie deze twistvraag vrij algemeen in ontkennenden zin beantwoordde en op voorbeeld der nieuwere Duitsche wetboeken. Wat betreft de tweede uitzondering zegt de Memorie van Toelichting 1): „De vreemdeling, die zijn vermogen of zijn persoonlijke vrijheid verdedigt tegen inbeslagneming of gijzeling, moet evenmin bemoeielijkt worden door eene dikwijls zeer belemmerende vordering tot zekerheidstelling als hij, die zelf ageert uit kracht van eenen titel, welke geldigheid op zichzelf onbetwistbaar is.”

Het Ontwerp Hartogh van 1893 noemt geen uitzonderingen.

---

## § 2. Waarvoor moet men cautie stellen?

Art. 152 zegt: . . . . . *zekerheid te stellen voor de betaling der kosten en der schaden en interessen in welke zij zouden kunnen verwezen worden.*

---

1) de Pinto. Ontwerp Wetboek van Burgerl. Rechtsv. 1865, p. 141.

Hetzelfde vinden we bepaald in art. 166 van den Code de proc. civ.: *de fournir caution de payer les frais et dommages—intérêts aux quels ils pourraient être condamnés*. De Fransche schrijvers zijn eenstemmig van gevoelen, dat hieronder alleen vallen de kosten, benevens de schaden en interessen, die 't gevolg zijn van het proces. Zie b.v. CARRÉ 1). En dat is ook in overeenstemming met het doel, waarmee de cautie is ingesteld, als waarborg tegen de nadeelige gevolgen van een proces, waarin men zijns ondanks door een vreemdeling gewikkeld kan worden.

Doch men heeft de vraag gesteld, welke wel die schaden en interessen zijn, waarin de cischer veroordeeld kan worden, behalve en buiten de kosten van het proces. In 't ontwerp 1865 werden de woorden: *schaden en interessen* weggelaten en kon zekerheid alleen gevorderd worden voor de „proceskosten”. Over dit verschil van redactie lezen we in de Memorie van Toelichting: „De zin der laatste woorden (i. e. schaden en interessen) is zeer onbestemd, daar het niet blijkt hoe een cischer of intervenient ooit kan worden veroordeeld tot schadevergoeding aan de wederpartij anders dan ten gevolge eener reconventionele actie, die, ook volgens de tegenwoordige wet en jurisprudentie, niet in aanmerking komt bij de raming van het bedrag der te stellen zekerheid.” En verder wordt betoogd, dat men deze verandering

---

1) Carré. Op cit. II. n°. 697.

gewild heeft: „omdat de thans gebezigde ruimere uitdrukking wel eens tot minder juiste gevolgtrekkingen aanleiding gaf, zooals blijkt uit het vonnis der arrond. rechtb. te Rotterdam d.d. 24 November 1856 (R. Bijbl. 1857 pag. 73).” Mij komt het evenwel voor, dat juist in gevallen, als die, waarover bovengenoemd vonnis loopt, de cautie voor schaden en interessen te pas kan komen en ook moet worden gesteld. Stel een vreemdeling treedt hier te lande als eischer op en maakt gebruik van een middel tot bewaring van recht en neemt goederen van gedaagde, die aan bederf onderhevig zijn, in beslag. Daaruit kan volgen, dat verweerder, in 't gelijk gesteld zijnde, door dat proces met den vreemdeling schade heeft geleden aan die goederen. Daarop moet m. i. dus worden gelet bij de berekening van de grootte der cautie. Ook dit is wederom geheel in overeenstemmet de bedoeling der wet. Dat de cautie niet alleen moet uitgestrekt worden tot de proceskosten, maar dat daarin ook een bedrag begrepen moet worden, waarop de Nederlander zijn schaden en interessen zou kunnen verhalen werd ook beslist door de arrond. rechtbank te Rotterdam 25 September 1857 1), terwijl zelfs een vonnis van de arrond. rechtbank te Amersfoort 2 Mei 1855 2), inhoudende, dat waar geen schade geleden kan worden alleen cautie voor de proceskosten behoeft gesteld te worden, vernietigd werd bij arrest van het hof van Utrecht

---

1) R. Bijbl. 1858. p 138.

2) W. 1737.



4 Februari 1856 1), op grond, dat het onvoorzichtig is het niet te doen en dat het volgens de wet moet. Zoo oordeelt ook MR. VAN BONEVAL FAURE 2). Daar, zooals wij gezien hebben, bij een reconventionele vordering ten opzichte daarvan de oorspronkelijke verweerder als eischer te beschouwen is, vallen de kosten daarvan niet onder datgene, waarvoor de oorspronkelijke eischer zekerheid moet stellen; gelijk ook beslist werd bij een vonnis van de arrond. rechtb. te Maastricht 15 Februari 1849 3).

Hoe groot de som zijn zal, tot beloop waarvan de zekerheid zal worden gesteld, staat ter beoordeeling van den rechter, die zulks zal moeten schatten naar de vermoedelijke kosten van het geding, en lettende op mogelijke schade; en het zal goed zijn de berekening niet al te schraal te doen. De rechter moet alleen beramen, de kosten, welke voortvloeien uit de instantie, niet dus kosten daarna wellicht te maken. Dit blijkt uit de woorden: *in welke zij zouden kunnen verwezen worden* van art. 152, 't geen alleen datgene is, waarin de rechter den vreemdling kan verwijzen. In dien geest besliste ook de Hooge Raad bij arrest van 16 November 1860 4) en het Hof te 's Hertogenbosch bij arrest van 3 October 1876 5).

Men heeft getwist over de kwestie of bij het bepalen

1) W. 1739.

2) Faure. Op. cit. III. p. 110.

3) W. 1115.

4) W. 2224.

5) R. Bijbl. 1878. A. p. 122.

van de som gelet moet worden alleen op de kosten, die voort kunnen spruiten uit de eerste instantie of ook reeds op die van hooger beroep en cassatie. Deze laatste meening wordt verdedigd door MR. DE PINTO 1), die dit in overeenstemming vindt met den geest en de bedoeling der wet, terwijl 't ook zeer goed overeen is te brengen met den letter van het artikel: *waarin de eischer zou kunnen verwezen worden*, dat is, zegt hij, ter zake van en in het door hem aangevangen rechtsgeding en onverschillig of die veroordeeling wordt uitgesproken door den lagere of door eenen hooger rechter.

Naar 't mij voorkomt is dit onjuist en behoeft slechts cautie gesteld te worden voor de instantie, waarin het geding zich bevindt. Wij moeten immers niet vergeten, dat art. 152 een bepaling bevat, die den vreemdeling belemmert in zijn vrijheid van handelen, en dan ook alleen is ingesteld, omdat men er toe genoodzaakt was, daar anders de ingezetenen bloot zouden staan aan nadcel. Wanneer nu het doel van de wet geheel kan worden bereikt en tevens de bepaling zoo weinig mogelijk belemmerend werkt, moeten wij geen anderen uitleg er aan geven. Voor 't oogenblik behoeft de verweerder slechts gewaarborgd te worden voor de kosten en schaden, die kunnen volgen uit de instantie, die eindigt met het vonnis. Ook de wet duidt op dergelijke uitlegging, immers art. 353 en 415 verklaren art. 152 en 153 toc-

---

1) de Pinto. Op. cit. II. 1<sup>ste</sup> st. p. 309.

passelijk in hooger beroep en cassatie, waaruit wel moet volgen, dat art. 152 en 153 alleen voor de eerste instantie zijn geschreven. En daar in iederen stand van het geding cautie kan gevraagd worden, en de oorspronkelijke eischer, gedurende 't geheele geding, inclusief hooger beroep en cassatie, als eischer is te beschouwen, kan de verweerder zich in iedere nieuwe instantie den waarborg van art. 152 verzekeren. Geheel onnoodig is het dus reeds in 't begin zekerheid te stellen voor *alle* kosten; welke door den rechter ook onmogelijk te berekenen zijn.

Van deze meening is ook MR. OUDEMAN 1), die evenwel wel in aanmerking genomen wil zien de kosten in cassatie, daar, zooals hij zegt, in cassatie dit verzoek niet kan geschieden. Dit bezwaar is, zooals we zagen, vervallen door de wet van 1876, die in art. 415 van het Wetb. van Burg. Rechtsv. de artt. 152 en 153 ook in cassatie toepasselijk verklaarde. Zoo besliste het Hof van Noord-Brabant 4 November 1845 2), het Hof te Amsterdam 16 October 1885 3), en de arrond. rechtb. te 's Gravenhage 27 November 1894 4), dat de vreemdeling, die als eischer in eerste instantie cautie heeft gesteld ten bedrage van de vastgestelde som, verplicht is, desgevorderd, tot het stellen van nadere cautie of 't

---

1) Oudemans, Op. cit. I p. 202.

2) Brox. Ned. Rechtspr. XXVI § 88.

3) W. 5289.

4) W. 6620.

verhoogen van de reeds gestelde, indien de zaak later in appel wordt betrokken. En dat de cautie slechts voor één instantie bepaald behoeft te worden, besliste de arrond. rechtb. te Amsterdam 18 December 1844 1), het kantongerecht n° 3 te Amsterdam 13 Nov. 1871 2) en de arrond. rechtb. te Amsterdam 11 Sept. 1878 3).

In de cassatie-procedure zal door de bepaling van art. 415 al. 4 Wetb. van Burg. Rechtsv. alleen sprake kunnen zijn van een verhooging van de cautie, ingeval de vroeger gestelde cautie niet voldoende blijkt te zijn. Daar toch lezen we: *De in vroegere instantiën gestelde zekerheid blijft ook verbonden voor de kosten van cassatie.*

---

### § 3. Het vonnis, dat zekerheidstelling beveelt.

Het geschil over de zekerheidstelling eindigt met het vonnis van den rechter. Zooals we zagen is de vordering tot cautiëstelling een voorloopig verzoek, dat de zaak ten principale niet raakt; wanneer dus zoo'n verzoek wordt gedaan, en er een geding uit ontstaat, moet daarin eerst recht worden gedaan. Het vonnis in dit incidenteel geding is een eindvonnis. Aldus werd beslist door het Hof van Noord-Holland 12 September 1850 4)

---

1) R. Bijbl. 1845. p. 289.

2) W. 3412.

3) R. Bijbl. 1879. A p. 60.

4) W. 1159.

en 3 October 1850 1) en door de arr. rechtbank te Maastricht 10 April 1851 2), waarbij een vonnis van het kantongerecht te Gulpen van 5 Januari 1849, dat op de vordering tot het stellen van cautie gelijktijdig met de hoofdzaak uitspraak had gedaan, werd vernietigd. Dat 't verzoek om cautie op zich zelf moet worden uitgewezen en niet bij de hoofdzaak mag worden gevoegd werd ook beslist door de arr. rechtbank te Amsterdam 23 December 1863 3) en door de arr. rechtbank te Maastricht 5 November 1868 4), doch op grond, dat dit verzoek een execeptie is, en wel behoorende tot die, welke vóór het antwoord ten principale moeten of mogen worden voorgesteld; met verwijzing naar art. 161 Wetboek van Burg. Rechtsv.

Van dit vonnis kan men in hooger beroep gaan en wel afzonderlijk, evenals van een gewoon vonnis. Ingevolge art. 332 Wetboek van Burg. Rechtv. toch, kan men van alle zaken, in eersten aanleg geweest, in hooger beroep komen, tenzij de wet dat hooger beroep uitsluit, hoedanige uitsluiting hier niet bestaat. En aangezien dit vonnis niet is gegeven ter instructie van de zaak en het niet de strekking heeft om het proces in staat van wijzen te brengen, maar een eindvonnis is op een voorloopig verzoek en dus niet praeparatoir, is het steeds

1) Amsterd. Rechtspraak. I p. 109.

2) W. 1262. Vergelijk ook: arrond. rechtb. Arnhem 3 Juni 1878. W. 4285.

3) R. Bijbl. 1865. p. 375.

4) W. 3078.

voor appel vatbaar afzonderlijk, niet dus tegelijk met het vonnis in de principale zaak. Aldus besliste het Hof te Utrecht 4 Februari 1856 1), waarbij tevens werd overwogen, dat de vraag wegens het stellen van cautie eerst en vooraf moet worden behandeld.

*Het vonnis, waarbij het stellen van zekerheid wordt bevolen, zal de som uitdrukken, tot beloop waarvan de zekerheid moet worden verstrekt* bepaalt art. 153 al. 1. De rechter moet die som derhalve begrooten en waarmede hij daarbij rekening moet houden zagen we in de vorige §. Het bedrag der cautie zal berekend moeten worden naar den aard der vordering, werd beslist door het Hof van Noord-Holland 3 October 1850 2), terwijl de Hooge Raad van oordeel was, in een arrest van 26 November 1852 3), dat, vermits de meerdere of mindere omslachtigheid van het onderwerpelijk geding (het gold een rechtsvordering tegen den Staat tot af- en overschrijving van kapitalen op 't Grootboek) niet voor 's hands kon worden beoordeeld, een bedrag van f 1000 niet overdreven maar billijk was.

Voorts zal het vonnis moeten inhouden den termijn, binnen welken de zekerheid zal moeten zijn gesteld, en dien, binnen welke dezelve zal moeten zijn aangenomen of betwist. Dit leert ons art. 616, te vinden in den 7<sup>den</sup> titel van het 2<sup>de</sup> boek Wetboek van Burg. Rechtsv.,

---

1) W. 1739.

2) Amsterd. Rechtspraak. I. p. 109.

3) W. 1467.

welke titel de wijze en de vormen bepaalt, waarop alle beschikkingen van den rechter, inhoudende een bevel tot zekerheidstelling, moeten worden ten uitvoer gelegd, en waaronder de cautio iudicatum solvi dus ook valt. Mocht in 't vonnis verzuimd zijn een termijn te noemen, binnen welke de zekerheid gesteld en aangenomen of betwist moet worden, dan moct de rechter, die dit verzuim pleegde, op verzoek van den belanghebbende dit verbeteren. Dit kan niet in appel worden hersteld. Aldus werd beslist door het Hof van Noord-Holland 6 Maart 1856 1).

*Indien de genoegzaamheid betwist wordt, is de partij die tegenspraak doet, verplicht de zaak binnen den bij het vonnis bepaalden termijn ter terechtzitting te brengen, en dezelve summierlijk bij een enkele akte voort te zetten* bepaalt art. 618. — Hoc die betwisting plaats moet hebben, zegt de wet niet. Het geschiedt echter waarschijnlijk evenals de aanbieding of de aanneming bij procureurs-akte. Dit is ook de meening van MR. DE PINTO 2).

Wat moct er gebeuren, wanncer de partij, tot wiens behoefte de zekerheid is gesteld, noch aanneemt noch betwist? Art. 519 van den Code de proc. civ. bepaalde hieromtrent, dat in dat geval zou worden gehandeld, alsof de zekerheid stilzwijgend was aangenomen; en dit-zelfde zullen we nu nog wel moeten aannemen, al is het

1) W. 1826.

2) de Pinto. Op. cit. II. 2<sup>de</sup> ged. p. 745.

niet uitdrukkelijk in onze wet genoemd. Het is immers niet aan te nemen, dat de verwerende partij, door eenvoudig te zwijgen, de eischende partij, die aan haar verplichting heeft voldaan, zou kunnen berooven van haar recht om haar ingestelde vordering voort te zetten. In dien zin werd ook beslist door de arrond. rechtbank te 's Hertogenbosch 17 Augustus 1870 1); terwijl MR. OUDEMAN 2) en MR. DE PINTO 3) van ditzelfde gevoelen zijn.

Dit moeten we ook aannemen voor het geval, dat de tegenpartij wel tegenspraak doet, doch de zaak niet binnen den bepaalden tijd voor den rechter brengt. Ware dit niet het geval, dan zou de wederpartij het proces naar willekeur kunnen rekken, b.v. door een veel lateren datum te bepalen voor de betwisting voor den rechter; terwijl de woorden van art. 618 duidelijk zijn, en ook 't slot van het artikel er op wijst, dat de wetgever hier bedoeld heeft, dat zoodanig incident ten spoedigste zou worden beslist. Op deze gronden is dan ook een vonnis gewezen van de arrond. rechtbank te Amsterdam 2 September 1879 4); idem 25 September 1885 5); idem 3 November 1887 6), 't geen werd bevestigd door een

---

1) W. 3360.

2) Oudemans. Op. cit. II. p. 241.

3) de Pinto. Op. cit. II. 2<sup>de</sup> ged. p. 746.

4) W. 4441.

5) W. 5218.

6) W. 5511.



arrest van het Hof te Amsterdam 27 Januari 1888 1), en arrond. rechtbank te Amsterdam 4 October 1889 2). In tegenovergestelden zin werd beslist door de arrond. rechtbank te 's Gravenhage 5 Maart 1889 3) en wel op grond, dat de wet in dergelijke gevallen steeds een straf bepaalt, 't welk in art. 618 niet 't geval is.

#### § 4. Hoe moet men cautie stellen?

We zagen reeds, waarin de cautie kan bestaan en ook, dat het bevel tot het verleenen van cautie bij vonnis wordt gegeven. Het is dan ook niet noodig, dat de vreemdeling bij de dagvaarding zekerheidstelling aanbiedt, hij kan het vonnis afwachten, dat hem ook nog een termijn zal stellen, binnen welke de cautie moet zijn aangeboden. Hiermee in overeenstemming is een arrest van het Hof van Friesland 13 April 1842 4) en een vonnis van de arrond. rechtbank te Amsterdam 12 Februari 1844 5). De cautie moet worden aangeboden volgens art. 617 d.i. bij enkele akte van procureur tot procureur beteekend; dit is dan ook de eenige wettige wijze, waarop het kan geschieden. Zoo werd beslist door de arrond.

1) W. 5542.

2) W. 5811.

3) W. 5683.

4) W. 302.

5) R. Bijbl. 1844. p. 718.

rechtbank te Maastricht, dat aanbod van cautie per brief van een advocaat zonder waarde is, al mocht die wijze van aanbieden in de praktijk gebruikelijk zijn, daar gewoonte geen recht geeft, dan wanneer de wet er naar verwijst en dat hier 't geval niet is 1).

Wanneer de zekerheid bestaat in inpandgeving of hypotheek stelling, moeten de bepalingen van het B. W. worden in acht genomen; voor het verband van inschrijvingen de wet van 14 Januari 1815. Stbl. n<sup>o</sup>. 4. art. 2. Voor 't stellen van borgtocht vinden we een bijzondere bepaling in art. 619 Wetboek van Burg. Rechtsv.; de borg moet zich n.l. schriftelijk ter griffie verbinden bij een akte, welke op bevelschrift van den president, uitgegeven in den vorm bij art. 430 voorgeschreven (d. i. als grosse), zal kunnen worden ten uitvoergelegd. Volgens art. 1864 van het B. W. zal deze borg de bekwaamheid moeten hebben om zich te verbinden, genoegzaam gegoed om aan de verbintenis te kunnen voldoen en binnen het Koninkrijk woonachtig moeten zijn.

Zijn de artt. 616—619 Wetboek van Burg. Rechtsv. ook toepasselijk op zaken, die bij den kantonrechter worden behandeld? We zien, dat art. 125 van dit wetboek de bepalingen opnoemt uit het eerste boek, welke ook in zaken, die ter beslissing staan van den kantonrechter, toepasselijk zijn, en daarbij wordt ook genoemd

---

1) arrond. rechtb. Maastricht 7 October 1875. W. 4005.

de 6<sup>de</sup> titel van het 2<sup>de</sup> boek, handelende over het vereffenen van kosten, schaden en interessen, mitsgaders van de kosten van het proces, en men zou allicht daaruit de gevolgtrekking kunnen maken, dat de overige bepalingen van het 2<sup>de</sup> boek niet toepasselijk zijn; dus ook niet de artt. 616—619. Doch het doel van art. 125 is herhalingen te voorkomen. Het 1<sup>ste</sup> boek handelt over de wijze van procedeeren voor de kantongerechten, arrondissements-rechtbanken, hoven en den Hoogen Raad; al die bepalingen nu, die onder de een of andere wijze van procedeeren genoemd worden, en die de wetgever ook van toepassing wilde zien bij de kantongerechten, werden opgenoemd in art. 125, ten cinde te voorkomen, dat ze ook onder den 2<sup>den</sup> titel moesten worden opgenoemd. Het 2<sup>de</sup> boek handelt in 't algemeen over de ten uitvoerleggingen van vonnissen en authentieke akten; onder die vonnissen zijn dus te verstaan *alle* vonnissen, ook die van kantonrechters. Daarom zijn de bepalingen van het 2<sup>de</sup> boek, voor zooverre dit kan direct, en anders analogisch toe te passen op die zaken, welke ter competentie zijn van den kantonrechter, en de opnoeming van den 6<sup>den</sup> titel van dit 2<sup>de</sup> boek in art. 125 is overbodig en ware beter weggebleven, omdat er nu verkeerde gevolgtrekkingen uit gemaakt kunnen worden.

Wordt de genoegzaamheid der gestelde zekerheid betwist, dan zal dit geschil voor de arrondissements-rechtbank behandeld moeten worden. Dit toch is een geschil over de tenuitvoerlegging van een vonnis van den kan-

tonrechter, dat, ingevolge art. 435, ter competentie staat van de arrondissements-rechtbank. Dit laatste wordt ook betoogd door MR. DE PINTO 1) en in de Regtsgeleerde Adviezen 2), waarin tevens, evenals door MR. DE PINTO, de meening wordt verkondigd, dat de 7<sup>de</sup> titel van boek II niet op zaken, bij den kantonrechter te behandelen, toepasselijk is, omdat art. 125 dezen titel niet opnoemt. Zoo werd ook beslist bij vonnis van het kantongerecht n<sup>o</sup> 2 te Amsterdam 22 Februari 1844 3), dat indien borg gesteld wordt ingevolge een vonnis van den kantonrechter, de schriftelijke verbinding van den borg, vermeld in art. 619, onnoodig is, doch voldoende: beteekening van de akte van borgstelling aan de wederpartij.

Wanneer echter de artt. 616—619 bij den kantonrechter niet toepasselijk zijn, zal deze ook geen termijn kunnen bepalen binnen welke de zekerheid gesteld zal moeten worden, en moeten zijn aangenomen of betwist; geen enkele wetsbepaling duidt daar dan op. Bij onwil der partijen zou 't proces dan geen voortgang behoeven te hebben.

Het laatste gedeelte van art. 153 geeft twee gevallen aan, waarin de eischer-vreemdeling ontheven wordt van de verplichting cautie te stellen. We zullen echter zien, dat men, om van die verplichting te worden ontheven,

---

1) de Pinto, Op. cit. II 2<sup>de</sup> ged. p. 744.

2) Regtsgel. Adv. II p. 122.

3) R. Bijbl. 1844. p. 235.

iets moet verrichten, dat volkomen gelijk staat met de zekerheidstelling zelve. Uit de geschiedenis blijkt evenwel 't ontstaan van dit artikel. We lezen in art. 153: *De eischer of tusschenkomende partij, welke deze som (d. i. die tot beloop waarvan zekerheid moet worden gesteld) zal geconsigneerd hebben, of welke zal bewezen hebben, dat zijne onroerende goederen, gelegen in de Nederlanden, voldoende zijn om de vastgestelde som daaraan te kunnen verhalen, zal worden ontslagen van het stellen van zekerheid, mits hij, in het laatste geval, op die goederen eene hypothecaire inschrijving toesta.* Beschouwen we thans eerst het eerste middel om ontheven te worden van de verplichting tot cautie-stelling, de consignatie. We zouden dan wel moeten komen tot het besluit, dat consignatie van een voldoende som geen zekerheidstelling is, immers als men dit doet is men ontslagen. Doch betere zekerheidstelling is er niet te vinden; en dat onze rechters er ook zoo over denken blijkt wel uit een vonnis van de arrondissements-rechtbank te Breda 9 Juni 1857 1), waarbij werd beslist, dat wanneer door een vreemdeling-eischer vrijwillig ten kantore van den ontvanger der registratie tot cautie een voldoende som is geconsigneerd en zulks aan gedaagde bij procureurs-akte is beteekend, niet meer gevorderd kan worden, dat zekerheid gesteld worde.

Hoe moet die consignatie geschieden? Wanneer partijen

---

1) W. 1872.

het eens worden over de consignatie, zal dit wel kunnen geschieden, waar zij willen en bij ieder, die zich met de bewaring wil belasten. MR. DE PINTO 1) en MR. OUDEMAN 2) zeggen, dat deze consignatie gewoonlijk ter griffie geschiedt, terwijl MR. OUDEMAN in formulier n<sup>o</sup>. 56 melding maakt van een consignatie ten kantore van den bewaarder der hypotheken. Doch de wet veronderstelt, dat de consignatie een eenzijdige handeling is van den tot zekerheidstelling veroordeelde en volgens MR. FAURE 3) kan men hier niet denken dan aan een gerechtelijke consignatie, die alleen kan geschieden bij den ontvanger der registratie.

Oorspronkelijk vinden we op dit stuk de „Loi relative aux consignations” 28 Nivôse An XIII, welke wet door het K. B. van 1 November 1818 Stbl. n<sup>o</sup>. 36 weer haar volkomen uitvoering heeft gekregen. Mitsdien zouden de consignatiën van allerlei aard, op den bij die wet bepaalden voet, in 'slands amortisatiekas worden gestort. Deze amortisatiekas werd volgens art. 1 van de wet van 27 December 1822 Stbl. n<sup>o</sup>. 59 vervangen door het amortisatie-syndicaat gevestigd te Amsterdam. Deze inrichting werd echter bij de wet van 27 December 1840 Stbl. n<sup>o</sup>. 77 opgeheven, waarbij de rechten en verplichtingen van dit syndicaat aan het rijk overgingen. Bij kennisgeving van den Minister van Financiën van 29 Mei

---

1) de Pinto. Op. cit. I 1<sup>ste</sup> ged. p. 311.

2) Oudemans. Op. cit. I p. 201.

3) Faure. Op. cit. III p. 115.

1841 is toen ter kennis van belanghebbenden gebracht, dat de consignatiën overeenkomstig de wet van 28 Nivôse An XIII op den tot dusverre gebruikelijken voet konden plaats hebben en dat alle agenten van de domeinen, mitsgaders de hypotheekbewaarders, bij voortduring gemachtigd zouden zijn tot het in ontvangst nemen der gelden. Na de opheffing der betrekking van agent der domeinen zijn bij art. 4 van het K. B. van 1 December 1843 n<sup>o</sup>. 45 de ontvangers der registratie van de gerechtelijke akten in de hoofdplaatsen der arrondissementen, te rekenen van den 1<sup>sten</sup> Januari 1844 belast met de ontvangsten en uitbetalingen voor de kas der gerechtelijke en vrijwillige consignatiën. Zij zijn dus de thans daarvoor aangewezen personen.

In art. 23 *k.* van het „Tarief van Justitiekosten, enz.” wordt gewag gemaakt van het in ontvang nemen en bewaren van gelden door de griffiers, doch daar is niet sprake van consignatie; en de consignatiën, welke ten kantore der bewaarders van de hypotheken en het kadaster plaats hebben, zijn niet de hier bedoelde, maar alleen de consignatiën van effecten aan toonder, welke aan minderjarigen en onder curatele gestelde personen toebehooren, ingevolge de wet van 26 Mei 1841 Stbl. n<sup>o</sup>. 14, welke verband houdt met de artt. 391 en 506 van het Burgerlijk Wetb.

„De akte van bewaargeving moet aan den gedaagde worden beteekend”, zegt MR. DE PINTO 1). Zeker zal

1) de Pinto. Op. cit. II 1<sup>ste</sup> ged. p. 312.

de consignatie wel uitdrukkelijk ten behoeve van den verweerder moeten zijn geschied, zoodat deze, met het veroordeelend vonnis in de hand, daarop zijn rechten kan doen gelden. Het ontwerp 1865 laat in boek II, titel II, afdeeling III art. 8. al. 3 consignatie ter griffie toe.

Het tweede middel om ontslagen te worden van de verplichting tot zekerheidstelling is, dat men 1<sup>o</sup> bewijze, dat zijn onroerende goederen, gelegen in de Nederlanden, voldoende zijn om de som der cautie daaraan te verhalen en 2<sup>o</sup> dat men daarna een hypothecaire inschrijving toesta op die goederen. Een dwaze, onnoodige bepaling. Ook hier kan men vragen: Wat ontbreekt er bij deze handeling aan de zekerheidstelling? Er is nu immers voldaan aan het vonnis, er is zekerheid gesteld! Goed beschouwd is de zin van art. 152 en 153: „Alle vreemdelingen, eischers zijnde, enz. moeten, zoo dat verlangt wordt zekerheid stellen; maar wanneer zij zekerheid gesteld zullen hebben, zullen zij van het stellen van zekerheid worden ontslagen”.

Hoe we aan deze bepaling van het 2<sup>de</sup> gedeelte van art. 153 komen, laat zich verklaren uit de geschiedenis. In den Code de proc. civ. bepaalt art. 166, dat alle vreemdelingen-eischers op verlangen van den verweerder verplicht zijn *de fournir caution* voor de betaling der kosten, enz; terwijl art. 167 zegt: *le demandeur, qui consignera cette somme, ou justifiera que ses immeubles situés en France sont suffisans pour en répondre, sera dispensé de fournir caution.* Die aanwijzing nu van



onroerende goederen, aan den eischer toebehoorende, was geen zekerheidstelling, maar de wetgever begreep, dat tegenover een vreemdeling, die vaste goederen heeft in Frankrijk, geen bijzondere waarborgen noodig waren, waardoor hem het optreden in rechte moeielijk zou worden gemaakt. De consignatie was wel een zekerheidstelling, maar geen caution, borgstelling; de wetgever begreep evenwel, dat persoonlijke zekerheid gemist kon worden, waar zakelijke werd gegeven. Daarom kon de wetgever met recht zeggen: *il sera dispensé de fournir caution.*

Hiermee was in overstemming art. 129 van het Wetboek van 1830, waarin ook aan de vreemdelingen-eischers de verplichting was opgelegd *borgtocht te stellen*. Bij een latere herziening heeft men 't woord „borgtocht” veranderd in „zekerheid”; volgens de Memorie van Toelichting: „omdat het evengoed is voor den verweerder, waarin zijn zekerheid bestaat, mits hij maar verzekerd is voor de kosten in dit artikel bedoeld”. 1) Na deze juiste verandering had men moeten inzien, dat voor art. 153 *b.* geen plaats meer was. In 't eerste ontwerp was art. 153 een woordelijke vertaling van art. 167 van den Code de proc. civ. „Bij de beraadslagingen werd evenwel aangemerkt, dat de bloote aanwijzing van onroerende goederen niet beschouwd kan worden als een voldoende

---

1) Van den Honert. Op. cit. § 152.

waarborg van de zijde van een vreemdeling, indien die goederen hangende het geding niet verbonden zijn, vermits de vreemdeling dezelve inmiddels kan vervreemden of bezwaren; men verlangde dus dat degeen, welke de zekerheid stelde door de aanwijzing van zeker bepaald onroerend goed, hetzelfde hangende het geding niet zou kunnen bezwaren, en dat het aan de wederpartij zoude vrijstaan om ter meerdere verzekering daarvan aan het kantoor der hypotheeken eene inschrijving te nemen". 1) Naar aanleiding hiervan werd voorgesteld een dergelijke bijvoeging aan het artikel te doen, doch, nadat terecht was opgemerkt, dat die uitdrukking „te veel zweemt naar de legale of gerechtelijke hypotheeken, welke bij het nieuwe Burgerlijk Wetboek zijn afgeschaft", werd dientengevolge de uitdrukking gewijzigd zooals ze thans luidt. Nu behoefde echter niet gevorderd te worden, dat die goederen toebehooren aan den vreemdeling; men had eenvoudig kunnen zeggen: „hypotheek verleen en op goederen in Nederland gelegen en voldoende daaraan de bepaalde som te verhalen." Maar dan had men moeten bedenken, dat thans in optima forma zekerheid was gesteld en men dus niet kon spreken van ontheffen van die verplichting. Bij ons heeft art. 153 *b.* dus geen reden van bestaan meer. Ook mag men uit de woorden: *zal worden ontslagen* niet opmaken, dat hij, die zekerheid heeft gesteld, nu nog eerst door den rechter zal

---

1) Van den Honert. Op. cit. § 153.

moeten moeten worden ontslagen om vrij te zijn van de zekerheidstelling.

In 't ontwerp 1865 is dit verbeterd; daar vinden we alleen bepaald: *De zekerheid kan worden gesteld door hypotheek, band, borgtocht, consignatie ter griffie, of op zoodanige andere wijze als tusschen partijen in der minne wordt overeengekomen.*

Wat hierboven door mij over art. 153 *b.* is gezegd, wordt gedeeld door G. D. in „Opmerkingen en Mededeelingen” 1) en door MR. VAN BONEVAL FAURE 2). Ook MR. OUDEMAN 3) zegt, dat deze wetsbepaling nu alleen kan beteekenen, dat aan de zekerheidstelling in art. 152 ook door consignatie en hypotheekstelling kan voldaan worden.

De eischer zal, evenals bij de consignatie, kennis moeten geven aan gedaagde, dat hij toestemming geeft tot inschrijving van hypotheek, bij beteekende akte in zaken van gewone behandeling en bij gemotiveerde conclusie in summiere zaken. Het aldus toegestaan hypotheek moet voorts overeenkomstig art. 1217 B. W. bij notariële akte worden verleend. Aldus oordeelt MR. OUDEMAN 4). Ook MR. DE PINTO 5) is van oordeel, dat die hypotheek alleen bij notariële akte mag worden

1) Opmerk. en Mededeel. XIV p. 33—36.

2) Faure, Op. cit. III p. 116.

3) Oudeman, Op. cit. I p. 202.

4) Oudeman, Op. cit. I p. 201. Zie ook: formul. n<sup>o</sup>. 56 en 57.

5) de Pinto, Op. cit. II 1<sup>ste</sup> ged. p. 312.

verleend. En m. i. is dat ook juist. Art. 1217 al. 1 van het B. W. toch luidt: *Hypotheek kan alleen bij notariële akte worden verleend, uitgezonderd in de gevallen bij de wet uitdrukkelijk aangewezen.* Welnu een dergelijk geval bestaat hier niet, art. 153 maakt geen uitzondering op art. 1217, want het zegt niet op hoedanige wijze de daarbij bedoelde hypotheek zal worden verleend. Bij deze hypotheek zal dus ook een akte moeten worden verleden, 't geen niet kan geschieden krachtens vonnis of voor de rechtbank, maar ten overstaan van een notaris. In denzelfden zin werd beslist door de arr. rechtbank te Middelburg 20 October 1841 1).

We hebben gezien, dat de zekerheid zoowel persoonlijk als zakelijk kan zijn, zoowel kan bestaan in hypotheek als in consignatie, maar is de keuze daarvan bij den eischer of kan de rechter op verzoek van gedaagde veroordeelen tot een bepaalde wijze van zekerheidstelling? M. i. moet deze vraag ontkennend worden beantwoord, overal blijkt uit de wet, dat de verdeling zoodanige zekerheid kan stellen, als hij wil, mits ze maar voldoende is, en dan is ook voldaan aan de ratio legis. Volgens art. 153 en 616 Wetboek van Burg. Rechtsv. moet het vonnis, waarbij het stellen van zekerheid bevolen wordt, de som uitdrukken, tot beloop waarvan de zekerheid moet worden verstrekt, en den termijn bepalen, binnen welken zij moet zijn gesteld en aangenomen of betwist,

---

1) R. Bijbl. 1842 p. 681.

maar nergens wordt den rechter opgedragen de wijze van zekerheidstelling te bepalen. Zoo werd ook beslist bij arrest van het Hof van Noord-Holland 14 September 1843 1), waarbij een vonnis van de arrondissementsrechtbank te Amsterdam 1 Maart 1843 2) werd vernietigd; en bij arrest van het Hof van Limburg 8 September 1851 3).

---

### § 5. Gevolg van het niet stellen der zekerheid.

Zooals we zagen bepaalt het vonnis, waarbij zekerheidstelling wordt bevolen, den termijn, waarbinnen die zekerheid moet worden gesteld, volgens art. 616. Wetboek van Burg. Rechtsv., en we moeten ongetwijfeld, in overeenstemming met een vonnis van de arr. rechtbank te Amsterdam 30 Juni 1852 4) aannemen, dat, daar de wet geen nadere maning vereischt, het enkel verloop van den termijn de mora in 't leven roept. Doch wat is het rechtsgevolg, indien de tot zekerheidstelling veroordeelde partij geen cautie gesteld heeft binnen dien aangewezen termijn? Het ligt in den aard der zaak, dat zoodanig geval niet dikwijls zal voorkomen, daar de vreemdeling, die een vordering tegen een Nederlander

---

1) R. Bijbl. 1843. p. 826.

2) R. Bijbl. 1843. p. 826.

3) R. Bijbl. 1852. p. 481.

4) R. Bijbl. 1853 p. 13.

instelt, voorzien kan, dat deze cautie van hem zal vragen; en hij zal daarom, wil hij voorzichtig handelen, zich moeten voorbereiden die zekerheid te kunnen stellen. Dit is wellicht de reden geweest, dat noch de Fransche, noch de Nederlandsche wetgever in dit geval heeft voorzien; maar uit onze jurisprudentie blijkt, dat de rechter toch menigmaal over deze kwestie te beslissen heeft gehad. Ook onze rechtsgeleerden denken er zeer verschillend over. Welke der verschillende meeningen men ook moge zijn toegedaan, steeds stuit men op moeilijkheden van recht of billijkheid; het is dus zeer te betreuren, dat geen wettelijke bepaling op dit punt bestaat.

In 't Ontwerp 1865 is in dit geval voorzien door art. 9, en voor 't geval, dat de verplichting aan meer dan een eischer of intervenient was opgelegd door art. 10 van boek II titel II afdeling III. Art. 9 al. 1 zegt: *Wanneer de eischer binnen den bij het vonnisbepaalden termijn de zekerheid niet heeft gesteld, wordt de verweerder, als hij dit ten dienenden dage vordert, van de instantie ontslagen, met veroordeeling van den eischer in de kosten.* Hoe moeten wij echter thans beslissen met 't oog op het *ius constitutum*?

MR. DE PINTO 1) zegt: „De wet zelve wijst de straf voor de gebrekige partij aan; zoolang de zekerheid ontbreekt, is de gedaagde ongehouden tegen den eisch verdediging te doen; en zoolang dus kan de eischer

---

1) de Pinto. Op. cit. II 1<sup>ste</sup> ged. p. 311.

daarop geen recht verkrijgen". De woorden „zoolang” schijnen te veronderstellen, dat de zekerheid nog altijd gedurende het geding kan gesteld worden. Dit werd reeds opgemerkt door A. O. (udeman) in „Opmerkingen en Mededeelingen” 1), doch art. 616 ziet men dan geheel over 't hoofd, want, daargelaten of men wil aannemen, dat de bij art. 616 bedoelde termijn fataal is, met dat gevolg, dat na verloop daarvan de zekerheid niet meer kan worden aangeboden, is het niet aannemelijk, dat zulks nog zou kunnen plaats hebben als na het verlopen zijn van den termijn de tegenpartij, vóór het aanbieden van de zekerheid, verklaard heeft van het niet-aanbieden derzelve voordeel te willen trekken. Eischer zou anders willekeurig dien termijn, door den rechter gesteld, kunnen verlengen tot op 3 jaar op één dag na. Deze beschouwing vinden we ook in het vonnis van de arr. rechtbank te Maastricht 7 October 1875 2), van de arr. rechtbank te Amsterdam 27 November 1878 3) en in het arrest van het Hof van Limburg 17 October 1859 4).

Van hetzelfde gevoelen als MR. DE PINTO is ook MR. VAN BONEVAL FAURE 5): „Zoolang de zekerheid niet is gesteld, is de tegenpartij ongehouden tot eenige verdediging. Dit is het eenige, doch ook noodzakelijke

---

1) Opmerk. en Mededeel. III p. 121.

2) W. 4005.

3) R. Bijbl. 1879. A. p. 61.

4) W. 2539.

5) Faure. Op. cit. III p. 117.

gevolg, dat uit de bestaande bepalingen kan worden afgeleid." En wat verder zegt hij uitdrukkelijk: „De termijn, binnen welken de zekerheid moet worden gesteld kan toch zonder nadere bepaling niet ten gevolge hebben, dat zij na dien termijn in 't geheel niet meer gesteld kan worden." En hij komt dan tot het besluit, dat de zaak blijft hangen, totdat de instantie vervallen verklaard zal kunnen worden.

Ik kan mij niet volkomen met deze beschouwing vereenigen; art. 616 kan men toch niet geheel en al wegcijferen en aan den eischer de bevoegdheid toekennen een door de wet voorgeschreven termijn, waarvan de juiste lengte door den rechter zal worden bepaald, willekeurig te verlengen. Neen, de vreemdeling-eischer mag zijn vordering wel voortzetten tegen gedaagde, maar onder eene voorwaarde, n.l. dat hij zekerheid stelle. Daarvoor wordt hem een bepaalden termijn aangewezen. Voldoet hij binnen dien tijd niet aan die voorwaarde, dan behoeft gedaagde de zekerheid verder ook niet meer aan te nemen, wanneer hij niet wil. Verder zal de zaak blijven hangen, totdat gedaagde de vervallenverklaring zal kunnen vorderen; en volgens art. 279 Wetboek van Burgerl. Rechtsvord. vervalt iedere instantie, indien de zaak binnen drie jaren tijds niet is voortgezet. — Dit is m. i. het eenige resultaat, waartoe men met 't oog op de artt. 152 en 616 kan geraken: heeft de eischer binnen den gestelden termijn de cautie niet gesteld; dan heeft de zaak geen verderen voortgang. Biedt hij alsnog



cautie aan, dan kan het proces voortgezet worden, indien gedaagde daarmee genoegen neemt; is dat niet 't geval, dan kan eischer zijne vordering niet voorzetten en tracht hij dit toch te doen, dan moet hij daarin niet ontvankelijk worden verklaard met veroordeeling in de kosten ontstaan door deze niet-ontvankelijk verklaring. Na verloop van drie jaren kan alsdan vervallenverklaring van instantie worden gevraagd.

Hiermee zijn evenwel voor gedaagde bezwaren verbonden; in de eerste plaats toch kan het geval zich voordoen in hooger beroep, en zal het hooger beroep dus al dien tijd onbeslist blijven, wat ten gevolge kan hebben, dat een bij het vonnis in eerste instantie toegewezen reconventioneele vordering van gedaagde niet kan worden ten uitvoer gelegd op grond van art. 350 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvord. Ook is het voor gedaagde zeer onaangenaam zoo lang te moeten wachten, vóórdat er een einde aan het proces komt, terwijl ten slotte door hem nog de helft der kosten zal moeten worden gedragen, daar volgens art. 282 de kosten van het geding bij verval van instantie voor gecompenseerd worden gehouden, en dat wel terwijl de eischer niet voldoet aan de verplichting hem door de wet opgelegd, terwijl hij niet gehoorzaamt aan het rechterlijk bevel, maar in den volsten zin des woords „in gebreke” is.

Dit alles heeft zoowel den rechter als de rechtsgeleerden er toe gebracht een voor gedaagde billijker uitweg uit deze moeielijkheid te vinden. Zoo vinden we

een beslissing van het Hof van Noord-Holland 22 October 1846 1), luidende, dat het niet stellen van de cautie, waartoe men is veroordeeld in hooger beroep, niet tengevolge heeft niet-ontvankelijkheid in 't appel zelf, maar niet-ontvankelijkheid in 't verder vervolgen van 't appel, hetgeen den geïntimcerden de bevoegdheid niet kan ontnemen om hunnerzijds voort te procedeeren, zooals zij bij voortzetting der procedure door den appellant zouden hebben gedaan. Dit vonnis is bestreden door A. O(udemán) in „Opmerkingen en Mededeelingen” 2) en later door J. V. in het Weekblad van 't Recht 3). A. O. kan zich wel vereenigen met de eerste conclusie van het Hof, dat niet-ontvankelijk verklaring van den appellant ongegrond is. En dit is naar mijne meening ook juist. Wil men toch, zooals velen doen, de appellant in dit geval niet-ontvankelijk verklaren, dan moet aan de vordering zelve een gebrek kleven, dadelijk toen zij werd ingesteld. Maar toen was er nog geen sprake van zekerheidstelling, was het nog onzeker of de tegenpartij die zou vragen, en had nog geen verzuim van den vreemdeling plaats gehad. Dit later verzuim kan niet ten gevolge hebben, dat de behoorlijk in het gerecht gebrachte vordering ten onrechte zou zijn ingesteld. Ditzelfde is van toepassing in 't geval, dat we te maken hebben met den eisch in eersten aanleg. Eischer kan dus om die

---

1) W. 775.

2) Opmerk. en Mededeel. III. p. 120. vlg.

3) W. 1539.

reden niet niet-ontvankelijk verklaard worden in zijn eisch. Maar de cautie is de voorwaarde geworden voor den vreemdeling om zijn eisch te vervolgen; stelt hij dus geen cautie, dan is hij onbevoegd het geding voort te zetten.

Met de laatste conclusie in bovengenoemd arrest, dat n.l. gedaagden hunnerzijds door kunnen proceddeeren, kan A. O. zich, m. i. zeer terecht, niet vereenigen. Immers het is niet wel aan te nemen, dat de gedaagde zou mogen voortproccdeeren tegen een partij, die de handen gebonden is. Moet 't vonnis dan bij verstek gewezen worden? Neen, want de partij verschijnt. Toch kan 't geding ook niet contradictoir zijn, want er is geen tegenspraak mogelijk.

Tot zoover kan ik meegaan met de meening van A. O., doch na het boven besprokene, vervolgt hij: „Het komt mij voor, dat in de voorgestelde omstandigheden de wederpartij van den nalatigen vreemdeling, indien zij niet verkiest te wachten tot na drie jaren, de instantie vervallen is, dezen, na verloop van den bepaalden termijn, kan oproepen om ter rolle te verschijnen en alsdan kan vragen, dat de eischer of appellant niet-ontvankelijk worde verklaard om zijne vordering voort te zetten, *en hij (gedaagde of geintimeerde) dien ten gevolge van de instantie worde ontslagen*, met veroordeeling van den eischer of appellant in de kosten.” Ter staving hiervan haalt hij aan art. 268 al. 2 B. W. en art. 75 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. Beide artt. pleiten even-

wel eer tegen dan voor het juiste van zijn meening, daar in die beide gevallen uitdrukkelijk door de wet bepaald wordt, wat hij ook hier als gevolg aanneemt, terwijl de wet zwijgt. Moge ook vooral zijn laatste gevoelen iure constituendum uitstekend zijn, zoo meen ik, dat de thans bestaande bepalingen geen aanleiding geven tot deze uitlegging.

Dezelfde meening uit MR. OUDEMAN ook in zijn „Wetboek van Burg. Rechtsvord.” 1), waar hij zegt, dat het een noodzakelijk gevolg is van de onbevoegdheid van den eischer om de instantie te vervolgen, dat de wederpartij kan vragen van de instantie te worden ontslagen. Ook een menigte rechterlijke beslissingen zijn in dezen geest geweest 2).

In 't Weekblad van 't Recht bestrijdt J. V. bovengenoemde beslissing van het Hof van Noord-Holland 3). Hij is van meening op de reeds door mij besproken gronden, dat de beslissing, dat gedaagden voort konden

1) Oudemán. Op. cit. I p. 203.

2) Hof van Limburg 17 Oct. 1859. W. 2539; arrond. rechtbank Maastricht 29 Juni 1865. W. 3167; arrond. rechtb. Amsterdam 9 April 1868. W. 3007, spreekt in de overwegingen van niet-ontvankelijkheid van den eisch, doch beslist eischer niet-ontvankelijk te verklaren in 't voortzetten van de actie; Hof van Gelderland 2 Maart 1870. W. 3244; arrond. rechtb. Maastricht 7 Oct. 1875. W. 4005; arrond. rechtbank Amsterdam 27 November 1878. R. Bijbl. 1879. A p. 61; — Zie ook arrond. rechtbank Amsterdam 3 November 1858. W. 2030, waarbij beslist werd, dat de vordering tot niet-ontvankelijk verklaring van den eischer in de voortzetting zijner actie bij gemotiveerde conclusie ter kennis van den rechter moet worden gebracht, niet zooals geschied was, door middel van een verzoekschrift.

3) W. 1539.

procedeeeren onjuist is, en stemt dus hierin overeen met A. O.; doch tegen de eerste conclusie van het Hof trekt hij ook te velde en schaart zich aan de zijde van hen, die meenen, dat hier de eischer niet-ontvankelijk verklaard moet worden in zijn eisch zelve. „De vreemdeling weet,” zoo zegt hij, „dat de wet hem niets anders dan een voorwaardelijke bevoegdheid geeft; hij kan geen rechtsingang hebben, zonder zekerheid te stellen; dus wordt hij daartoe veroordeeld; hij kan eenen termijn vragen; maar laat hij dien termijn verstrijken, zonder aan het vonnis te voldoen, dan is hij niet ontvankelijk in zijnen eisch.” Hij vervolgt: „De verweerder heeft het recht om van de actie ontslagen te worden, zonder weren van rechten te doen, want hij is gerechtigd om zekerheid voor de betaling der kosten te vorderen; hij is dus niet verplicht de zaak voort te zetten en kosten te doen tegen iemand, op wien geen verhaal is. De wet zegt, dat alle instantie vervalt, indien de zaak binnen drie jaren tijds niet is voortgezet. Waarom zou dan de instantie niet vervallen, wanneer de eischer, verplicht om zekerheid te stellen, aan die verplichting niet voldoet?” En wat verder: „Het Hof in Noord-Holland splitste de bevoegdheid; de vreemdeling is bevoegd om de rechtsvordering of het appel in te stellen, maar hij is tot de verdere vervolging van het appel onbevoegd; de verweerder van zijn kant is bevoegd voort te procederen. Dat is geheel verkeerd. Eene instantie is ondeelbaar. Er is rechtsingang of er is geen rechtsingang;

hoe zou de dagvaarding kunnen bestaan zonder rechtsingang? Want het Hof ontkent aan den vreemdeling het recht om de rechtsvordering te vervolgen. Er zou dus statering van het geding verleend worden. Is dat overeen te brengen met de artt. 1 en 151 B. R.?"

Doch het kan zijn, dat, terwijl de vreemdeling het proces begint, er nog geen sprake is van cautiëstelling. Hij verkrijgt rechtsingang, zeer zeker, en kan het proces voeren gelijk ieder Nederlander. Alleen ingeval gedaagde zulks verzoekt, ontstaat er voor hem een voorwaarde, waaraan hij eerst moet voldoen, alvorens verder te kunnen procedeeeren; zoolang wordt de voortzetting van het geding geschorst.

Toch vinden we ook beslissingen van den rechter, dat in geval niet voldaan is aan het vonnis, dat zekerheidstelling beveeit, de eischer (of appellant) niet-ontvankelijk moet verklaard worden in zijn eisch (of appel) n. l.: arrond. rechtbank Amsterdam 18 December 1844 1), arr. rechtbank Amsterdam 30 Juni 1852 2); Hof van Gelderland 16 Januari 1856 3) en arrond. rechtbank 's Gravenhage 19 Februari 1877 4).

Weder een andere meening vinden we gehuldigd in de vonnissen van de arrond. rechtb. Amsterdam 7 November 1866 5) en van de arrond. rechtb. 's Gravenhage

1) R. Bijbl. 1845. p. 289.

2) R. Bijbl. 1853. p. 13.

3) W. 1742.

4) W. 4082.

5) W. 2886.

15 Augustus 1879 1), waarin wordt beslist, dat indien door den vreemdeling binnen den daartoe bestemden termijn geen zekerheid is gesteld, na daartoe genomen conclusie de eischer moct worden verklaard „vooralsnog niet-ontvankelijk in het voortzetten van zijn vordering”, zonder dat zulks op den ingestelden eisch, die niet onderzocht wordt, van invloed kan zijn. Dit vinden we ook bij PIGEAU 2) en bij GARSONNET 3). Daar lezen we: „le delai passé sans que le demandeur se soit mis en règle, un second jugement le déclare non-recevable, et, s'il reste ainsi pendant trois ans, l'instance est éteinte par voie de péremption. Le jugement qui le déclare non-recevable n'entraîne pas contre lui la déchéance, et il est toujours temps, jusqu'à ce qu'il y ait péremption, de reprendre l'instance en fournissant caution”. Hiermee is in overeenstemming de uitspraak van het door GARSONNET aangehaalde arrest van het Cour de Bordeaux 24 Januari 1851, welks beslissing luidde: „L'étranger, qui ne fournit pas la caution à laquelle il est assujetti par un jugement, ne doit pas être déclaré déchu de son action, mais seulement non-recevable quant à présent.”

Mijns inziens is deze meening niet goed te verdedigen, trouwens argumenten zijn in de door mij aangehaalde beslissingen niet te vinden. Uit een dergelijke beslissing volgt, dat de vreemdeling vrijelijk den termijn door de

---

1) W. 4406.

2) Pigeau, Op. cit. I. n<sup>o</sup>. 171.

3) Garsonnet, Op. cit. II. p. 395 en n<sup>o</sup> 18.

rechtbank gesteld kan ignoreeren zonder eenig gevolg van dat verzuim te ondervinden en den gedaagde hangt al dien tijd het zwaard van Damocles boven het hoofd, daar eischer binnen den tijd van 3 jaren steeds het proces kan gaan voortzetten. Dus zou art. 616 geheel over 't hoofd worden gezien, en dat kan de bedoeling des wetgevers niet zijn geweest. Op deze gronden zijn ook reeds bovengenoemde beslissingen bestreden in het Weekblad van het Recht door MR. A. F. DE BAS 1), die tot de conclusie komt, dat de eischer in het gestelde geval niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn eisch. Hiermee kan ik, om de reeds boven vermelde redenen, niet instemmen. MR. L. WENMAEKERS 2) is het met MR. DE BAS eens, dat gedaagde geen 3 jaar behoeft te wachten om het proces te kunnen beëindigen; evenwel is hij van meening, dat de eischer niet-ontvankelijk (liever wil hij nog: niet bevoegd) behoorde verklaard te worden, om op de introductieve dagvaarding voort te procederen, met veroordeeling in de kosten. Naar aanleiding van beide opstellen schreef MR. N. F. VAN NOOTEN een paar stukjes in het Weekblad van 't Recht 3), ten einde de beslissingen van de Amsterdamsche en de Haagsche rechtbank te verdedigen. Hij grondt zijne verdediging op de stelling, dat de vordering tot cautiëstelling behoort tot de dilatoire exceptiën.

---

1) W. 4406 en 4421.

2) W. 4408 en 4410.

3) W. 4418 en 4423.



Hiervoor kan ik dus weder verwijzen naar hetgeen daaromtrent door mij gezegd is in Hoofdstuk I § 3.

Volledigheidshalve vermeld ik hier nog een paar rechterlijke besissingen, op welker juistheid m. i. niets valt te zeggen. De eerste is die van de arr. rechtbank te 's Hertogenbosch 26 Januari 1872 1), waarbij werd beslist, dat bij een deelbare instantie, in geval van meerdere eischers, waarvan één niet voldoet aan het vonnis tot stellen van cautie, de anderen niettemin kunnen voortprocedeeren. In hetzelfde geval, doch waar het betrof een vordering, die tusschen de verschillende eischers een ondeelbaar geheel was, werd het tegenovergestelde beslist door de arrond. rechtbank te Maastricht 29 Juli 1869 2).

---

### § 6. Uitzonderingen.

Al vinden we in ons wetboek niet, zooals in vele andere landen het geval is, één of meer omstandigheden, die den vreemdeling-eischer vrij stellen van de in art. 152 bedoelde zekerheidstelling; en zagen we reeds, dat de in art. 153 genoemde vrijstellingen eigenlijk niets anders zijn dan gevallen van werkelijke cautiestelling, zoo zijn er toch uitzonderingen, 't zij bij de wet bepaald, 't zij bij tractaat met andere landen overeengekomen, waarbij bepaald aangewezen vreemdelingen vrijgesteld

---

1) R. Bijbl. 1874. p. 415.

2) W. 3189.

worden van de verplichting cautie te stellen, zoo zij in Nederland als eischer optreden.

De bepalingen der wetten, die deze uitzonderingen inhouden, zal ik hier laten volgen :

In de eerste plaats vinden we een uitzondering in *De Herziene akte omtrent de Rijnvaart*, den 17<sup>den</sup> October 1868 te Mannheim gesloten tusschen Nederland, Baden, Beijeren, Frankrijk, Hessen en Pruisen; goedgekeurd bij de wet van 4 April 1869, Stbl. 37. Van deze akte luiden:

Art. 36 al. 1: „La procédure des tribunaux pour la navigation du Rhin sera la plus simple et la plus prompte possible. Il ne pourra être exigé aucune caution des étrangers à cause de leur nationalité;” en

Art. 40 al. 1: „Les décisions des tribunaux pour la navigation du Rhin dans chacun des Etats riverains seront exécutoires dans tous les autres Etats en observants les formes prescrites par les lois du pays où elles seront exécutées.”

We treffen hier de bepaling aan, dat de vonnissen, in de verschillende landen gewezen, wederkeerig in de andere landen uitvoerbaar zijn. Daardoor is de ratio legis van de cautio iudicatum solvi vrijwel vervallen en kon dus deze verplichting zelve ook verdwijnen.

Een tweede uitzondering vinden we in de *Wet van 15 Juli 1869 Stbl. 124* tot wijziging en aanvulling der wet van den 1<sup>sten</sup> Juni 1861 Stbl. 53, houdende bepalingen omtrent den doortocht en het vervoer van landver-

huizers. Art. 17 van deze wet bepaalt, dat tusschen art. 27 en 28 van bovengenoemde wet van 1861 zal gevoegd worden art. 27 *a*, waarvan al. 5 luidt:

„Art. 152 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsv. is op de landverhuizers niet van toepassing.”

Nog een uitzondering vinden we in het *Tractaat tusschen Nederland en Italië* gesloten den 9<sup>den</sup> Januari 1884, tot regeling der toelating van de wederzijdsche behoeftige onderdanen tot het kosteloos procederen in het andere land met ontheffing der verplichting tot het stellen der bij art. 152 van het Wetb. van Burg. Rechtsv. bedoelde zekerheid, goedgekeurd bij de wet van 7 October 1884. Stbl. 214.

Art. 3: „Les Néerlandais admis en Italie et les Italiens admis dans les Pays-Bas au bénéfice de l'assistance judiciaire, seront dispensés de plein droit de toute caution ou dépôt, qui, sous quelque dénomination que ce soit, peut être exigé des étrangers plaidant contre les nationaux par la législation du pays où l'action sera introduite”.

Verder art. 56 van de *Internationale overeenkomst, te Bern* gesloten op 14 October 1890, tusschen Nederland, België, Duitschland, Frankrijk, Italië, Oostenrijk, Rusland en Zwitserland, omtrent het goederenvervoer op spoorwegen, goedgekeurd bij de wet van 18 Juni 1892 Stbl. 145 (zie ook Stbl. 258.)

Art. 56: „Les jugements prononcés contradictoirement ou par défaut par le juge compétent en vertu des dispositions de la présente Convention, seront, lorsqu'ils

sont devenus exécutoires en vertu des lois appliquées par ce juge compétent, déclarés exécutoires dans les Etats signataires de la convention par l'autorité compétente . . . . . etc. La caution à fournir pour assurer le paiement des dépens (cautio iudicatum solvi) ne pourra être exigée à l'occasion des actions judiciaires fondée sur le contrat de transport international."

Evenals bij de Rijnvaartakte verviel ook hier door de uitvoerbaarverklaring der vonnissen uit te spreken de reden voor het bestaan van de cautio.

De laatste uitzondering vinden we in art. 3 van het *Tractaat tusschen Nederland en België* gesloten den 31<sup>sten</sup> October 1892, strekkende om wederkeerige ingezetenen, onderdanen van het andere land, toe te laten om kosteloos te procederen, met ontheffing der verplichting tot het stellen der bij art. 152 van het Wetb. van Burg. Rechtsvord. bedoelde zekerheid, goedgekeurd bij de wet van 29 December 1893. Stbl. 244.

Art. 3: „L'admission au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite, accordée en vertu de l'article premier contraine de plein droit la dispense de toute caution ou dépôt, qui sous quelque dénomination que ce soit, peut être exigée aux termes de la législation de l'Etat où l'action est introduite, des étrangers plaidant contre les nationaux de cet Etat”.

---

## HOOFDSTUK IV.

### KRITIEK OP DE TEGENWOORDIGE REGLING.

Bij de beschouwingen door mij gehouden, voornamelijk in hoofdstuk II en III van dit proefschrift, over de bepalingen in ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering betrekkelijk de *cautio iudicatum solvi*, is meermalen het onvoldoende der regeling gebleken uit de vele twistvragen, die uit deze artikelen voortvloeien en die grootendeels door de jurisprudentie en door de rechtsgeleerden nog steeds in verschillenden zin worden opgelost; vaak bleek ook de onbillijkheid der regeling, waar de weg tot allerlei chicanes als 't ware is aangewezen.

In 't Ontwerp 1865 is getracht eene betere regeling te maken, waardoor echter alle onzekerheden nog niet zijn weggenomen, terwijl 't ontwerp Hartogh de oude bepalingen laat bestaan. Het is mijn doel niet hier te bespreken en aan te geven de wijze, waarop, wat dit onderwerp betreft, door een herziening van onze wettelijke bepalingen aan alle onzekerheid en onbillijkheid van recht afdoende een eind kan worden gemaakt, daar het m. i. beter is een anderen weg in te slaan, die wellicht spoediger dan een herziening, en op meer afdoende wijze tot het doel kan leiden.

Vooraf echter nog een paar woorden over de tractaten door ons land met Italië en met België gesloten.

Zooals we zagen werd bij het tractaat met Italië in 1884 uitdrukkelijk de verplichting tot zekerheidstelling afgeschaft voor de in het tractaat bedoelde personen, en dat was ook juist, daar de vonnissen in Nederland geweest, uitvoerbaar verklaard kunnen worden in Italië, volgens de wetgeving van dat land, zonder voorafgaande herziening.

Met België kon men op diezelfde basis geen tractaat sluiten, daar onze vonnissen niet aldus in België uitvoerbaar verklaard kunnen worden. Men moest er dus iets anders op vinden. Daarom is bepaald, dat die Belgen, die minstens  $1\frac{1}{2}$  jaar in Nederland en die Nederlanders, die minstens  $1\frac{1}{2}$  jaar in België gewoond hebben, wederkeerig tot de pro-Deo procedure kunnen worden toegelaten, terwijl ze tevens van de verplichting der cautie zijn ontheven. En men kwam daartoe na de overweging, dat die personen geacht konden worden geen bezittingen meer in 't andere land te hebben (vooral met 't oog daarop, dat het personen zijn, die het treurige voorrecht der pro-Deo-procedure hebben verkregen). Hiermede zijn nu tevens die personen van de pro-Deo-procedure verstoken, die niet zoo lang domicilie in het andere land hebben gehad, zelfs al kunnen zij wel cautie stellen. Bestaat er echter geen bezwaar, den hier te lande wonenden onvermogenen Belg zonder cautiëstelling als eischer te laten optreden, dan behoort hetzelfde te gelden ten

aanzien van den hier te lande gevestigden niet-onvermogens Belg en evenzeer ten aanzien van alle hier te lande gevestigde vreemdelingen.

Verder is nog een fout in art. 3 ingeslopen, 't geen we ook vinden in de redactie van art. 3 van het tractaat met Italië; we lezen in dat artikel n.l., dat de toelating der kosteloze procedure van rechtswege meebrengt ontheffing van de verplichting tot het stellen der zekerheid „qui . . . peut être exigée . . . des étrangers plaignant contre les nationaux de cet Etat.” Volgens den tekst van art. 152 en volgens onze jurisprudentie moet ieder vreemdeling, die een vordering instelt tegen een Nederlander of tegen een vreemdeling de cautio iudicatum solvi stellen. Dit stemt dus niet met elkaar overeen; volgens 't tractaat moeten nu de Belgen, die in Nederland tegen een vreemdeling of tegen een Belg een vordering willen instellen en daarvoor de vergunning hebben verkregen kosteloos te procederen, toch cautie stellen. 1)

Doch om terug te komen op het beginsel zelve, dat n.l. ieder vreemdeling, die hier te lande als eischer optreedt, cautie moet stellen voor de proceskosten, zoo zien we, dat hierdoor een groote inbreuk wordt gemaakt

1) Zie hierover: Mr. Molengraaff in het Weekblad van 't Recht n°. 6300. Evenzoo Mr. C. D. Asser in „Revue de droit international, etc.” 1894. p. 331 vlg. en Mr. T. M. C. Asser „Wet en Praktijk,” Afl. III. Maart 1895. p. 79. vlg.

op het liberale beginsel van art. 9 van de Wet houdende Algemeene Bepalingen, 't geen bepaalt, dat de vreemdeling, wat het burgerlijk recht betreft, gelijkstaat met den Nederlander, en er is vaak op aangedrongen, dat de verplichting tot cautiëstelling uit onze wet zou verdwijnen, evenals dat in Italië is geschied. De verplichting tot zekerheidstelling is nog belemmerender en hatelijker geworden, nadat door de Wet op het Nederlandschap en het ingezetenschap van 1892 art. 8 van het B. W. en daarmee de gelijkstelling van vreemdelingen met Nederlanders is vervallen. Vooral MR. T. M. C. ASSER is een groot voorstander van de afschaffing van de cautie, 't geen blijkt uit een rapport over de burgerlijke rechtsvordering, behoorende tot de voorbereidende werkzaamheden voor de zitting van het „Institut de droit international” te 's Gravenhage (1874—1875) 1): „La caution iudicatum solvi est une grande entrave au libre exercice du droit d'ester en justice, non-seulement à cause des dépôts d'argent auxquels elle oblige les demandeurs, mais surtout par les lenteurs qui peuvent être la conséquence du débat préliminaire auquel elle peut donner lieu, et qui souvent ouvre un vaste champ aux chicanes des défendeurs.”

In gelijken zin liet hij zich uit bij gelegenheid der 2<sup>de</sup> Conferentie van afgevaardigden van verschillende mogendheden, te 's Gravenhage in 1894 gehouden, tot

---

1) cf: Revue de droit international, 1875. p. 375.



regeling van verschillende onderwerpen van internationaal privaatrecht. 1)

Zeer zeker is het niet te ontkennen, dat de bepaling van art. 152 belemmerend werkt, ja, dat de gerechtelijke zekerheid op 't oogenblik meer schadelijk dan nuttig is. De vreemdeling-eischer ontmoet toch reeds een aantal hinderpalen op zijn weg, daar hij niet op de plaats van 't geschil woont en daar hij geen relaties heeft met rechtsgeleerden van het land, waar hij wil procederen, waarbij nog komt 't verschil van taal, gewoonten, rechterlijke organisatie en in 't algemeen van wetgeving. Vaak moct hij een tegenstander vervolgen, die speculeert op deze moeielijkheden, ten einde zich te onttrekken aan de betaling van hetgeen hij schuldig is. Ja er is veel moed, veel geld of groote zekerheid van recht noodig om in den vreemde te gaan procederen. En bij dat alles komt nu nog die *cautio iudicatum solvi*, terwijl we nog niet eens spreken van onvermogene vreemdelingen, die zoo er geen tractaat, houdende vrijstelling van de *cautio*, met zijn land bestaat, ook verplicht is *cautio* te stellen.

Men verdedigt het behoud dier instelling door te wijzen op de moeielijkheid, dat de vreemdeling, als hij zijn proces verliest en tot betaling der kosten van de tegenpartij veroordeeld wordt, zich aan de betaling dier

---

1) Zie: Proces-verbal n<sup>o</sup>. 1 de la deuxième conférence de la Haye, chargée de régler diverses matières de droit international privé. 25 Juin — 13 Juillet 1894.

kosten zou kunnen onttrekken, zonder dat het mogelijk is hem daartoe te noodzaken, daar zijn bezittingen zich gewoonlijk in 't buitenland bevinden, waar in den regel het vonnis niet kan worden ten uitvoer gelegd. Dit is trouwens oorspronkelijk de ratio van de bepaling geweest, zooals we reeds vroeger hebben aangetoond; en daar is zeker veel vóór te zeggen. Wel zouden we hiertegen kunnen aanvoeren, dat iemand evengoed schade lijden kan, indien een onvermogen Nederlander hem voor den rechter daagt, zelfs al wint hij 't proces, daar op dien Nederlander de kosten evenmin te verhalen zijn. En dat niet alleen; men zou kunnen zeggen, en niet zonder reden: de ratio legis bestaat evengoed voor Nederlanders, die hun domicilie in 't buitenland hebben, alwaar ook hun sedes fortunarum is — zoo is trouwens in enkele wetten ook bepaald, dat de cautie gevorderd kan worden van alle niet binnenlands hun woonplaats hebbende eischers — en men zou nog verder kunnen gaan en zeggen, dat ieder eischer, gedurende den loop van een proces zijn domicilie naar 't buitenland kan verplaatsen.

Doch dergelijke redeneeringen zullen niet licht leiden tot afschaffing van de cautie, men zou integendeel kunnen betogen, dat het reeds iets is, dat terwijl men niet tegen alle vexatoire processen gewaarborgd is, men dit althans voor een deel is, n.l. voor die van vreemdelingen.

Evenwel geloof ik, dat iedereen 't met mij eens zal zijn, wanneer ik meen, dat het zeer wenschelijk zou

zijn, indien de cautie op de een of andere wijze kon worden afgeschaft met behoud van den waarborg tegen proceslustige vreemdelingen. Dit alles zou te bereiken zijn, indien men kon komen tot de uitvoerbaarverklaring van in den vreemde gewezen vonnissen in andere landen, doch daartoe zal men nog wel zoo spoedig niet overgaan door de vele moeielijkheden, welke daaraan verbonden zijn.

Onder deze omstandigheden heeft MR. ASSER bij gelegenheid van de Tweede Haagsche Conferentie in Juni 1894, waar dit onderwerp onder meer ter sprake is gebracht, een middel aan de hand gedaan, waardoor men tot afschaffing van de cautie zou kunnen geraken, zonder nog in 't algemeen de buitenlandsche vonnissen uitvoerbaar te verklaren.

Dit middel bestaat hierin, dat het vonnis, waarbij de als eischer opgetreden vreemdeling in de proceskosten is veroordeeld, in het buitenland of althans in 't land van dien vreemdeling kan worden ten uitvoer gelegd, maar alleen voor zooveel de veroordeeling in de *kosten* betreft.

Onder deze voorwaarde zou dan de vreemdeling van het stellen der proceskosten ontslagen zijn.

Zelfs die Staten, die weigeren aan te nemen het systeem van de uitvoerbaarheid van vreemde vonnissen, of die het slechts aannemen krachtens tractaat met een klein getal andere Staten, kunnen tegen zoo iets geen bezwaar hebben. Het is niet rechtvaardig, dat die eischer, door wien voor den vreemden rechter een proces aan-

hangig is gemaakt, naderhand zich kan onttrekken aan de uitvoerbaarheid van het vonnis, eenvoudig door dat de rechter tot een ander land behoort.

Dit voorstel, ofschoon het op een geheel nieuw denkbeeld — *gedeeltelijke* uitvoerbaarheid van een vonnis — berust, vond terstond algemeene instemming. Het ontwerp-tractaat door den voorzitter MR. ASSER voorgesteld, werd onderzocht, besproken en ten slotte met enkele wijzigingen vastgesteld als volgt:

„Avant projet d'une convention internationale.”

Art. 1. Aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé à raison, soit de leur qualité d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, aux nationaux d'un des Etats contractants qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un de ces Etats.

Art. 2. Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans un des Etats contractants contre le demandeur ou l'intervenant dispensés de la caution ou du dépôt en vertu, soit de l'art. 1<sup>er</sup>, soit de la loi de l'Etat où l'action est intentée, seront rendues exécutoires dans chacun des autres Etats contractants par l'autorité compétente, d'après la loi du pays.

Art. 3. L'autorité compétente se bornera à examiner:

1 Si, d'après la loi du pays où la condamnation

a été prononcée, l'expédition de la décision réunit les conditions nécessaires à son authenticité;

2° Si, d'après la même loi, la décision est passé en force de chose jugée.

Met 't oog op de werking van een mogelijk tractaat tusschen verschillende landen in bovenstaande geest, laat ik hier een kort overzicht volgen van de voornaamste buitenlandsche wetgevingen aan de hand van een rapport daarover uitgebracht bij gelegenheid van de Tweede Haagsche conferentie in 1894 (zie pag. 107). We kunnen die wetten verdeelen in twee groote klassen, al naar gelang ze al of niet den vreemdeling onderwerpen aan de verplichting tot cautie stellen.

Het grootste aantal wetten huldigen 't beginsel van de cautie, al laten sommige één of meer uitzonderingen toe. Zoo vinden we het in België, Duitschland, Frankrijk, Oostenrijk, Spanje, Zwitserland, Zweden, enz.

Andere wetten hebben de cautie geheel afgeschaft zoowel voor den onderdaan als voor den vreemdeling en zonder voorbehoud van reciprociteit of iets dergelijks. Zoo luidt de wetgeving van Italië (waar de cautie op op het voorbeeld van het Sardinische wetboek van 1859 in 1865 is afgeschaft), in Denemarken, in Noorwegen (behoudens in deze twee staten de persoonlijke verantwoordelijkheid van den advocaat, die pleit voor den Hoogen Raad.) en in Portugal.

In deze landen is het liberale beginsel van afschaffing

der cautie dus reeds verkregen ten gunste der overige landen. Voor Italië, etc., zou een tractaat tot afschaffing voordeelig zijn.

Gaan we nu weder de wetgevingen na, die op de een of andere wijze cautie eischen, dan vinden we verschillende groepen al naar gelang van de beginselen, die er gelden:

A. Die wetten, welke vóór alles letten op de *nationaliteit* van den eischer en die geen cautie vorderen van den onderdaan of van den vreemdeling, die met hem is gelijkgesteld. Ook indien deze personen niet in het land zelve hun woonplaats hebben, zijn ze toch vrijgesteld. Tot deze groep behooren o. a. Frankrijk, België, Luxemburg, Rumenië, enz.

B. Die wetten, welke *wettelijke reciprociteit* eischen; indien de onderdaan van zulk een Staat cautie moet stellen in het land van den vreemdeling, moet deze het in dat land ook doen. Ieder bijzonder geval zal dus telkens moeten worden nagegaan. Dergelijke bepaling vinden we in de wetten van Duitschland, Spanje en na 1 Nov. 1894, ook in Hongarije, waar men vóór dien tijd de cautie in 't geheel niet kende.

C. Die wetten, welke de cautie afhankelijk stellen van de *gewone woonplaats*, zooals sommige Zwitsersche wetten b. v. die van Zurich en Waadland: Daar wordt de cautie geëischt van allen, onderdaan of vreemdeling, die hun verblijf houden in 't buitenland. Vreemdelingen, die in 't land wonen, waar zij het proces aanvangen,

genieten van de vrijstelling. Een tractaat met deze landen gesloten, inhoudende gelijkstelling van vreemdelingen met onderdanen is niet voldoende om vrijstelling van de cautie te verkrijgen, daar ook de onderdanen, die in 't buitenland wonen, aan deze verplichting onderworpen zijn.

*D.* Die wetten, die geen verschil maken tusschen vreemdelingen en onderdanen, die ook niet letten op het domicilie van de personen, maar op hun *solvabiliteit*. Hij, die geen genoegzaam fortuin heeft moet dus cautie stellen. Hiertoe behooren Oostenrijk en Rusland, welk laatste land een uitzondering maakt voor hen, die in dienst van den staat zijn.

Volgens 't ontwerp-tractaat kunnen deze staten hun wetgeving behouden, als ze tot de conventie toetreden.

Zooals we zien, geldt in de verschillende landen op het stuk van cautie groote verscheidenheid van bepalingen, waarmee men thans steeds rekening moet houden, doch die door 't stelsel van het ontwerp-tractaat groote vereenvoudiging zou ondergaan.

Naar aanleiding van dit ontwerp-tractaat merken we nog op, dat de veroordeelingen niet ipso iure in het vreemde land uitvoerbaar zijn, maar dat zij moeten uitvoerbaar verklaard worden in die staten, waar ze ten uitvoer zullen gelegd worden (niet dus alleen in 't land van den vreemdeling) en wel door de in dien staat daartoe bevoegde macht. De macht zal zijn onderzoek moeten beperken tot 2 punten: echtheid van het vertoonde document en of het vonnis in staat van gewijsde

is. Zij heeft niet te maken met de vraag of de rechtbank, die uitspraak heeft gedaan, daartoe bevoegd was; daartegen kan de primitieve eischer zich verdedigen.

Verder merken we op, dat het vonnis alleen executabel wordt verklaard ten opzichte van de *kosten* van het proces. Door MR. ASSER was voorgesteld om af te schaffen de cautie voor de *kosten, schaden en interessen*, die hun rechtsgrond vinden in 't feit zelf van den eisch; zooals die cautie door verschillende wetgevingen o. a. ook door ons art. 152 wordt geëischt. De commissie, met 't onderzoek van 't ontwerp belast, meende dit niet te moeten overnemen (en ten slotte is dan ook alleen aangenomen de uitvoerbaarverklaring voor wat betreft de kosten) en wel op de volgende gronden: dat dit denkbeeld om een vonnis in andere landen executabel te verklaren, nieuw is, en derhalve de grenzen van deze nieuwigheid omschreven dienen te worden, ten einde te verhinderen dat hier misbruik uit zou ontstaan. Dat verder het aantal wetten, die cautie veroorloven te eischen voor kosten en schaden en interessen niet groot is, en dat zelfs in de Staten, waar dit systeem bestaat, 't eventueel bedrag der schaden en interessen weinig invloed uitoefent op de bepaling van 't cijfer van de cautie.

Naar mijne meening zal, in geval deze regeling tot stand komt, toch de redactie van art. 152 gewijzigd dienen te worden, daar men anders aldus zou kunnen redeneeren: Door het tractaat is de vreemdeling vrijgesteld van de cautie voor de kosten van 't proces, niet



van de cautie voor de schaden en interessen, welke art. 152 ook eischt. Derhalve moet de vreemdeling-eischer, wil hij hier te lande procederen, volgens art. 152 cautie stellen voor eventueële schaden en interessen. Men zou derhalve de woorden: *en der schaden en interessen* uit art. 152 kunnen laten vervallen of indien men deze rubriek wilde behouden de redactie in dezen geest kunnen inrichten: . . . . *zekerheid te stellen voor de betaling der kosten, in welke zij zouden kunnen verwezen worden. Onder deze kosten kunnen worden berekend de eventueële schaden en interessen door gedaagde door het instellen van eischer's vordering te lijden.*

Verder heeft de commissie in haar rapport er op gewezen, dat alleen wordt afgeschaft, zonder eenige voorwaarde van reciprociteit of iets dergelijks, de cautie op grond van vreemde nationaliteit of van domicilie of verblijf van den belanghebbende in den vreemde. Volgens haar kan de cautie, gevorderd van onderdanen zoo wel als van vreemdelingen *alleen* op grond van solvabiliteit (zie pag. 114, wetten onder D.) of in 't algemeen op anderen grond dan nationaliteit of domicilie, blijven bestaan, al erkent ze hierin een kleine anomalie. Door de afschaffing ook van deze cautie toch zou te veel worden ingegrepen in de inwendige wetten van de staten waar deze cautie wordt geëischt; daardoor zouden ook vreemdelingen in gunstiger positie komen dan de onderdanen zelf.

Voorts merkt de commissie op, dat onder *frais et*

*dépens* (kosten) in art. 2 moet worden verstaan, alles wat volgens de wet van het land van het vonnis in de veroordeeling in de kosten van het proces is begrepen, met name de honoraria van de advocaten, enz. Dit zou dus niet in strijd zijn met een redactie-verandering, als door mij voor art. 152 aangewezen.

Een bekende kwestie van staatsrecht zou hierbij nog ter sprake kunnen worden gebracht of n.l. bij tractaat een uitzondering, als die waarover hier wordt gehandeld, op een bepaling van burgerlijk recht kan worden gemaakt. Door een dergelijk tractaat toch worden de Nederlanders voortaan verstoken van een hun tot nog toe toekomend recht.

Meermalen is deze kwestie voorgekomen, o. a. bij gelegenheid van het tractaat met Italië van 1884; de Redactie van het Weekblad van het Recht wijdde aan deze vraag toen een hoofdartikel 1). Wanneer de wet zelve evenwel bepaalt, dat op een of andere bepaling bij middel van tractaten uitzonderingen mogen worden gemaakt, zooals b.v. in art. 855 van het Wetboek van Burg. Rechtsvord., dan is deze moeielijkheid natuurlijk opgelost. Naar mijne meening zou het dus wenschelijk zijn, ter voorkoming van alle twistvragen en moeielijkheden, wanneer de wetgever een dergelijke bepaling aan art. 152 toevoegde. Zooals ik boven reeds opmerkte, zal dit artikel toch moeten worden herzien, met 't oog

---

2) W. 5034.

op een regeling bij tractaat als door de Conferentie werd vastgesteld; het komt dus ingeval van het tot stand komen van een dergelijk tractaat van zelf aan de orde.

Wellicht toch zal een regeling bij tractaat tot afschaffing van de *cautio iudicatum solvi* niet zoo heel ver meer af zijn. In de Troonrede, waarmede de tegenwoordige zitting der Staten-Generaal werd geopend, was aangekondigd, dat traktaten omtrent onderwerpen van internationaal privaatrecht, als uitvloeisel der tweede Haagsche Conferentie, aan de Kamer ter goedkeuring zouden worden aangeboden. In het afdeeliningsverslag der Tweede Kamer over Hoofdstuk III der Staatsbegrooting werd de sympathie der Kamer voor de bemoeiingen der regeering op dit gebied uitgesproken, en daarna heeft de Minister van Buitenlandsche Zaken, de heer Roëll, bij zijne Memorie van Antwoord van 23 November 1894 meegegeeld, dat door de Regeering reeds een ontwerp-tractaat aan de ter Conferentie vertegenwoordigde mogendheden was aangeboden. Dit ontwerp-tractaat betreft ook het door mij behandelde onderwerp. Uit hetgeen de Minister van Justitie in de zitting van de Tweede Kamer van 2 April j.l. bij de algemeene beraadslaging over het ontwerp Hartogh aanvoerde, mag worden afgeleid, dat eene beslissing over de aangeknoopte internationale onderhandelingen reeds dezen zomer mag worden tegevoet gezien.

---

In de zitting van 4 April 1895 is door de Tweede Kamer der Staten-Generaal onder meer aangenomen art. 70 van 't Ontwerp Hartogh. Daarvan luidt al. 2 (met een kleine redactie-wijziging): „Aan art 353 (W. v. B. Rv.) worden als tweede, derde, vierde, vijfde en zesde lid toegevoegd:

Niettemin zijn de artikelen 152 en 153 niet anders van toepassing dan behoudens de navolgende bepalingen:

De oorspronkelijke gedaagde, eischer wordende in hooger beroep, is niet gehouden tot de in die artikelen bedoelde zekerheidstelling.

De gedaagde in hooger beroep is daartoe evenmin gehouden, zelfs niet bij het instellen van incidenteel beroep.

De in eersten aanleg gestelde zekerheid blijft ook verbonden voor de kosten van hooger beroep.

De zekerheidstelling wordt gevorderd vóór alle weren van rechten.”

Deze bepalingen komen overeen met hetgeen art. 415 bepaalt ten opzichte van de cassatie. De eindstemming, waarbij het Ontwerp Hartogh door de Tweede Kamer werd aangenomen, had plaats 5 April 1895.

Daar dit proefschrift reeds ter perse was, moest het bovenstaande hier een plaats vinden.



STELLINGEN.

STILLINGER

## STELLINGEN.

---

### I.

Hij, die krachtens de wet van 2 Juni 1875. Stbl. n° 95, gewijzigd 19 December 1876. Stbl. n° 255, vergunning gekregen heeft tot het oprichten van een inrichting, die gevaar, schade of hinder kan veroorzaken, kan, indien deze inrichting aan derden schade toebrengt, niet krachtens de artt. 1401 en 1402 B. W. tot vergoeding dier schade worden aangesproken.

### II.

Ook de verkoop van waren, ingekocht om te verkopen, is een handelsdaad.

### III.

De committent wordt direct eigenaar van hetgeen de commissionair voor zijne rekening ontvangt.

### IV.

Onder „schaden”, welke de vervoerder volgens art. 91 W. v. K. gehouden is te vergoeden, is te verstaan : „het geleden verlies” en „de gederfde winst”.



## V.

De cautio iudicatum solvi kan in iederen stand van het geding gevraagd worden.

## VI.

Hooger beroep is te beschouwen als voortzetting van het geding in eersten aanleg.

## VII.

Wanneer aan de eischen van art. 291 al. 2 en 292 B. W. voldaan is, *moet* de rechter, op verzoek van beide echtgenooten, de scheiding van tafel en bed uitspreken.

## VIII.

Onder „belanghebbenden” in art. 519 B. W. moeten worden verstaan niet alleen zij, die een direct, maar ook zij, die een meer verwijderd belang hebben, met name de vermoedelijke erfgenamen van den afwezige.

## IX.

De aanwijzing van de plaats, bestemd tot het ontvangen van consignatiën, bij het K. B. van 1 December 1843 n<sup>o</sup> 45 voldoet aan den eisch van art. 1442, 2<sup>e</sup> B. W.

## X.

Art. 22 j<sup>o</sup> art. 50 van de wet 28 Augustus 1851. Stbl. n<sup>o</sup> 125, gewijzigd 1 Juni 1861. Stbl. n<sup>o</sup> 54, regerende de onteigening ten algemeenen nutte, bevat een onrechtvaardige bepaling ten opzichte van de onteigene partij.

## XI.

Onder „wettig bestaande lichamen” verstaat art. 8 van de Gw. 1887: alle lichamen, welke niet behooren tot de verboden vereenigingen.

## XII.

Het verleenen van gratie behoort beschouwd te worden als gunstbetoon, zoodat zij door den veroordeelde geweigerd kan worden.

## XIII.

Art. 15 W. v. S. behoorende zóó gewijzigd te worden, dat een ruimer toepassing van het instituut der voorwaardelijke invrijheidstelling mogelijk ware.

## XIV.

In een politiebureel, waar niet geslapen doch gewaakt behoort te worden, kan men nimmer worden aange troffen in den voor de nachtrust bestemden tijd.

## XV.

Art. 33 W. v. Strafvord. bevat een afkeurenswaardige bepaling.

## XVI.

De onbeperkte verdeling van den grond is niet na-deeling voor de maatschappij.

## XVII.

Het sluiten van een huwelijk te bemocielijken is geen aanbevelenswaardig hulpmiddel tegen het pauperisme.

## XVIII.

Volgens 't Romeinsche recht had de verhuurder van een huis geen pandrecht op de *invecta et illata* van den onderhuurder.

---

